

Febrero de 2012

28

Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

QDL



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

28 Febrero de 2012
**Cuadernos
de Derecho Local**

Consejo Científico

Manuel Aragón Reyes, *Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Diego Córdoba Castroverde, *Audiencia Nacional*
Javier Delgado Barrio, *Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Eduardo García de Enterría, *U. Complutense*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Jesús Leguina Villa, *U. de Alcalá*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Luis Ortega Álvarez, *Tribunal Constitucional*
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Francisco Rubio Llorente, *Consejo de Estado*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Supremo*

Director

Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*

Secretario

Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*

Consejo de Redacción

Presidente: Rafael Jiménez Asensio, *U. Pompeu Fabra*

Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *TSJ Madrid*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

Coordinadora

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

La Revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

Edición

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

Velázquez, 90, 4º
28006 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 Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal
Josefa Cantero Martínez
- 40 Ayuda financiera de las diputaciones catalanas a los ayuntamientos
Francisco José Cañal García
- 64 Reformas en la legislación de régimen local en Alemania en el contexto de la crisis económica
Julia Ortega Bernardo
- 77 El ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión. Su concreción en la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña
Marc Vilalta Reixach

Ponencias, crónicas y notas

- 97 La integración de la solvencia con medios externos en los contratos del sector público
Juan Carlos Gris González
- 107 La reclamación económico-administrativa y el previo recurso de reposición: vías específicas de impugnación de los actos tributarios: su configuración actual como presupuesto procesal
Juan Gonzalo Martínez Micó
- 119 Los planes estratégicos provinciales de 2.ª generación: la singularidad de las estrategias provinciales
Josep M. Pascual Esteve

Jurisprudencia

- 129 Crónica de jurisprudencia (de 1 de noviembre de 2011 a 31 de enero de 2012)
Antonio Descalzo González

Documentos e informes jurídicos

143 La reordenación del tiempo de trabajo (artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre) y la jornada, en cómputo anual, de los empleados públicos de la Administración local
Rafael Jiménez Asensio

174 Informe sobre procedimiento para la transferencia de competencias y servicios entre la Comunidad de Madrid y la Ciudad de Madrid
Cayetano Prieto Romero y Marta Gómez Alonso

181 Las actas previas a la ocupación
Francisco Castillo Martín

Noticias bibliográficas

193 Noticias bibliográficas
Antonio Descalzo González

28_{QDL}

Estudios



Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal¹

Josefa Cantero Martínez

Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

- 1. Planteamiento introductorio: racionalización de plantillas versus continuidad del servicio público**
- 2. Las medidas indirectas de ahorro relativas al comportamiento de la Administración**
- 3. Medidas de desvinculación de lo previamente pactado**
 - 3.1. Si la negociación colectiva afecta a sus funcionarios (pactos y acuerdos funcionariales)
 - 3.2. Si la negociación afecta a sus contratados laborales (convenios colectivos)
- 4. Medidas de ahorro directo relacionadas con la reestructuración de las plantillas de personal laboral**
 - 4.1. Algunas ideas previas sobre la pretendida "flexibilidad" que aporta el personal laboral a la gestión de los recursos humanos
 - 4.2. Medidas de flexibilidad interna: la modificación de las condiciones de trabajo
 - 4.3. La reducción de jornada y la suspensión temporal de los contratos. La imposibilidad de acudir a esta vía en virtud del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero
 - 4.4. La falta de renovación de los contratos temporales
 - 4.5. Medidas de flexibilidad externa: el recurso al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas
- 5. Políticas de ajuste y racionalización del personal funcionario**
 - 5.1. El límite de la inamovilidad del funcionario en el cargo
 - 5.2. La solución temporal de las situaciones administrativas
 - 5.3. Otras medidas para la optimización del gasto vinculadas a los instrumentos de planificación

Resumen

Aunque la legislación local obliga a las entidades locales a adecuar sus plantillas a los principios de racionalidad, economía y eficiencia, la actual crisis económica que estamos padeciendo está reclamando un rescate de estos principios que, en no pocas ocasiones, parecían haber sido olvidados. Consecuencia de ello es el duro reajuste que debe producirse en muchas de ellas, especialmente en aquellas que cuentan con plantillas sobredimensionadas o que han visto disminuir alarmantemente sus ingresos económicos. Ante esta situación, el trabajo contiene un análisis de las distintas medidas que permiten una contención y racionalización de los gastos de personal, pues existe toda una pléyade de medidas orientadas a flexibilizar su gestión y a obtener un aprovechamiento óptimo y más racional de la carga de trabajo existente. Sin embargo, las posibilidades de actuación que permite nuestro ordenamiento para realizar este ajuste son muy distintas dependiendo de la naturaleza funcional o laboral del vínculo que une al empleado con la Administración.

Palabras clave: crisis; plantillas de personal; despidos objetivos; racionalización de plantillas; desvinculación de los pactos y acuerdos; convenios colectivos; planes de ordenación de los recursos humanos; medidas de flexibilidad interna; medidas de flexibilidad externa.

1. Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación sobre *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo y aplicación en la Administración local* (DER2010-17576). Aunque el trabajo se cerró a mediados de diciembre, se ha realizado una revisión de última hora para adecuarlo al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Abstract

Despite the fact that Local Entities should adequate their staff to the principles of rationality, economy and efficiency according to local legislation, the current economic crisis requests the reinforcement of these principles which, in most cases, seemed to be forgotten. Consequently, most of these entities should make a difficult readjustment; especially those that have an oversized staff or that have seen diminished their economic resources. In light of this situation, this article analyzes several measures that allow restraint and rationality in the field of staff expenses. There exists a set of measures oriented to make more flexible staff's management and to obtain optimal and rational outcomes in the field of the existent workload within the organization. However, the possibilities to carry out this readjustment vary depending on the nature of the contractual relationship (civil servant-public or labor-private) between the employee and the Administration.

Keywords: economic crisis; staff; collective agreements; human resources; internal and external flexibility measures.

1. Planteamiento introductorio: racionalización de plantillas versus continuidad del servicio público

La situación tan grave de crisis económica que estamos padeciendo está afectando de modo directo a nuestra Administración local, especialmente a los municipios más pequeños. Basta leer diariamente los medios de comunicación para darse cuenta de la situación de ahogamiento financiero de la mayor parte de los ayuntamientos, que han visto reducidos de forma muy notable sus ingresos, aunque no se han liberado de la obligación de dar respuesta de forma eficiente a incontables demandas de servicios y ejecución de tareas de todo tipo, con el agravante, además, de que constituyen el nivel de Administración más cercano al ciudadano y, en consecuencia, el que soporta las presiones más fuertes para seguir atendiendo a dichas necesidades. Ante ello, puede afirmarse que se encuentran en una encrucijada. Deben enfrentarse al valiente reto de racionalizar el gasto en materia de personal para aliviar sus problemas de financiación y aligerar las situaciones de falta de liquidez que padecen.

Esta situación ha permitido que salgan a la luz algunos problemas de personal que hasta ese momento estaban solo latentes y a los que casi no se prestaba atención. Nos habíamos acostumbrado a convivir con ciertas disfunciones, a pesar de que el artículo 90 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, es bastante claro a la hora de imponer a

las corporaciones locales la obligación de adecuar sus plantillas a los principios de racionalidad, economía y eficiencia, de acuerdo con la ordenación general de la economía y sin que los gastos puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general. Parece evidente que esta obligación no se ha respetado. La mayor parte de las entidades locales cuentan con plantillas claramente sobredimensionadas, que responden a diseños organizativos poco funcionales y sustentados, más que en una adecuada reflexión organizativa, en "un proceso histórico de acumulación de capas de personal sin orden ni concierto",² que se suele agravar cada vez que se produce un cambio de color político en el Gobierno local. Al mismo tiempo nos hemos ido instalando en una cultura negociadora en el seno de las Administraciones Públicas bastante desequilibrada, y claramente escorada hacia una potenciación de los derechos y privilegios de los empleados públicos, sin que se hayan incrementado en igual medida los deberes y obligaciones del empleado con la organización y con el interés general.

Sin duda alguna, la dramática situación económica y financiera que estamos padeciendo exige un replanteamiento de esta situación. Obliga a la corrección de todas estas disfunciones, a una racionalización de las plantillas, a la búsqueda de un pretendido equilibrio entre el régimen de derechos y obligaciones del empleado público y, en definitiva, a realizar una comprometida y seria reflexión sobre las posibilidades de aho-

2. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, "¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas", en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, serie Debates Locales, 2, Bilbao, 2011, p. 18.

ro también en materia de personal. Ello es así porque lo que en última instancia está en juego es el propio mantenimiento de los servicios públicos. Esclarecedora resulta en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2011 (JUR 2011\158777), en la que se discutía sobre la posibilidad de que un Ayuntamiento amortizara una plaza para ahorrar en gasto público y despidiera a un empleado fijo sometido al Derecho Laboral. Dirá la Sala que:

“Si se prima el mantenimiento de la estructura organizativa de los ayuntamientos a costa de hacer deficitarias las arcas municipales, no es posible que aquel pueda disponer, a medio o largo plazo, de medios con los que atender a sus fines, que no serían otros que la prestación de servicios de carácter público a los ciudadanos, sin que quepa en consecuencia considerar viable el endeudamiento permanente de estas corporaciones”.

Esta sentencia nos ilustra sobre la situación crítica que viven nuestros ayuntamientos y nos muestra el debate actual con toda su crudeza: la disyuntiva entre el mantenimiento de las plantillas de personal o la prestación misma de los servicios públicos. Son muchos, sin embargo, los interrogantes que se nos plantean: ¿Qué medidas pueden adoptar los ayuntamientos para reestructurar sus plantillas y ahorrar en materia de gastos de personal? ¿Cómo afectan estas medidas, especialmente los despidos individuales y colectivos del personal laboral, a los principios constitucionales que rigen el acceso a la Administración? ¿Qué criterios deben orientar la decisión de la Administración en la concreción de los empleados que salen? ¿Qué se puede hacer con los funcionarios públicos, cómo se pueden optimizar las plantillas y, en su caso, lograr los pretendidos ahorros? A raíz de estos interrogantes, nos proponemos en este trabajo orientar a los Gobiernos locales acerca de sus posibilidades de actuación para racionalizar sus plantillas y disminuir la partida de gastos en materia de personal. Veremos que son varias las decisiones que pueden adoptarse.

En todo caso, los Gobiernos locales están llamados a adoptar decisiones delicadas, tendrán que priorizar y ello solo es posible si previamente realizan un esfuerzo organizativo. Deben realizar una adecuada política

planificadora sobre las necesidades actuales y las necesidades más inmediatas de personal a partir de una visión sistémica de las funciones y servicios públicos que deben prestar. El recurso a los planes de ordenación de su personal, tanto laboral como funcional, regulados en el artículo 69 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), parece resultar imprescindible, sin perjuicio de que, en su caso, puedan o deban ir acompañados de otros instrumentos necesarios para adoptar las decisiones más extremas respecto de su personal laboral. Si deciden aplicar medidas de ajuste y racionalización de los recursos humanos para hacer frente a las necesidades de contención del déficit y ahorro en gastos de personal, pueden optar por una amplia gama de medidas. Podemos establecer una gradación que va desde las medidas menos gravosas, las que menos impacto directo tienen en las condiciones de trabajo de los empleados públicos por afectar más bien a determinadas prácticas de la Administración, hasta las más intensas, las medidas de choque que suponen la extinción de la relación laboral o incidencia directa en sus condiciones de trabajo.

El tratamiento de estas medidas, exige necesariamente trazar una clara distinción entre las posibilidades de actuación frente al personal laboral y las que se pueden adoptar para el personal que reúne la condición funcional, en cuyo caso son bastante más limitadas, dada la inamovilidad del vínculo que une al funcionario con la Administración local. Cada uno de estos colectivos está sometido a un distinto régimen jurídico y a distintas fuentes. Veremos, sin embargo, que existen algunos mitos en esta materia. Así, se ha explicado la laboralización de la función pública por la necesidad de obtener una mayor flexibilidad en la gestión del personal. Esta ha sido una de las excusas para recurrir a personal sometido al Derecho Laboral y huir de la rigidez del régimen funcional. Sin embargo, ni el Derecho funcional es tan rígido como se pensaba ni el Derecho laboral tan flexible como se creía, al menos cuando el empleador es una Administración Pública. El ordenamiento laboral parece permitir con mayor facilidad el recurso a las medidas más extremas (despidos), mientras que dificulta sensiblemente la posibilidad de utilización de las menos gravosas cuando el empresario es una Administración Pública³. Así se

3. Buena muestra de ello se encuentra en la Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2012, que impide a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, recurrir a la posibilidad de suspender temporalmente los contratos de trabajo o de reducir las jornadas laborales como alternativa a la destrucción de empleo.

puede deducir de las disfunciones que presenta la negociación colectiva laboral en el seno de la Administración, especialmente cuando se produce un enquistamiento del conflicto. Después lo veremos.

2. Las medidas indirectas de ahorro relativas al comportamiento de la Administración

La crisis debe plantearse como una oportunidad para hacer cambios en la cultura gestora del empleo público. Pueden darse pasos importantes que nos permitan avanzar hacia una gestión mucho más eficiente y eficaz de los servicios públicos, lo que a la postre se acaba traduciendo en un determinado ahorro para la Administración local. Debe modernizarse la gestión del personal y se tiene que profesionalizar la función directiva. Es imprescindible la introducción de sistemas retributivos ligados a la productividad y al buen desempeño, así como modelos de carrera horizontal que permitan la progresión del empleado sin cambiar de puesto de trabajo, especialmente para las Administraciones locales más pequeñas donde apenas existe movilidad. En definitiva, se deben poner en práctica las nuevas herramientas que permite el EBEP y que posibilitan una gestión de la diferencia en la Administración. Sin embargo, no nos vamos a ocupar de ellas en esta ocasión, sino de aquellas otras posibilidades de actuación más inmediatas a las que pueden recurrir los Gobiernos locales para ahorrar gastos en el capítulo I.

Ello pasa necesariamente por el cambio de algunos comportamientos por parte de la Administración. Es imprescindible que la Administración comience a corregir con responsabilidad y rigor el problema del absentismo laboral⁴ y las pequeñas conductas antiproductivas. Debe empezar a ejercer con responsabilidad su potestad disciplinaria, evitando, por ejemplo, los pequeños incumplimientos

en cuanto a jornada y horarios de trabajo. Con la adecuada corrección de este tipo de comportamientos y su efecto ejemplarizante, empezarían a materializarse las primeras medidas de ahorro y se conseguiría una mejor prestación del servicio público. En este sentido podemos traer a colación el ejemplo del Concello de Valdoviño, a través de la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2010 (AS 2011/163),⁵ en la que el personal de dicho Ayuntamiento había impugnado la decisión de la alcaldesa a través de una demanda de conflicto colectivo, porque se había intentado simplemente que toda la plantilla funcional y laboral empezara a cumplir con el horario legalmente establecido, que hasta ese momento no se venía cumpliendo, adaptándolo a las necesidades que demandaba la población. La Sala considera que la decisión adoptada por la alcaldesa no puede considerarse nula, ilegal o abusiva de derecho, “ya que responde a la finalidad de establecer un horario de trabajo que respete, por un lado, la jornada –indiscutida– de 37 horas y media semanales de la Administración y, por otro, a la finalidad de facilitar la atención a los ciudadanos mediante la apertura de los servicios municipales, los jueves por la tarde de 16 a 19 horas, al haberse observado que, por motivos laborales, a gran parte de la población del Ayuntamiento, le resulta imposible desplazarse por las mañanas a las dependencias municipales para resolver sus trámites y acompañar a personas mayores para realizar sus gestiones con la Administración local”. Dicha sentencia nos parece ilustrativa de algunas situaciones perturbadoras que se producen en muchas de nuestras Administraciones Públicas, en las que hemos terminado permitiendo que las condiciones de prestación de los servicios públicos se adapten a las preferencias de los empleados y no a las propias necesidades del servicio. En esta sentencia se muestra cómo los derechos de los empleados públicos van poco a poco desplazando y escorando el inte-

4. Recordemos que las últimas reformas laborales permiten el despido del personal laboral por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses [artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores con la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2012. Ello justifica el despido del trabajador que falte 9 días al trabajo en dos meses, aunque sea por motivos de salud]. Con la última reforma se ha eliminado la vinculación del grado de absentismo del trabajador con la plantilla para justificar este tipo de despidos.

5. Según el escrito elaborado por la alcaldesa y que fue comunicado a sus empleados se exponía, y cito textualmente según aparecen recogidos los hechos en la sentencia: “Dada la situación que se está produciendo en el Concello de no cumplimiento de la totalidad del horario de 37 horas y 30 minutos, de obligado cumplimiento en el ámbito de la Administración y puesto que por parte del órgano de Gobierno del Concello se ha constatado una demanda por parte de los vecinos de que se abran los Servicios Municipales en horario de tarde y debido a que el día de la semana jueves a la tarde se observa una mayor concurrencia de personas a los servicios privados existentes en el núcleo central del municipio, es necesario cubrir esa necesidad vecinal. Se ha decidido, por tanto, en aras de un mayor y mejor servicio al ciudadano y por una mejor organización del trabajo que los jueves a la tarde, durante 2,5 horas, funcionen los Servicios Municipales. En ningún caso se superará la jornada máxima”.

rés general, manifestado en este caso en la adecuada prestación de los servicios públicos, y sacando a la luz lo que no puede sino considerarse como una dejación intolerable de funciones por parte de la Administración, que después resulta complicado corregir.

Asimismo, los ayuntamientos deben reforzar su papel en el seno de la negociación colectiva, tanto la que llevan a cabo respecto de su personal laboral como la que efectúan para el personal funcionario. La experiencia durante estos últimos veinticuatro años, ha demostrado que la actual cultura negociadora presenta un claro desequilibrio entre el régimen de derechos de los empleados y el régimen de deberes u obligaciones, motivado fundamentalmente por la debilidad extrema de la posición negociadora de la Administración. Encontrar este necesario equilibrio también puede suponer un importante ahorro. Efectivamente, mientras que la representación sindical está impecablemente entrenada en las técnicas y entresijos de la negociación, la Administración se muestra enormemente frágil en este ámbito, especialmente la Administración local, porque sus representantes no están profesionalizados y además juegan con pólvora del rey, no exponen su propio patrimonio, sino el dinero público, el que pertenece a todos los españoles. Como señala Sánchez Morón, no solo disparan con pólvora del rey, sino que además los representantes de la Administración suelen estar afectados por el síndrome del "horror al conflicto", lo que debilita radicalmente su posición negociadora.⁶ Si a ello añadimos la complejidad de la negociación funcional, que se inspira en unos principios que nada tienen que ver con la negociación privada, que solo afecta a determinadas materias que

a veces son difíciles de deslindar y que se somete a un complejo procedimiento para la formación de la voluntad de la Administración, se comprenden fácilmente los desajustes –por no decir desbarajustes– que muchos acuerdos y pactos funcionariales acaban recogiendo.

Así, son relativamente frecuentes los incumplimientos del régimen legalmente previsto. Se siguen negociando todavía condiciones retributivas exageradas, por encima de los topes máximos de crecimiento previstos anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; se crean licencias o permisos nuevos distintos de los legalmente previstos o se mejoran sensiblemente los regulados ya con tanta generosidad en el EBEP; se elevan desorbitadamente el número de liberados sindicales o los créditos horarios, o se negocian bilateralmente importantes beneficios económicos o prebendas para los sindicatos, completamente al margen de las normas sobre las subvenciones públicas. Son muchos los ejemplos conocidos, especialmente en el ámbito estatal y autonómico, donde se han producido, a mi juicio, los ejemplos más llamativos. Basta traer a colación la SAN de 10 de mayo de 2010 (Sala de lo Social) sobre los controladores aéreos, en la que se indica que las condiciones tan abusivas que contenía el convenio colectivo suscrito entre el sindicato USCA y AENA (entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento) eran tan escandalosas y desproporcionadas que, en esas condiciones, la negociación colectiva había perdido por completo su papel constitucional.⁷

Otro buen ejemplo de los gastos incontenibles que puede esconder la negociación colectiva fruto, sin duda, de esta debilidad (por no decir irresponsabilidad) de la

6. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "La situación actual del empleo público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, febrero de 2010, p. 66. Dirá el autor que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la negociación privada, la parte social tiene poco que perder y la parte empleadora poco que ganar, toda vez que los sindicatos saben que los puestos de trabajo y los derechos ya adquiridos son seguros y no dependen del resultado de la negociación, de lo que se aprovechan hábilmente planteando, con cierta frecuencia, demandas abusivas y poco responsables. En un sentido similar, nos remitimos también a RIVERO LAMAS, J., "El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 6-7, 1995, p. 95.

7. Nos fijamos simplemente en las consecuencias que tiene la regulación de la jornada de trabajo. En el convenio, que finalmente tuvo que ser intervenido por el legislador estatal, se había pactado una jornada de 1.200 horas anuales, de tal forma que las horas que excedían de la jornada pactada se retribuían a razón de 2,65 veces el precio de la hora ordinaria, lo que se traducía en una retribución media por controlador aéreo de 304.874 euros anuales. Según los datos recogidos en la sentencia, se pone de manifiesto que AENA tenía los costes anuales por empleado de control más altos de todos los proveedores europeos. El número de horas trabajadas por controlador en promedio es de unas 1.800 horas, de las cuales una tercera parte se retribuye como horas extras, a diferencia de lo que ocurre con los proveedores europeos de este servicio, donde la jornada normal es de unas 1.500 horas. La diferencia retributiva con la media europea se elevaba a más de dos veces (139.000 euros) y la hora trabajada por el controlador es en AENA dos veces más alta que la media europea. En esas circunstancias, según la sentencia, se comprende la situación extrema a la que se enfrentaba el Gobierno, toda vez que estaba en juego "la supervivencia y la viabilidad del sistema español de gestión de tránsito". Los costes de la prestación de este servicio resultaban tan desproporcionados que estaba en juego el cumplimiento mismo de los compromisos comunitarios.

posición negociadora de la Administración, podemos encontrarlo en el Pacto de Interlocución suscrito entre la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los sindicatos para el período 2008-2011, que ha sido recientemente suspendido por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de octubre de 2011 con la intención de ahorrar dinero público y disminuir el déficit de la Comunidad. En concreto, con la aplicación de la cláusula de desvinculación unilateral que prevé el artículo 38.10 EBEP se han reducido 501 liberados sindicales⁸ (de 785 liberados han pasado a 284) y se ha dejado sin efecto el sistema pactado de subvenciones fijado para los sindicatos por su intervención en las Mesas negociadoras (326 euros por cada uno de los representantes legales obtenidos en las elecciones sindicales; 22.000 euros para cada sindicato presente en la Mesa General de Negociación de los empleados públicos; 18.000 si se trata de la Mesa General de funcionarios públicos; 3.000 si es en una Mesa sectorial o para los sindicatos que hayan obtenido un 10% de los representantes legales del sector de personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades, etc.). La desvinculación de lo pactado supondrá en este caso un ahorro para las arcas públicas de unos 23,5 millones de euros.⁹ Urge, pues, fortalecer la posición negociadora de la Administración local para lograr un equilibrio en los procesos de negociación colectiva y corregir así algunos de estos privilegios que, sin duda alguna, en el período actual de crisis que estamos padeciendo y con más de cinco millones de desempleados (según datos de la EPA), no hacen sino deteriorar todavía más la imagen del empleo público. El apoyo en las diputaciones puede resultar imprescindible en muchos casos, especialmen-

te para los ayuntamientos más modestos. El EBEP ha aportado en esta materia importantes soluciones que pueden ser exploradas por la Administración local para evitar todas o parte de estas disfunciones. Así, puede crear órganos técnicos especializados para la negociación (artículo 33.2), puede adherirse a otros pactos o acuerdos funcionariales de ámbito superior, alcanzados dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, o a los acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal. Asimismo, ha reconocido legitimidad negociadora a las asociaciones de municipios, así como a las entidades locales de ámbito supramunicipal (artículo 34.2). Las posibilidades, pues, son múltiples. Se trata, en todo caso, de reequilibrar su posición negociadora para estar al mismo nivel que los sindicatos.

3. Medidas de desvinculación de lo previamente pactado

Llegados a este punto de la exposición podemos preguntarnos: ¿Qué puede hacer la Administración con la negociación colectiva en estos momentos de crisis? ¿Qué puede hacer cuando detecte excesos en la negociación que llevan costes económicos asociados? La respuesta ha de ser distinta según el colectivo afectado. Además, hasta la aprobación del Real Decreto-ley 3/2012, nos hemos encontrado con una situación paradójica, por no decir con un importante problema: la Administración, como empleadora, podía desvincularse de la negociación llevada a cabo con una parte de sus empleados (los funcionarios), pero no podía hacerlo en igual medida respecto del resto de su personal laboral.¹⁰ En este pun-

8. El Acuerdo había fijado un crédito horario retribuido de 40 horas mensuales para cada uno de los representantes unitarios y de los representantes sindicales para el ejercicio de sus tareas de representación; un sistema de dispensas parciales para la asistencia al trabajo de 50 horas mensuales y un doble sistema de dispensas totales al que se podía acceder, no solo por la acumulación de créditos mensuales, sino que directamente se concedían a los sindicatos firmantes del Pacto un total de 104 dispensados o liberados institucionales. Por si ello fuera poco, se reconocía a cada uno de los sindicatos una nueva bolsa de 600 horas anuales de las que podía libremente disponer con el único requisito de que el empleado público que se beneficiara de ellas no dispusiera de otro tipo de crédito horario, es decir, no fuera representante unitario o sindical. Asimismo, se reconocía la posibilidad de que el sindicato pudiera atribuir las dispensas totales de asistencia al trabajo y el crédito horario a empleados públicos que no tuvieran la condición de representante legal o sindical, en cuyo caso también a estos otros empleados se les reconocía directamente el mismo régimen de garantías que reconoce el EBEP, el Estatuto de los Trabajadores y la LOLS para los representantes legales y sindicales. Resulta sorprendente que el crédito horario y las dispensas, que han sido configuradas directamente por el legislador para el ejercicio de las tareas de representación de los trabajadores, puedan ser atribuidos directamente por el sindicato a empleados que no reúnen esta indispensable condición de representación.

9. Los datos relativos al ahorro de las medidas han sido recogidos por varios medios de comunicación: Diario *El País* de 14 de octubre de 2011; Diario *ABC* de 17 de octubre de 2011; *Europapress.es* de 20 de octubre, por citar tan solo algunos de ellos.

10. En el fundamento decimoprimer del Auto de 28 de octubre de 2010 (AS 2010, 2632) de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, se detallan las diferencias esenciales existentes entre el personal funcionario y el laboral al servicio de las Administraciones Públicas en materia negociadora. Nos encontramos ante dos regímenes de negociación colectiva totalmente

to el régimen funcional ha ofrecido mayores márgenes de flexibilidad que el laboral. Desde la aprobación de esta última norma, el panorama que se ofrece para la Administración va a variar sustancialmente en virtud del nuevo marco de flexibilidad que la reforma aporta para el empresario. Aun así, sigue presentando problemas.

3.1. Si la negociación colectiva afecta a sus funcionarios (pactos y acuerdos funcionariales)

La solución es menos problemática que la prevista para su personal laboral, toda vez que la Administración puede recuperar sus potestades unilaterales en caso de fracaso de la negociación (aunque como remedio subsidiario, una vez que ha intentado la renegociación o, en su caso, los medios extrajudiciales de resolución de conflictos). En último extremo, la Administración puede dejar sin eficacia un Acuerdo, conforme a lo previsto en el artículo 38.10 EBEP. Y de ello ya tenemos varios ejemplos en nuestro ordenamiento administrativo.

Efectivamente, según dicho precepto, aunque se garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos funcionariales, se permite la posibilidad de que excepcionalmente la Administración pueda suspender o modificar el cumplimiento de lo acordado, por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas. En este caso no es preciso que se intente una previa negociación o renegociación con los sindicatos. Solo hay que informarles de las causas de la suspensión o modificación. La medida tampoco requiere ley, sino que basta simplemente con que así lo decida el órgano de gobierno de la Administración local, eso sí, en la medida en que ello sea estrictamente necesario para salvaguardar el interés público.

Es decir, como ha señalado Palomar Olmeda, existe un claro desequilibrio a favor de la Administración

en la negociación funcional, que es lógico dado el papel constitucional que cumple. El desequilibrio se manifiesta en este caso en su capacidad para desvincularse de lo previamente negociado.¹¹ En todo caso, se trata de un concepto jurídico indeterminado que deja amplios márgenes de libertad para la Administración, no solo a la hora de apreciar la concurrencia del supuesto de hecho habilitante de la norma, sino también a la hora de determinar las medidas concretas afectadas por la desvinculación, que, tal como se deriva de la dicción del propio precepto, pueden ser todas aquellas que tengan o puedan tener una repercusión económica para la Administración. Dicho precepto aplica en el ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios públicos la cláusula *rebus sic stantibus*, que excepcionalmente permite a la Administración revisar, suspender o modificar unilateralmente las obligaciones pactadas en la negociación colectiva, cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias económicas, fundamentada en el interés público (STSJ de Madrid, de 6 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a).

Por lo que respecta a la posibilidad de que los ayuntamientos puedan recurrir a esta cláusula es preciso realizar algunas matizaciones, aunque sean obvias. La cláusula solo permitiría al Ayuntamiento desvincularse de lo que él mismo previamente haya negociado en virtud de las competencias que en materia funcional corresponden a la Administración local. Dada la existencia de una reserva de ley en esta materia, sus posibilidades desvinculatorias son bastante menores que las que corresponden a la Administración General del Estado y a las Administraciones autonómicas. Es decir, esta cláusula permite a los ayuntamientos desvincularse, dentro del listado de materias negociables del artículo 37.1 EBEP, únicamente de aquellos aspectos previamente negociados con los sindicatos en su ámbito respectivo y en relación con sus propias competen-

diferentes: en cuanto a la norma de aplicación prioritaria (Estatuto del Empleado Público para los funcionarios; legislación laboral y convenios colectivos, salvo que el EBEP disponga su prioridad aplicativa, para el personal laboral); efectos jurídicos diferentes para lo acordado (para los funcionarios públicos los efectos previstos en el artículo 38 EBEP, mientras que para el personal laboral los efectos del artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores); en cuanto a su vinculación (para el personal laboral los convenios colectivos una vez aprobados por la CECIR obligan a la Administración durante su vigencia, siendo inaplicable lo dispuesto en el artículo 38.10 EBEP así como la cláusula *rebus sic stantibus*, a diferencia del personal funcionario, que estará sometido, en su caso, por la aplicación del mencionado artículo cuando concurren las causas habilitantes para ello).

11. PALOMAR OLMEDA, Alberto, "La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 144, 2009, p. 625 y ss. Dirá el autor que nos encontramos ante un concepto indeterminado de una fuerte apreciación política y temporal, toda vez que se refiere a una alteración que impida clara y nítidamente el cumplimiento de lo pactado. Ahora bien, su aplicación también puede ser muy relativa, en la medida en que basta con el crecimiento de la exigencia tributaria para conseguir mayores ingresos con los que subvenir a la situación previa de alteración respecto de las magnitudes previstas para el año anterior.

cias. No podría, pues, afectar a las materias que vienen reguladas directamente por el EBEP y por la legislación autonómica de desarrollo que, en su caso, le resulte aplicable. Por ejemplo, si el artículo 48 EBEP dispone que como mínimo le corresponden al funcionario seis días de permiso por asuntos particulares, más los días adicionales por antigüedad, el Ayuntamiento podrá desvincularse única y exclusivamente de las mejoras que haya podido establecer a partir de estos mínimos, pero no de los seis días más los adicionales por trienio que prevé el precepto.

Esta importante limitación se compensa, no obstante, con la amplitud de las materias sobre las que puede recaer la desvinculación. La cláusula del artículo 38.10 EBEP afecta no solo a materias retributivas (como ha ocurrido a nivel estatal, por ejemplo, con el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, y los topes máximos de crecimiento retributivo previstos en los acuerdos funcionariales y recogidos después en la correspondiente norma presupuestaria), sino también a cualesquiera otras materias negociadas, como pueden ser las relativas a los criterios para la atribución de algunos complementos retributivos, a la jornada y horarios de trabajo, a los permisos y licencias, a los créditos horarios para los representantes unitarios, a los complementos por incapacidad transitoria, a los incentivos económicos por jubilación voluntaria, etc. La única limitación que la cláusula establece en este sentido es la relativa a su repercusión económica. Es preciso que la desvinculación tenga directa o indirectamente un contenido económico. Es decir, en el caso que nos ocupa en este trabajo, que la medida pueda suponer un ahorro susceptible de limitar el déficit o el endeudamiento del Ayuntamiento.

Realizar un análisis detallado de cada uno de los pactos y acuerdos que obligatoriamente existen en cada entidad local, por imperativo del artículo 34.1 EBEP, es una tarea inabarcable. Ahora bien, no es difícil hacerse a la idea de los muchos excesos existentes que podrían detectarse y corregirse. Como ha explicado Cuenca Cervera, en la Administración local ha arraigado una negociación colectiva de cariz industrialista, donde lo pactado se proyecta más allá del listado de materias negociables, lo que explica que en no pocas ocasiones el resultado sea el de la "informalidad" o ausencia de publicidad de los contenidos negociados. Con esto se evita su impugnación, dadas las dificultades para encajar los contenidos de lo acordado en los estrechos márgenes legales que ha previsto el legislador.¹² Como hay que hacer de la necesidad virtud, no sería mal momento para que las entidades locales se aprovecharan de esta "informalidad" de sus pactos y acuerdos funcionariales, no solo para volver a la senda de la legalidad, de la que nunca se deberían haber apartado, sino también para eliminar directamente esas abundancias y desproporciones de la negociación que tienen una traducción en términos económicos.

Así, por ejemplo, en el caso de Castilla-La Mancha, la desvinculación respecto del Pacto de Interlocución sindical afectaba directamente al número de liberados sindicales, al crédito horario y al sistema de subvenciones que se había pactado.¹³ Otras comunidades autónomas también han adoptado medidas similares que afectan al tiempo retribuido para realizar labores de representación, aunque lo han canalizado finalmente a través de una Ley, en vez de utilizar la vía del Acuerdo del órgano de gobierno de la Administración.¹⁴ La desvinculación también se ha llevado a cabo a nivel estatal, aunque en este caso, dado el ámbito material de

12. CUENCA CERVERA, J. Javier, "El empleo público local: el reto de la profesionalización ante un nuevo contexto", en el *Boletín de Función Pública del INAP*, núm. 6, diciembre de 2011, p. 9, que puede consultarse en <http://www.inap.es/web/guest/boletin-de-funcion-publica-del-inap>.

13. Recientemente, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de 15 de diciembre de 2011 (DO-CLM de 19 de diciembre de 2011) ha utilizado la técnica de la desvinculación como medida de reducción del déficit público, suspendiendo el Acuerdo funcional vigente en materia de acción social y carrera administrativa.

14. Véase por ejemplo la Ley madrileña 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de racionalización del sector público, que ha dejado sin efecto todos los derechos sindicales que, bajo ese título específico o bajo cualquier otra denominación, se contemplen en los acuerdos para personal funcionario y estatutario y en los convenios colectivos para el personal laboral, suscritos con las organizaciones sindicales, cuyo contenido exceda de los establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, y la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, relativos a tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, así como los relativos a dispensas totales de asistencia al trabajo, que se ajustarán de forma estricta a lo establecido en dichas normas. Según ha aparecido en los medios de comunicación, las medidas supondrán unos 2.000 liberados sindicales menos y un ahorro estimado de 1,5 millones de euros.

aplicación de la medida, que afecta a los dos colectivos de empleados públicos, el funcional y el laboral, y sobre todo dado su carácter excepcional, se ha llevado a cabo a través del Real Decreto-ley.

Efectivamente, la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, ha dejado sin eficacia el Acuerdo Administración-sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012 de 25 de septiembre de 2009. En este caso, y por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se han minorado las retribuciones de los empleados públicos en una media del 5%. Ello es así porque –según se explica en su Exposición de Motivos– los gastos de personal en las Administraciones Públicas suponen una parte significativa de los gastos corrientes. Esta ha sido la principal y más importante medida anticrisis que se ha adoptado en nuestro empleo público. Su envergadura ha sido tal que ha motivado un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el Auto del Tribunal Constitucional núm. 85/2011, de 7 de junio de 2011, donde se vuelve a recordar la doctrina inconcusa de que es el Acuerdo funcional y el convenio colectivo el que ha de respetar la ley y no al contrario.¹⁵ Dirá el Auto, efectivamente, que “del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevinida”, y que, “en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colecti-

vo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario” (ATC 85/2011, de 7 de junio, FJ 8, y Auto del pleno del Tribunal Constitucional 104/2011, de 5 de julio).

La posibilidad de desvincularse, afectaría también a las condiciones de trabajo pactadas conjuntamente en virtud de las nuevas Mesas Generales de Negociación que ha instituido el artículo 36.3 EBEP, para la determinación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral en cada Administración Pública. En este caso, como ha señalado la doctrina más especializada,¹⁶ del artículo 38.8 EBEP parece derivarse el reconocimiento de una naturaleza dual de los pactos y acuerdos, toda vez que no exige que los frutos de esta negociación conjunta se tengan que formalizar en dos instrumentos distintos (pactos o acuerdos y convenios colectivos). Es decir, se habría producido una publicación o administrativización de la negociación colectiva laboral en estas materias comunes, que pasarían a ser reguladas directamente por lo previsto en el Pacto o Acuerdo funcional, derivándose de ello, en consecuencia, el mismo tratamiento en cuanto a la posibilidad de desvinculación del artículo 38.10 EBEP. Esta especial naturaleza de la negociación laboral sobre materias comunes que se recoge en un Acuerdo o Pacto entraría a formar parte de la nueva relación laboral de carácter especial que, al menos desde un punto de vista sustancial o material, instituye el EBEP. Solución esta que, por otra parte,

15. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 22.4 y 25 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en la redacción dada por el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, en cuanto disponen, respectivamente, una minoración de la masa salarial del personal laboral del sector público, en general, y del sector público estatal, en particular, con efectos del 1 de junio de 2010, del 5 por 100 de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos que resulten de aplicación. Se excluyen, no obstante, las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público, destinadas a cubrir déficit de explotación, y al personal laboral no directivo de las entidades públicas empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación. El pleno del Tribunal Constitucional no admite a trámite, por falta de fundamentación, la cuestión planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional relativa a la posible inconstitucionalidad de la minoración salarial experimentada con efectos 1 de junio de 2010. Y lo hace porque los preceptos impugnados no regulan ni el régimen general del derecho a la negociación colectiva ni la fuerza vinculante de los convenios, remarcando que el artículo 37.1 CE no otorga la reclamada intangibilidad del convenio colectivo frente a una norma con rango de ley, y recordando la aplicación, aun así, del mencionado principio de jerarquía normativa.

16. ROQUETA BUJ, Remedios, “El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2011, así como en su trabajo “Los ajustes en materia de personal en las Administraciones Públicas”, en el *Boletín de Función Pública del INAP*, núm. 6, diciembre de 2011, p. 38 y 40, que puede consultarse en <http://www.inap.es/web/guest/boletin-de-funcion-publica-del-inap>. De este modo, dirá esta autora, la negociación de las condiciones comunes se somete al régimen del EBEP, con la correspondiente supremacía de la Administración, reflejada en el artículo 38.3, que requiere la aprobación expresa y formal del Acuerdo para su validez y eficacia, en el artículo 38.7, que habilita a aquella para decidir unilateralmente en caso de fracaso de la negociación, y en el artículo 38.10, que habilita para la desvinculación por causa grave de naturaleza económica.

también es la recogida por la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social,¹⁷ que deja en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las impugnaciones que se presenten contra los pactos y acuerdos que regulen condiciones comunes al personal de relación administrativa y laboral.

En definitiva, pues, esta cláusula de desvinculación podría utilizarse excepcionalmente por los ayuntamientos para corregir algunos de los excesos de la negociación llevada a cabo con sus funcionarios –exclusivamente– o con su personal laboral si se trata de materias comunes que han sido negociadas conjuntamente, allí donde sean detectados y siempre que tengan implicaciones económicas. No requiere previa negociación con los sindicatos, sino que basta meramente con informarles de ello. Eso sí, exige la existencia de una causa grave derivada de una alteración económica. El poderoso argumento de la drástica disminución de ingresos y de las arcas vacías podría, a nuestro juicio, tener encaje en esta cláusula habilitante. Diferente solución, sin embargo, tiene la posibilidad de inaplicar lo previamente negociado exclusivamente con su personal laboral.

3.2. Si la negociación afecta a sus contratados laborales (convenios colectivos)

Mayores problemas ha planteado, al menos hasta ahora, la posibilidad de que el Ayuntamiento pretenda desvincularse de lo previamente negociado en un convenio colectivo para su personal laboral, lo que ha dificultado tremendamente la adopción de otras posibles medidas de racionalización de la plantilla. En este caso no resulta aplicable la cláusula de descuelgue directo que prevé el artículo 38.10 EBEP, pues la misma solo se refiere a los pactos y acuerdos funcionariales.

En materia negociadora existe un reenvío directo a la legislación laboral. El artículo 32 EBEP es claro al respecto. Indica que la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral, se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de dicho Capítulo que expresamente les resulten de aplicación, tal como ocurre, por ejemplo, con los principios generales previstos en su artículo 31 o con los acuerdos comunes a los que se refiere el artículo 38.8 EBEP. En principio, y desde un esquema puramente conceptual, tal como ha señalado Palomar Olmeda, el Derecho laboral no contiene ningún mecanismo que permita la desvinculación unilateral y directa por una de las partes de lo pactado en el convenio, que no solo se integra en la relación jurídica individual y deviene exigible, incluso, en vía jurisdiccional, sino que, sobre todo, la crisis de aplicación se transforma en un conflicto colectivo que vuelve a reconducir la situación –tras los mecanismos judiciales y extrajudiciales que resulten de aplicación– al área de la concertación entre partes.¹⁸ El hecho de que un Ayuntamiento pueda organizar un servicio público en virtud de sus potestades de autoorganización no significa, en modo alguno, que pueda alterar libremente las condiciones de trabajo de los puestos afectados en contra de lo dispuesto en el correspondiente convenio.¹⁹

Ello es así porque cuando la Administración actúa como empresario está directamente afectada por lo dispuesto en el artículo 37 de la Constitución española, que reconoce y garantiza a los convenios colectivos su fuerza vinculante. Dicho precepto reconoce el derecho a la negociación colectiva y garantiza la eficacia vinculante del convenio colectivo, encomendando al legislador de manera imperativa garantizarla, de modo que la facultad normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución. La sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, constitucionalmente legítima, no implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que

17. Según la letra e) de su artículo 3, están excluidos del conocimiento por parte del Orden Jurisdiccional Social los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones Públicas con arreglo a lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral, y a la composición de las Mesas de Negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral.

18. PALOMAR OLMEDA, Alberto, "La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 144, 2009, p. 631 y ss.

19. MAURI MAJÓS, Joan, "Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública", en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, serie Debates Locales, 2, Bilbao, 2011, p. 197.

autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que no solo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el artículo 9.3 de la Constitución (STC 92/1992 de 11 junio). En consecuencia, pues, el Ayuntamiento no puede unilateralmente modificar un convenio en vigor ni sus condiciones económicas. Incluso podría plantearse la duda de que pudiera hacerlo directamente una Administración autonómica mediante una Ley, toda vez que las comunidades autónomas carecen de competencias legislativas en materia de personal laboral.²⁰ Sin embargo, el Auto del pleno del Tribunal Constitucional 104/2011, de 5 de julio, admite la posibilidad de que un Decreto-ley de la Junta de Andalucía pueda minorar directamente las retribuciones de su personal laboral, desconociendo lo acordado en el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta.

La posibilidad, pues, de que el Ayuntamiento pueda desconocer o modificar de forma unilateral lo pactado en un convenio colectivo con su personal laboral ha sido hasta ahora muy remota, ni siquiera cuando se acreditaba una grave alteración de las circunstancias económicas.²¹ Por ello, las reformas laborales acometidas durante los años 2011 y 2012 han tendido claramente a facilitar esta posibilidad, para permitir la adaptación de la empresa a las condiciones económicas tan delicadas que se están padeciendo como consecuencia de la crisis. Tampoco puede recurrir a la cláusula de desvinculación que prevé el artículo 38.10 EBEP para los acuerdos funcionariales. La STS de 28 de septiembre de 2011, Sala de lo Social, se ha pronunciado recientemente sobre esta materia y de una

forma bastante contundente. En este caso, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias acordó medidas adicionales de ahorro para limitar el déficit público, y decidió no gastar en ayudas o acciones sociales los fondos que inicialmente había presupuestado para sus trabajadores laborales. Esta medida suponía dejar sin aplicación el régimen de acción social que había previsto en el artículo 59 del convenio colectivo suscrito con su personal laboral. Frente a la argumentación esgrimida por el Principado, ha declarado finalmente la Sala que “el artículo 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que permite la desvinculación de lo pactado por causas excepcionales derivadas de la situación económica, no resulta de aplicación al personal laboral de dichas Administraciones”.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el artículo 37 de la Constitución no garantiza en modo alguno la intangibilidad absoluta de los convenios, sino que hay una remisión directa al legislador. Y el legislador ha intervenido recientemente en esta materia con la intención de permitir mayores márgenes de elasticidad a los convenios. A través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, y el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se ha producido un punto de inflexión en este esquema buscando flexibilizar la negociación colectiva laboral para permitir su adaptabilidad a los cambios económicos y sociales que puedan producirse en la empresa.

20. Así al menos se desprende de la sentencia de 16 de septiembre de 2011 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Pamplona (JUR 2011/364945). En dicha sentencia se resolvía el conflicto colectivo planteado por el personal de una empresa pública de Navarra, el Instituto Técnico de Gestión Agrícola, porque la Ley Foral 12/2010, siguiendo la línea marcada por el Real Decreto-ley 8/2010, pretendía aplicarles la misma rebaja salarial que se ha aplicado al resto de empleados públicos. La sentencia, sin embargo, considera que la Ley Foral se ha extralimitado al ejercer la potestad de promulgar normas laborales y ser ello contrario al artículo 149.1.7 de la Constitución española, que atribuye competencia exclusiva al Estado sobre la legislación laboral. La única posibilidad de reducir las retribuciones del personal laboral de dicha empresa pública requiere que previamente se haya acordado a través de la negociación colectiva. La posibilidad de modificar las condiciones de trabajo y de reducir las retribuciones como medida de ahorro exigiría, pues, un nuevo convenio colectivo.

21. Buena prueba de ello se encuentra en la STS de 15 de abril de 2011, Sala de lo Social, Sección 1.ª, frente a la decisión de la Federación Provincial de Agrupaciones de Empresarios de la Construcción (FAEC) de aplicar descuentos salariales en virtud de la alteración de las circunstancias económicas que se habían producido por la entrada del sector de la construcción en una situación de recesión grave. Según la Sala, “únicamente cabría aplicar la cláusula ‘rebus sic stantibus’ –y restrictivamente, además– cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en convenio colectivo, pues tal institución es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex artículo 37 CE (‘cuerpo de contrato y alma de Ley’, se ha dicho); e incluso –tratándose de condición individual de trabajo– la citada cláusula habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el artículo 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la empresa”.

Aunque se parte del principio general de obligatoriedad de los convenios durante el tiempo de su vigencia, el artículo 14 del Real Decreto-ley 3/2012 –que ha dado una nueva redacción al artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET)– permite la inaplicación de algunas de sus condiciones de trabajo siempre y cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ello supone habilitar al Ayuntamiento para inaplicar las cláusulas del convenio referidas a la cuantía salarial, a la jornada del trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración, al sistema de trabajo y rendimiento y a las funciones que exceden del límite de la movilidad funcional. Para ello, basta con que el Ayuntamiento acredite tener una situación económica negativa, esto es, la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, ha añadido el Real Decreto-ley 3/2012 que “se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos”. En estas condiciones, dada la situación económica tan dramática en la que se encuentran prácticamente la generalidad de los ayuntamientos, no les resultará difícil acreditar la concurrencia de causas económicas para modificar las condiciones pactadas en el convenio. En estos casos, aunque no se requiere la celebración de un nuevo convenio colectivo, sí resulta imprescindible la celebración de un período de consultas con los representantes de los empleados (secciones sindicales, preferentemente), y es precisamente en este punto del procedimiento donde los ayuntamientos pueden encontrar los mayores obstáculos para la adaptación de las condiciones de trabajo a las nuevas circunstancias económicas. Para las Administraciones locales más pequeñas, en las que no existan representantes unitarios por no llegar al número mínimo de 6-10 empleados que exige el artículo 62.1 ET, los empleados pueden directamente atribuir su representación a una Comisión designada por ellos mismos, con un máximo de 3 miembros, que deberán ser elegidos por los propios empleados del Ayuntamiento democráticamente (o a una Comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos, según habilita la nueva redacción del artículo 41.4 ET). Este período de consultas, que no podrá durar más de quince días, versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre

las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Durante el mismo, las partes deberán negociar de buena fe y con vistas a la consecución de un acuerdo. Si finalmente se logra un acuerdo, se presumirá que concurren dichas causas y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Ello sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a rescindir su contrato y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio y con un máximo de nueve meses (artículo 41.3 ET en la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2012). Los problemas se plantearán si no se logra ese acuerdo.

Efectivamente, la última reforma llevada a cabo en 2011 pretendió precisamente hacer más viable la posibilidad del descuelgue en el nuevo contexto de agravamiento de la crisis económica. La experiencia, no obstante, no ha debido ser muy positiva, porque no ha conseguido el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la situación económica de la empresa, el nuevo Real Decreto-ley 3/2012 ha incorporado una novedosa modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la falta de solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las comunidades autónomas.

En definitiva, pues, si las partes no logran llegar a un acuerdo en el período de consultas, pueden someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio para que se pronuncie en el plazo máximo de 7 días. Si tampoco se desbloquea aquí el conflicto, cualquiera de las partes puede someterlo a alguno de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, aunque las últimas reformas apuestan decididamente por la figura del arbitraje. Si aun así no se dirime la discrepancia, podrán someterla a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. O bien ella misma o bien un árbitro nombrado en su seno podrá solucionar el conflicto y su

decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas. Es decir, se intenta por todos los medios evitar que el conflicto quede enquistado para que pueda producirse el descuelgue de las condiciones del convenio.

Las soluciones previstas por el ordenamiento laboral para facilitar la inaplicación de las cláusulas del convenio colectivo pueden, no obstante, plantear algunas disfunciones cuando se intenten aplicar al ámbito de la Administración local, al no haber sido tenidas en cuenta suficientemente las peculiaridades que se derivan de su posición institucional. Podemos encontrarnos con algunos problemas para el descuelgue debido al complejo proceso de administrativización o funcionarización de que ha sido objeto el personal laboral en los últimos años. No es en modo alguno infrecuente que los convenios reproduzcan miméticamente el esquema retributivo de los funcionarios, y que además los complementos vengán directamente recogidos en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo o en los catálogos de personal. Ello puede complicar la técnica jurídica a utilizar, especialmente cuando se pretendan modificar las cuantías salariales o los sistemas de retribución, toda vez que cualquier modificación en la distribución de la masa salarial que se pretenda llevar a cabo, posiblemente requerirá la previa modificación de este instrumento de naturaleza pública por parte de la Administración.²²

También puede plantear problemas la aplicación de las fórmulas previstas para la solución de los conflictos en caso de enquistamiento durante el período de consultas, cuando el Ayuntamiento no se ponga de acuerdo con los sindicatos. Las soluciones que ha aportado la reforma para el ámbito empresarial son nuevamente de difícil traslado a la Administración local. En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, efectivamente, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a una mediación o a un arbitraje. En este punto, las últimas reformas pretenden potenciar de una manera especial el recurso al arbitraje vinculante. De hecho, remiten directamente a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico

para que se regulen obligatoriamente procedimientos de resolución extrajudicial de las discrepancias. El problema se plantea principalmente con el recurso al arbitraje, que no está desarrollado convenientemente en el ámbito de la Administración y presenta algunos problemas importantes de configuración teórica.

El arbitraje, es voluntario acordarlo, pero obligatorio asumir su contenido. Supone atribuir a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose las partes de antemano a aceptar el contenido del laudo arbitral, que es inmediatamente ejecutivo y posee los efectos de una sentencia firme. La aplicación –sin matices– de este mecanismo en el ámbito de la Administración, a nuestro juicio, puede presentar importantes disfunciones. Puede suponer una quiebra del principio democrático, generadora de una confusión de responsabilidades, toda vez que va a ser una persona ajena por completo al organigrama administrativo la que tome decisiones de gran envergadura económica y decida, pues, la solución del conflicto, en este caso económico. Resulta, asimismo, poco compatible con el principio esencial de la organización administrativa de que la competencia es irrenunciable y debe ser ejercitada por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo, claro está, que el legislador expresamente fije y regule otra posibilidad.

El arbitraje supone dejar la satisfacción del interés general en manos de ese tercero, con el agravante de que el laudo arbitral solo se puede impugnar ante la jurisdicción social en dos supuestos: cuando no se hubieran observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (nuevo artículo 91.2 ET). Pero nada se dice para aquellos supuestos en los que la decisión arbitral pueda contradecir el interés público. Ello contrasta con lo que ocurre con cualquier tipo de acto o resolución de la Administración, que siempre es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otra parte, la normativa laboral remite directamente a los acuerdos interprofesionales para el establecimiento y regulación de estos procedimientos ex-

22. Pongamos el ejemplo del convenio colectivo del personal laboral de la Diputación de Albacete (Boletín Oficial de la Provincia núm. 89, de 1 de agosto de 2008). Su artículo 30 regula el complemento de destino, que se establece para todos los trabajadores laborales en el correspondiente Catálogo de Puestos de Trabajo. El complemento específico quedará establecido en el Catálogo de Puestos de Trabajo, aprobado el 10 de enero de 2002, con sus correspondientes actualizaciones. Todos los conceptos se igualarán al Catálogo de Funcionarios (artículo 31). El personal tendrá también derecho a percibir en concepto de complemento de antigüedad una retribución equivalente a trienios al 7% del salario base sin limitación alguna (artículo 33).

trajudiciales de resolución de conflictos. Sin embargo, estos acuerdos no están adaptados ni pensados para la Administración, toda vez que son exclusivamente las asociaciones de empresarios quienes los negocian y los firman, sin que intervenga ninguna Administración. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Administración General del Estado resultaría aplicable el IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (llamado ASEC, aprobado por la Resolución de 24 de febrero de 2009, de la Dirección General de Trabajo), cuyo artículo 1 excluye explícitamente de su ámbito de aplicación aquellos conflictos colectivos en que sean parte el Estado, comunidades autónomas, entidades locales u organismos autónomos dependientes de los mismos. Ello es lógico porque se trata de procedimientos gestionados por la CEOE y la CEPYME, en los que no está representada ninguna Administración Pública.²³ Este mismo esquema es el que se repite a nivel autonómico, y, en principio, es el que resultaría aplicable para los ayuntamientos, a no ser que sus convenios hubieran regulado específicamente este tipo de procedimientos.²⁴

El artículo 14 del Real Decreto-ley 3/2012 ha previsto, como novedad, y ante la imposibilidad de lograr un acuerdo ni de solucionarlo extrajudicialmente, el recurso a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. Se trata, ciertamente, de órganos tripartitos en los que participa la Administración laboral junto con las organizaciones sindicales y empresariales. Aunque

la presencia de una Administración permitiría atenuar parcialmente algunos de los problemas de fondo que plantea el arbitraje, no deja de plantear problemas su aplicación a los ayuntamientos. No en vano, y en el mejor de los casos, podría ser interpretado como una especie de control o tutela de la actividad de la Administración local por parte de la Administración laboral de la Comunidad Autónoma. La utilización de esta vía requeriría, a nuestro juicio, una reflexión bastante más reposada y meditada.²⁵

En fin, dada la presencia de intereses públicos en esta materia, tal vez sería conveniente que el legislador expresamente estableciera para el personal laboral de la Administración una cláusula similar a la establecida en el artículo 38.10 para los funcionarios. Bastaría con modificar la dicción de este precepto para incluir también los convenios colectivos junto con los pactos y acuerdos funcionariales. La publicación o administrativización del personal laboral también en esta concreta faceta permitiría que la Administración pudiera encontrar una solución para estos casos extremos tan graves.²⁶ Evitaría la situación tan incomprensible que permite el actual modelo, que posibilita que un Ayuntamiento pueda fácilmente desvincularse de las cláusulas económicamente más gravosas de un Acuerdo funcional, y encuentre serias dificultades para hacerlo respecto de las cláusulas similares contenidas en un convenio colectivo, cuando el perjuicio para el interés público es en ambos casos el mismo. En todo caso, la puesta en práctica de esta solución exigiría la intervención del legislador básico estatal, que es el único habilitado para concretar –y matizar en este caso– la fuerza normativa de los convenios colectivos que se deriva directamente del artículo 37 de la Constitución.

23. ROQUETA BUJ, Remedios, “Los ajustes en materia de personal en las Administraciones Públicas”, en el *Boletín de Función Pública del INAP*, núm. 6, diciembre de 2011, p. 43, destaca un aspecto fundamental en esta materia: el conflicto de intereses que se produciría, toda vez que basta con observar casi diariamente los medios de comunicación para darse cuenta de las declaraciones que se realizan desde la patronal, que se manifiestan directamente a favor de una drástica reducción de la Administración e incluso de la rebaja de las retribuciones de los empleados públicos (*CincoDias.com*, noticia de 15 de diciembre de 2011).

24. Solo las comunidades autónomas de Cantabria y Canarias prevén una aplicación parcial y matizada de estos procedimientos en el ámbito de la Administración (artículo 4.4 del *VI Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales*, aprobado por la Resolución de la Dirección General de Trabajo y Empleo de 5 de julio de 2010, BOC núm. 135, de 14 de julio de 2010, y artículo 3.f del *Acuerdo Interprofesional Canario por el que se modifican y refunden los Acuerdos sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo*, aprobado por Resolución de 30 de junio de 2004, BOC núm. 147, de 30 de julio de 2004).

25. La Disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 3/2012 remite a la aprobación de un Real Decreto para que regule la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, desarrolle sus funciones, establezca sus procedimientos de actuación y las medidas de apoyo para el ejercicio de las funciones de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

26. Así lo ha hecho también la Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2012, al prohibir la utilización de las reducciones de jornada y de los expedientes suspensivos de los contratos de trabajo para el personal laboral de la Administración.

4. Medidas de ahorro directo relacionadas con la reestructuración de las plantillas de personal laboral

En la normativa laboral no existe ningún orden de prelación respecto de las posibilidades de actuación de la Administración para la racionalización de sus plantillas. Al faltar este criterio indicativo habrá que entender que existe un amplísimo margen de libertad para los ayuntamientos en la toma de decisiones y que estas difícilmente podrían ser controlables por el juez de lo social.²⁷ El único límite para la adopción de medidas que puede encontrar la Administración local ha sido introducido recientemente a través de la Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2012, que impide el recurso temporal a la reducción de jornada y a la suspensión de los contratos de trabajo como medida de flexibilidad, lo que, sin duda, va a tener importantes repercusiones para el empleo público local. En el siguiente epígrafe nos referiremos a ello.

Ante estas posibilidades de actuación, parecería lógico que la Administración trazara previamente su hoja de ruta. Este recorrido o esquema de actuación debería reflejarse en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, pues, como ha sostenido Palomar Olmeda, estos instrumentos no son sino “meras normas habilitadoras de la adopción de medidas ya previstas en el ordenamiento jurídico, como consecuencia de un diagnóstico de la organización que encuentra en el Plan la norma objetivadora”.²⁸

El recurso a los instrumentos de planificación, debe resultar fundamental para contemplar la batería de medidas ordenadas que permitirán a los ayuntamientos objetivar su toma de decisiones, y buscar la eficiencia en la utilización de sus escasos recursos económicos (artículo 69 EBEP). Fuera de esta reflexión organizativa previa, las decisiones de la Administración corren el riesgo de resultar improvisadas, deslegitimadas y poco entendibles para la ciudadanía y para los propios empleados. Es más, pueden resultar arbitrarias en aquellos supuestos más extremos en los que el Ayuntamiento se vea obligado a recurrir los despidos por razones objetivas, ya sea individuales o co-

lectivos, a través del correspondiente procedimiento de regulación de empleo. Es imprescindible que al menos la Administración haya podido prever de forma anticipada y razonable los criterios que se van a utilizar para decidir los empleados afectados por las medidas. En caso contrario, las decisiones extintivas pueden amparar comportamientos arbitrarios poco compatibles con nuestro ordenamiento jurídico. Después volveremos sobre ello.

Sería razonable que los ayuntamientos recurrieran inicialmente a medidas de flexibilidad interna y, solo si aquellas no fueran suficientes y con carácter subsidiario, a las de flexibilidad externa. Es decir, se trataría de utilizar una escala de actuación que fuera desde las denominadas medidas regresivas –o de solidaridad– hasta los despidos objetivos por causas económicas. Aunque este abanico de actuación resultaba bastante amplio, la reforma introducida por el Real Decreto-ley 3/2012 ha instaurado importantes novedades en esta materia, que vienen a limitar considerablemente la posibilidad de actuación de la Administración. Su Disposición adicional tercera declara inaplicables para las Administraciones Públicas las importantes medidas de flexibilidad interna que el artículo 47 ET establece para el resto de empresarios a la hora de modificar temporalmente la jornada de trabajo o de suspender temporalmente los contratos, lo que puede tener severas consecuencias para la Administración.

4.1. Algunas ideas previas sobre la pretendida “flexibilidad” que aporta el personal laboral a la gestión de los recursos humanos

Desde un punto de vista teórico, el recurso al personal laboral en la Administración ha sido interpretado como una de las medidas en las que se plasma la denominada huída del Derecho Administrativo –en este caso, del Derecho funcional– para lograr una mayor flexibilidad en la gestión del personal. De hecho, si existe un ámbito territorial de Administración que esté especialmente laboralizado, este es, sin duda alguna, el de la Administración local, donde el porcentaje de

27. Según se pone de manifiesto en la STSJ de Madrid de 22 de junio de 2011, Sala de lo Social, JUR 2011/289096, la Administración no está obligada a presentar un plan de viabilidad que contemple la adopción de otras medidas, aparte de la extinción o despido acordado (en el mismo sentido, aunque ya en el ámbito de la empresa privada, puede traerse a colación la STS de 30 de septiembre de 2002, recurso 3828/2001, RJ 2002, 10679).

28. PALOMAR OLMEDA, Alberto, “Planificación e instrumentos de gestión de los recursos humanos”, *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, 2011, p. 139 y 157. La Administración dispone de un marco abierto que le permite la adopción de múltiples decisiones susceptibles de generar una conflictividad que acabe mermando su capacidad de implantación y de ejecución. De ahí la necesidad de objetivar la toma de decisiones en el empleo público.

empleados sometidos a este régimen supera en muchas ocasiones la mitad de la plantilla, para llegar en algunos ayuntamientos al 80% de todo el personal.²⁹

Esta mayor flexibilidad del personal laboral debería manifestarse ahora, en tiempos de crisis, con especial virtud. Sin embargo, veremos que paradójicamente esto no es así, debido fundamentalmente a las barreras que ha puesto la Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2012, así como al especial blindaje que tiene el personal laboral de la Administración. A través de la negociación colectiva, ha ido progresivamente adquiriendo las mismas –o superiores– ventajas del personal funcional, que ahora corren el riesgo de quedar petrificadas, ante las dificultades que tiene la Administración para desvincularse de ellas o modificarlas para adaptarlas al interés general si no se consigue el acuerdo con los representantes de los trabajadores.

A mayor abundamiento, la aplicación de cualquier medida de ajuste topa con un importante problema dado el complejo entramado de fuentes que hemos creado para esta figura, lo que dificulta una rápida adopción de decisiones por parte del gestor de los recursos humanos.³⁰ Este laberinto de fuentes se debe esencialmente al impacto que ha tenido el proceso de publicación o administrativización de su régimen jurídico, que ha acabado contagiando el sistema de fuentes propio de la relación laboral privada. La Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2012 ha seguido profundizando en esta misma línea y ha establecido un nuevo régimen laboral de carácter especial para los empleados públicos, al instituir una importante barrera para la Administración. Le va a impedir que pueda usar los expedientes de regulación de empleo para suspender temporalmente los contratos o modificar jornadas. En estas condiciones, se priva al Ayuntamiento de la posibilidad de adoptar estas medidas como vía alternativa a los despidos.

El problema se hace más patente si tenemos en cuenta las líneas tan divergentes que se han producido en cada uno de estos ámbitos. Mientras que el Derecho administrativo y funcional se muestra cada vez más protector de la figura del funcionario público y ahora, también por extensión, casi de su empleado

laboral, el Derecho laboral parece navegar en dirección contraria. En el nuevo contexto de crisis, la tendencia que muestran las últimas reformas introducidas en los últimos meses es completamente diferente y bastante menos garantista para el trabajador. Se tiende a proteger menos la figura del trabajador y a potenciar notablemente los poderes de dirección y de toma de decisiones por parte del empresario.

Siendo esto así, parecería razonable pensar que la Administración, cuando actúa como empresario, debería también beneficiarse de esta tendencia que favorece su “empoderamiento” para la toma de decisiones rápidas y contundentes, como respuesta a la situación de grave endeudamiento y falta de recursos económicos de los ayuntamientos. Sin embargo, esta conclusión apriorística debería ser matizada en virtud del sistema de fuentes y del contagio funcional del que se han visto afectados los laborales de la Administración durante los últimos años, especialmente a partir de la entrada en vigor del EBEP.

El artículo 7 EBEP parece darnos la regla básica del sistema de fuentes: aplicación del EBEP, del ET y de los convenios colectivos. Sin embargo, dependiendo de cada institución concreta, la prelación de fuentes parece complicarse. En algunas instituciones, como ocurre con los sistemas de clasificación de los trabajadores de la Administración, la remisión es directa a la legislación laboral (artículo 77 EBEP); en otros casos, como en materia de jornada, permisos y vacaciones, se estará a lo establecido en el EBEP, de forma preferente, pues, y en la legislación laboral correspondiente, de forma subsidiaria (artículo 51). En materia de planificación, también es de aplicación directa lo previsto en el artículo 69 EBEP para el personal laboral. Algo similar ocurre con la regulación aplicable en materia de provisión de puestos de trabajo y movilidad, aunque en este caso se aplicará directamente lo establecido en el convenio y, subsidiariamente, el régimen previsto para los funcionarios en el EBEP (artículo 83). Esto es, como ha destacado la doctrina laboralista, parece que se produce un desplazamiento de las normas del ET, que devendrían inaplicables. Así, podrían surgir dudas, por ejemplo, en relación con los traslados colectivos, toda vez que,

29. BOLTAINA BOSCH, Xavier, “Empleo público y medidas de ajuste extintivas de los contratos de trabajo para hacer frente a la crisis de las entidades locales”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, serie Debates Locales, 2, Bilbao, 2011, p. 251.

30. Véase al respecto a PALOMAR OLMEDA, Alberto, “La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración y, especialmente, de la Administración local”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 112, 2008.

según se deriva de este precepto, se aplicarían directamente los convenios colectivos. A partir de ahí se plantea cómo afectan las nuevas reformas laborales que, como antes hemos señalado, intentan flexibilizar esta materia para favorecer que el traslado colectivo no entorpezca las posibilidades de adaptación de la empresa a una más delicada situación económica. Para Roqueta Buj, por ejemplo, una remisión sin reservas en la negociación a lo dispuesto en la legislación laboral no podrá cerrar el paso a la aplicación de estas nuevas medidas flexibilizadoras. Distinto sería el caso de los convenios colectivos que, en vez de remitirse sin más a la legislación laboral, reproducen su contenido. En este caso, a juicio de la autora, habrá que entender que el régimen aplicable es el que se contiene en el correspondiente convenio colectivo, de modo tal que a la Administración le resultaría muy complicado beneficiarse de las nuevas medidas que se han adoptado legalmente en tanto no fueran asumidas por la autonomía colectiva.³¹

Y, efectivamente, parece que esta es la línea que está siguiendo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en cuanto a la incidencia que una Ley posterior puede tener respecto del contenido pactado en un convenio colectivo en vigor. Así, en la STS de 7 de diciembre de 2010, Sala de lo Social, Sección 1.ª, RJ 2011/232, dictada en unificación de doctrina en materia de permisos, ha considerado que las normas jurídicas relativas a los denominados “días de libre disposición” contenidas en el artículo 48.2 EBEP, no resultaban aplicables con preferencia a las contenidas directamente en el convenio colectivo del personal laboral afectado, pues este precepto no tiene la consideración de “norma de derecho necesario absoluto”. Del artículo 51 EBEP y de la remisión que efectúa para el régimen de permisos del personal laboral “a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente”, no se puede interpretar que deba ser aplicada en todo caso y con preferencia absoluta la normativa estatutaria sobre la convencional. Al no constituir dicho precepto una norma de derecho necesario y, como tal, indisponible para los negociadores de un convenio, no puede su

contenido añadirse o superponerse a las condiciones generales de un convenio colectivo vigente, intentando extraer lo que resulte más favorable de varias disposiciones aplicables, utilizando la denominada técnica del “espiguelo”.

En todo caso, esta complejidad de fuentes implica que en cada caso concreto y para cada una de las herramientas de ahorro y racionalización que vamos a exponer, habría que hacer un análisis muy detallado del sistema de prelación de fuentes y estar muy atentos al concreto contenido de los convenios colectivos que cada Ayuntamiento haya firmado con su personal laboral. Asimismo, para cada una de las materias concretas que vamos a mencionar habría que adaptarse al régimen particularizado que prevé el ET, especialmente tras las reformas que explícitamente para la Administración ha establecido el nuevo Real Decreto-ley 3/2012. Nosotros, sin embargo, vamos a realizar una exposición o reflexión más general, partiendo fundamentalmente de las reformas que se han producido en los últimos meses en el ámbito laboral con la intención de conseguir una mayor flexibilidad en este marco de relaciones.³²

4.2. Medidas de flexibilidad interna: la modificación de las condiciones de trabajo

Cuando se trata de modificar las condiciones de trabajo del empleado público, las posibilidades de actuación unilateral del Ayuntamiento son bastante amplias, especialmente a partir del Real Decreto-ley 3/2012. La movilidad funcional y la modificación no sustancial de las condiciones de trabajo pueden ser acordadas por la Administración en las condiciones y con los generosos límites previstos en el artículo 39 ET. Y es que, efectivamente, esta última norma ha establecido un conjunto de medidas destinadas a fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. Con este objetivo son varias las reformas que se abordan. En pri-

31. ROMAN RIECHMANN, SÁNCHEZ MORÓN y VELÁZQUEZ LÓPEZ, “Líneas de reforma del empleo público”, en AA. VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2005, p. 154; ROQUETA BUJ, Remedios, “La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, febrero de 2011, p. 297 y 299.

32. Así, se han aprobado la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva; el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, y el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

mer lugar, el sistema de clasificación profesional pasa a tener como única referencia el grupo profesional, con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz. Así, la movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo con las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral, y con respeto a la dignidad del trabajador. En segundo lugar, se ha simplificado la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas, se incluye la modificación sustancial de funciones y de estructura y cuantía salarial como causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización, y la modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo del Título III ET se reconduce al apartado 3 de su artículo 82.

Este tipo de modificaciones son una manifestación del poder de dirección conferido al empresario por el contrato de trabajo, del denominado *ius variandi*, que le otorga la facultad de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de su ejecución (STC 92/1992, de 11 de junio). Así, por ejemplo, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de febrero de 2009, Sala de lo Social, JUR 2009/225241, no se han considerado como modificaciones sustanciales el aumento en una hora del horario pactado entre el Ayuntamiento y el conserje de un colegio público, ni la atribución de nuevas tareas de mantenimiento de las instalaciones del colegio que, aunque no habían sido pactadas, respetaban su categoría profesional.

Distinto es lo que ocurre con las modificaciones de carácter sustancial. Se trata de todas aquellas modificaciones que, además de las expresamente contempladas en el artículo 41.1 ET, implican para los trabajadores una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable o deducible (STSJ de Andalucía, de 4 de octubre de 2010, Sala de lo Social, JUR 2011\132161). Así ocurre con la modificación de la jornada de trabajo, del horario y la distribución del tiempo de trabajo, con el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración, el sistema de trabajo y rendimiento, o con la atribución de funciones que exceden del *ius variandi*. Para la adopción de estas modificaciones han de concurrir probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, aunque el régimen varía sustancialmente dependiendo de la concreta materia que se pretende modificar y de la naturaleza del contrato o convenio donde las mismas se contemplen.

El listón probatorio para que el Ayuntamiento acredite la concurrencia de alguna de estas causas en los supuestos de modificaciones sustanciales, es inferior al exigido para extinguir contratos por la misma causa, pues basta con que la modificación contribuya a mejorar la situación del Ayuntamiento a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca, en este caso, una mejor respuesta a las exigencias del servicio público. “La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (‘flexibilidad externa’ o ‘adaptación de la plantilla’) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (‘flexibilidad interna’ o ‘adaptación de condiciones de trabajo’). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la ‘libertad de empresa’ y de la ‘defensa de la productividad’ reconocidas en el artículo 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de ‘reestructuración de la plantilla’, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la ‘libertad de empresa’ y el ‘derecho al trabajo’ de los trabajadores despedidos reconocido en el artículo 35 del propio texto constitucional” (SAN, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 2011, y STS de 17 de mayo de 2005, Sala de lo Social).

El ET establece un régimen jurídico distinto dependiendo de la naturaleza de la fuente afectada, del número de trabajadores afectados y de la existencia o no de un convenio colectivo. En principio, si se trata de modificaciones a título individual, la Administración podría adoptarlas de forma unilateral, con la única exigencia de comunicárselas al empleado con 15 días de antelación a la fecha de su efectividad (antes del Real Decreto-ley 3/2012 eran 30 días los que se exigían), aunque existe la opción del trabajador de no aceptarlas y de rescindir su contrato con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio (máximo de 9 meses, según el artículo 41.3 ET). No obstante, algunos autores de la doctrina laboralista matizan considerablemente esta posibilidad, al entender que esta materia viene condicionada directamente por el propio sistema de fuentes de la relación laboral, que, según el artículo 7 EBEP, son únicamente el ET, los convenios colec-

tivos y el EBEP.³³ Es decir, el contrato de trabajo no se prevé expresamente como fuente del Derecho, lo que, a juicio de estos autores, podría comprometer seriamente la posibilidad de adopción de cambios unilaterales por parte del Ayuntamiento. Ello resultaría de las diferencias esenciales que existen entre los empresarios privados y la Administración, en la medida en que esta última no dispone de libertad de actuación, sino que se rige por el principio de legalidad e igualdad, lo que impediría que pudiera establecer selectivamente condiciones de trabajo por encima de las previsiones legales o convencionales.

Los problemas que plantea esta materia no son en modo alguno nimios. Evidencian una sinrazón que puede ir en claro detrimento del interés general, dada la delicadeza y gravedad de la actual situación económica. Si precisamente la utilización del Derecho Laboral se ha explicado como un instrumento para conseguir una mayor flexibilidad en el régimen del empleo público, no tendría sentido privar –completamente y sin matices– a la Administración de esta posibilidad que le ofrece el ET, y que puede ser menos gravosa que la del despido. Es decir, esta interpretación, aunque es muy razonable, no deja de implicar que quien puede lo más (despedir individualmente por causas objetivas) no puede lo menos (modificar sustancialmente sus concretas condiciones de trabajo). Más bien, parece razonable salvar este escollo interpretando, como ha hecho Sala Franco, que la falta de mención al contrato de trabajo en el artículo 7 EBEP fue una medida poco afortunada del legislador estatutario, pues si dicho artículo se remite expresamente al ET, habrá que entender que también resultan aplicables a la relación laboral las fuentes que señala su artículo 3.1.b), esto es, el contrato individual de trabajo y la costumbre local y profesional.³⁴

Cierto es que los tratamientos *ad personam* se miran con mucho recelo por parte de nuestro ordenamiento, pues se corre el riesgo de que este tipo de me-

didias puedan utilizarse como coartada de otro tipo de decisiones reprochables jurídicamente. Pensemos, por ejemplo, en su utilización para penalizar o sancionar de forma encubierta a un empleado sin permitirle que pueda beneficiarse de las garantías del procedimiento sancionador. Por ello es imprescindible que la Administración cuente con el instrumento que evite estos posibles riesgos, y este instrumento no puede ser otro que un Plan de Ordenación de Recursos Humanos –o incluso un Plan de Saneamiento Económico-Financiero–, que vendría a satisfacer las exigencias de legalidad e igualdad que requeriría la adopción de este tipo de decisiones. Sin la cobertura de esta herramienta es difícilmente pensable que pueda adoptarse ninguna medida de racionalización de plantillas, y menos si esta tiene carácter individual. En este sentido, tal como ha destacado Roqueta Buj, estas dudas no quieren decir que la Administración no pueda proceder a modificar las condiciones de trabajo en función de las necesidades del servicio, y respetando las normas convencionales y legales, así como los límites que se derivan del principio de igualdad y de prohibición de la arbitrariedad en las actuaciones administrativas, toda vez que esta posibilidad está implícita en el principio de autoorganización recogido en el artículo 103 de la Constitución española. Lo razonable será contar con un Plan de Ordenación de Recursos Humanos para proceder a la modificación de las condiciones de trabajo que tengan carácter colectivo. En este caso, los criterios generales de dicho Plan deberán ser objeto de previa negociación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37 EBEP.³⁵

Por otra parte, en cuanto a las materias que son susceptibles de modificación, la Administración no podría unilateralmente alterar la jornada reduciéndola, al menos en principio. Así se deduce de lo dispuesto en la letra e) del artículo 12.4 ET, a cuyo tenor la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador, y no se podrá imponer

33. BODAS MARTÍN, Ricardo, "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas", en AA. VV., *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 250 y ss.; LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público: estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Navarra, 2009, p. 322; GOERLICH PESET, José María, y NORES TORRES, Luis Enrique, "La reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública", *Justicia Laboral: Revista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 4, 2000.

34. SALA FRANCO, Tomás, "El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público", en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 119.

35. ROQUETA BUJ, Remedios, "La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2011, p. 301 y 302.

de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41 ET. El empleado no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [artículo 12.4.e) ET]. Bien es cierto que ahora el Real Decreto-ley 3/2012 permite la posibilidad de que puedan realizarse horas extraordinarias. En el ámbito de la Administración General del Estado se han adoptado recientemente medidas más drásticas que afectan a la jornada laboral. A través del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, se ha establecido que para el año 2012 la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos.

Al margen de estas especialidades para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual (artículo 41.3 ET), el tratamiento que da el legislador laboral para su adopción es distinto según sea el origen de la condición de trabajo que se pretenda modificar. Si estas han sido reconocidas en virtud de acuerdo o pacto colectivo, o disfrutadas por los empleados en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (a través de los llamados acuerdos informales sobre cuestiones puntuales), es preciso realizar un período de consultas previo. No obstante, si las consultas concluyen sin acuerdo entre las partes, el Ayuntamiento recupera sus potestades unilaterales y puede adoptar directamente las modificaciones propuestas, debiéndose meramente notificar la decisión a los trabajadores afectados (artículo 41.5).

La solución es bastante más compleja cuando la modificación se refiera a las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios, sean estos de sector o de empresa. En este caso, el artículo 41.6 ET remite directamente al procedimiento para el descuelgue de los convenios previstos en el artículo 82.3 ET, en su nueva redacción, lo que exige

llegar a un acuerdo en el período de consultas. Si no se consigue el acuerdo, deberá intentarse la vía de la solución extrajudicial de conflictos y, subsidiariamente, la nueva vía de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. En todo caso, si se adoptan las modificaciones sin haber realizado las consultas, la resolución administrativa puede ser declarada nula de pleno derecho.³⁶

4.3. La reducción de la jornada y la suspensión temporal de los contratos. La imposibilidad de acudir a esta vía en virtud del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero

En el ámbito de las relaciones laborales, la regulación de la suspensión colectiva de los contratos de trabajo y la reducción temporal de la jornada de trabajo, se configuran como instrumentos alternativos de ajuste temporal del empleo ante coyunturas económicas adversas. Obviamente se trata de medidas de carácter regresivo para el personal afectado, pues sus condiciones de trabajo sufren temporalmente una degradación o empeoramiento. Ahora bien, son medidas de solidaridad entre los empleados públicos que pueden evitar la puesta en práctica de despidos por causas objetivas, ya sean individuales o colectivos.

El papel significativo que supone esta vía como alternativa a la destrucción de empleo ha querido ser resaltado por la última reforma laboral. De hecho, el Capítulo III del Real Decreto-ley 3/2012 se ha titulado específicamente: "Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo". En un sistema que genera incentivos adecuados, dirá la Exposición de Motivos de esta norma, "las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada. Este tipo de ajuste ha sido relevante en los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo". Estas medidas permiten al empresario un ahorro importante,

36. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STSJ de Andalucía, de 4 de octubre de 2010, Sala de lo Social, JUR 2011\132161, que ha anulado la Resolución del Rectorado de la Universidad de Granada porque había modificado el horario a trescientos trabajadores, eliminando su prestación de servicios en turno de tarde y pasándola a desempeñar en el de mañana durante el periodo junio-julio, sin haber llevado a cabo un período de consultas con los sindicatos.

al reducir temporalmente el tiempo de trabajo de sus empleados entre un 10 y un 70% (artículo 47.2 ET), o suspender temporalmente sus contratos de trabajo, sin que ello genere ningún tipo de indemnización. Al mismo tiempo, tampoco el trabajador se ve perjudicado en exceso, toda vez que se considerará en situación legal de desempleo temporal (que podrá ser total o parcial, según la medida que se adopte) y recibirá las correspondientes prestaciones a cargo de la Seguridad Social.

Pues bien, para potenciar la adopción de este tipo de medidas como medida preferente al despido, se han simplificado significativamente sus trámites. Hasta la reforma de febrero de 2012 se exigía una autorización administrativa previa por parte de la autoridad laboral autonómica correspondiente, que se tramitaba a través de un procedimiento de regulación de empleo, esto es, a través de los conocidos ERTES (expedientes de regulación temporal de empleo, regulados en el Real Decreto 801/2011). Para agilizarlos, se ha suprimido esta autorización administrativa. Basta simplemente con comunicarlo a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días. La autoridad laboral tiene forzosamente que dar traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, y recabar un informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas, y quedará incorporado al procedimiento. Su intervención es necesaria en la medida en que el trabajador afectado por estas medidas se considerará en situación legal de desempleo, y percibirá por ello las correspondientes prestaciones.³⁷

La utilización por parte de los ayuntamientos de las posibilidades que ampara el artículo 47 ET suponía una potente vía para evitar los despidos. Para su adopción bastaba con que este demostrara su gravosa situación económica y la razonabilidad de que tales medidas resultaban necesarias para superar una situación de carácter coyuntural. En la medida en que no procedía

ante situaciones no coyunturales, obligaba al Ayuntamiento a realizar un importante y veraz ejercicio de reflexión sobre su situación económica de ingresos y gastos, no solo presente, sino también futura y predecible a corto o medio plazo. Siendo optimistas, lo razonable es pensar que esta situación de penuria económica del Ayuntamiento tenga siempre carácter temporal, que responda a la concreta coyuntura de grave crisis económica que estamos viviendo. Tratándose de una Administración Pública no se puede saber a ciencia cierta y con tanta anticipación el nivel de ingresos que puede obtener en un futuro inmediato, que en todo caso puede variar en atención a la propia evolución de la economía o a un mero cambio normativo en la política tributaria. Pensemos, por ejemplo, en una eventual subida de impuestos, o en una decisión política que busque el recorte y el ahorro presupuestario por otras vías o en otros capítulos del presupuesto.

Sin embargo, sorprendentemente la Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2012 ha prohibido a la Administración la utilización de esta vía de flexibilización. Ha venido a añadir al ET la Disposición adicional vigésima primera con la intención de establecer condiciones especiales para su aplicación a los trabajadores del sector público. En concreto, ha dispuesto que lo previsto en dicho precepto no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado. Esta previsión limita considerablemente su utilización por parte de los ayuntamientos, pues solo permite su adopción para aquel tipo de entidades que puedan formar parte de su sector público que no tengan naturaleza pública, y que se financien principalmente con los ingresos que obtienen de la actividad que desarrollan.

No resulta fácil entender a qué responde esta prohibición, sobre todo si tenemos en cuenta las bondades que el propio Real Decreto-ley proclama de estas vías alternativas a la destrucción de empleo. En principio, podría pensarse que, dada la especial naturaleza de las actividades que realizan estos empleados, no es razonable suspender temporalmente sus contratos ni redu-

37. Véanse las modificaciones introducidas en la Ley General de Seguridad Social por las distintas disposiciones finales del Real Decreto-ley 3/2012.

circles sus jornadas, para que la calidad y condiciones de la prestación de los servicios públicos no se vean afectadas. Sin embargo, mucho me temo que no sea esta la razón última, sobre todo si tenemos en cuenta que al generar prestaciones de desempleo el ahorro para el erario público no es tal, aunque no sea el Ayuntamiento quien corra con los gastos. Al cerrar esta posibilidad puede suceder que el Ayuntamiento se vea obligado a recurrir a los despidos por causas objetivas. Es más, si tenemos en cuenta que precisamente la Disposición adicional segunda de esta misma norma ha regulado expresamente este tipo de despidos en la Administración –por si alguna duda quedaba todavía–, no sería absurdo pensar que por esta vía se está optando decididamente por una política de despidos y de drástica disminución del empleo público.

4.4. La falta de renovación de los contratos temporales

Como método alternativo a la solución drástica del despido del personal laboral fijo de plantilla, la Administración puede utilizar el colchón que supone la temporalidad en el empleo. Bastaría, en principio, con la no renovación de los contratos temporales llegados a término. Según la jurisprudencia, llegada la fecha de finalización del contrato no existe la obligación legal de exteriorización de las razones que justifican la no prórroga del contrato. El hecho de que exista una posibilidad de prórroga no supone en modo alguno derecho automático a ella, sino que debe la Administración decidirlo y, en su caso, iniciar el trámite de prórroga si lo considera oportuno (sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona de 9 de febrero de 2011, AS 2011/943). También puede amortizar los contratos temporales de trabajo que haya podido suscribir ligados directamente a una subvención en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.e) ET, ante el impago de dicha subvención o ante la falta de crédito presupuestario para desempeñar el programa público suscrito (STSJ de Madrid, de 19 de abril de 2010, Sala de lo Social, Sección 6.ª, JUR 2010/233309).

De la misma forma puede extinguir los contratos de interinidad por vacante mediante la supresión directa de la plaza que ocupan los empleados (STSJ de Madrid de 22 de junio de 2011, Sala de lo Social, JUR 2011/289096). En estos casos, según ha puesto de manifiesto, entre otras muchas, la STS de 20 de enero

de 2004, RJ 2004, 1496, cuando el contrato es de interinidad por vacante y los servicios se prestan para la Administración, el contrato puede extinguirse no solo por las causas de carácter general del artículo 49 ET, sino también por la causa específica de la amortización de la plaza servida, aun cuando las partes hayan pactado que la duración del contrato quedara condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, pues la eficacia de tales pactos debe entenderse sometida a la condición subyacente de la pervivencia de los puestos, sin que sea necesario cumplir los requisitos de preaviso e indemnización previstos en el artículo 53.1 ET.

Agotado este primer colchón, aunque no es necesario, el siguiente sería el del colectivo de los “laborales indefinidos”, toda vez que su extinción es más barata para la Administración. La jurisprudencia los ha equiparado a estos efectos a la figura del interino, y bastaría simplemente con la amortización de las plazas que ocupan. Dicha amortización no tiene la consideración de despido. Así, la STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2011, Sala de lo Social, AS 2011/1558, ha consagrado conforme a derecho el despido de una auxiliar de control del Ayuntamiento de Ajalvir que había obtenido dicha condición a través de la celebración de varios contratos irregulares, al haber quedado “suficientemente acreditada la necesidad de reducir costes en el Ayuntamiento de Ajalvir, dada la situación económica adversa por la que está atravesando y, por ende, la de amortizar la plaza que ocupa la actora, que no olvidemos que estaba vacante, aun cuando presupuestada y ofertada, según se desprende de los hechos...”. Cierto es, no obstante, que la decisión extintiva tenía el respaldo de un Plan de Saneamiento Económico-Financiero, que había sido adoptado previamente por el pleno del Ayuntamiento y que en este caso sirve de cobertura a la actuación de la Administración.

Pero estas no son las únicas posibilidades de actuación. Buena prueba de ello son las medidas establecidas en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Según ha previsto el artículo 3.2 de dicha norma, durante el año 2012 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren

prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

El recurso indiscriminado a esta solución puede tener importantes repercusiones para la organización y para la propia prestación del servicio público. En estos casos, el único criterio decisivo para hacer la distinción es la naturaleza jurídica y la naturaleza temporal del vínculo que une a estos empleados con la Administración. Obviamente, y como ha destacado Jiménez Asensio, la adopción de este tipo de medidas, que operan indiscriminadamente sobre la plantilla y sin el respaldo de una reflexión organizativa previa acerca de las funciones que desempeñan estos empleados, cómo las desempeñan y cuáles son las necesidades del servicio, puede tener “unas consecuencias letales en el futuro más o menos próximo”. Supone la eliminación directa de “las personas normalmente más jóvenes, que representan por lo común el capital humano más innovador, con mejores herramientas tecnológicas, más abierto al cambio, mientras que fomenta la permanencia de ‘los instalados’ en el sistema, que tienen conductas burocráticas muy arraigadas y que resisten ferozmente frente a cualquier asalto refugiándose en su fortaleza corporativa o en la trinchera sindical”.³⁸

Se trata, sin duda, de medidas de ajuste rápido y sencillo, pero que no han de tener en cuenta necesariamente razones de tipo cuantitativo, esto es, sus consecuencias sobre la prestación del servicio público, lo que es fuente de importantes disfunciones. Para mitigarlas es necesario que esta medida vaya acompañada necesariamente de la puesta en funcionamiento de otras medidas de planificación, movilidad funcional (artículo 39 ET), atribución temporal de funciones (artículo 73 EBEP), y, sobre todo, de la correspondiente política formativa, para que, llegado el caso, el personal fijo sea capaz de hacerse cargo de las funciones que con estas medidas quedarán sin atender.

Por último, conviene señalar que la Administración no está obligada a utilizar estas posibilidades. Puede priorizar y, atendiendo a las necesidades del servicio y al interés general, decidir que es más conveniente utilizar la vía del despido individual de un empleado laboral

fijo y seguir manteniendo al contratado temporalmente. Así lo ha establecido la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2010 (JUR 2011\158777), al señalar que “corresponde al empleador determinar cuáles son las plazas que se han de amortizar a fin de superar la situación económica negativa, no pudiendo apreciarse tampoco discriminación por el hecho de que se hayan amortizado plazas de personal laboral fijo, en vez de extinguir los contratos de trabajo temporales, y aquí se ha de subrayar que el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Constitución encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales (S.^a TC de 10 de julio de 1981), pero no cabe apreciar la existencia de una desigualdad de trato no razonable cuando no es factible entablar la comparación exigible a fin de apreciar la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad sin discriminaciones injustificadas o arbitrarias, tal como ocurre en el presente caso”.

4.5. Medidas de flexibilidad externa: el recurso al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas

La solución más incisiva y drástica vendría dada por el despido del personal laboral fijo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A diferencia de lo que sucede con el personal funcionario, el EBEP no contiene un listado de causas para el despido de su personal laboral. Simplemente se limita a establecer algunas matizaciones respecto del despido disciplinario para adaptarlo a la naturaleza pública del empresario, señalando que comportará la inhabilitación del laboral para ser titular de un nuevo contrato de trabajo en la Administración con funciones similares [artículo 96.1 b)] y que procederá automáticamente readmisión del laboral fijo cuando su despido disciplinario sea declarado improcedente (artículo 96.2 EBEP).

38. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, serie Debates Locales, 2, Bilbao, 2011, p. 46, 58 y 66. Señala el autor los problemas que plantea este tipo de decisiones. Dirá el autor: “Se da prioridad a los ‘régimenes jurídicos’ (temporales versus fijos; interinos versus funcionarios de carrera) frente a las necesidades o a las políticas que la Administración ha de priorizar, así como obviando el ‘valor añadido real’ que cada una de esas personas aporta a la organización (y, por tanto, cuáles son sus pérdidas en caso de desvinculación). Se apuesta, pues, por las medidas ‘cuantitativas’, en detrimento de las ‘cualitativas’. Craso error”.

El despido puede ser individual (artículo 52 ET) o colectivo (artículo 51 ET con la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2012). Su aplicación en el ámbito de una Administración Pública no ha sido hasta ahora pacífica, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.³⁹ Son múltiples los problemas teóricos y prácticos que plantea, dada la aparente contradicción que se ha querido ver entre los principios de eficacia (artículo 103.1 de la CE) y eficiencia (artículo 38 ET). El primero orientaría la actividad de la Administración y el segundo la actividad empresarial. Como ha resaltado Rodríguez Escanciano, mientras que la actividad de una empresa privada se inspira en el ánimo de lucro y busca siempre su rentabilidad y competitividad en el mercado, la actuación administrativa está muy alejada de estos planteamientos y solo busca la satisfacción del interés general. De hecho, la normativa concursal prohíbe técnicamente que las Administraciones Públicas puedan ser declaradas en concurso de acreedores (artículo 1.3 Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal). Esta previsión resulta bastante razonable y coherente con el carácter demanial que tienen todos los bienes de una entidad local que están afectados al uso general o a un servicio público, por lo que resultan inembargables (artículos 5 y 6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas). Sin embargo, no puede considerarse como un argumento concluyente para solucionar estas dudas. Como dice esta autora, el concepto de “causa económica” que puede justificar este tipo de despidos atiende a una situación crítica, actual o posible, para la empresa, pero no a una situación límite o extrema de quiebra técnica o de insolvencia, por lo que el empresario puede despedir al margen de que se aplique o no la legislación concursal. A mayor abundamiento, no hemos de olvidar que el principio de eficacia obliga justamente a la Administración a gestionar los servicios públicos con calidad, pero también con eficiencia económica, evitando los despilfarros o sobrecostes de personal innecesarios.⁴⁰ El

ámbito local es, si cabe, más explícito todavía a tenor de lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 7/85, que obliga a la corporación local a adecuar sus plantillas al principio de racionalidad, economía y eficiencia.

Buena prueba de las dudas que han planteado los despidos económicos en la Administración se encuentra en algunos pronunciamientos judiciales recientes que se han decantado abiertamente en contra de esta posibilidad. Como muestra de estas tensiones podemos traer a colación la STSJ de las Islas Canarias, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2011, o varias sentencias dictadas recientemente por varios Juzgados de lo Social de Barcelona que han negado a la Administración institucional catalana esta posibilidad. Así ha ocurrido con el Servicio Meteorológico de Cataluña (sentencia del Juzgado núm. 11, de 20 de junio de 2011), con el Instituto Cartográfico de Cataluña (sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9, de 30 de septiembre de 2011) o con INCASOL, el Instituto Catalán del Suelo (sentencia del Juzgado núm. 12, de 13 de diciembre de 2011). Esta última, por ejemplo, ha declarado improcedentes los despidos de 20 empleados públicos que hubieran supuesto un ahorro de unos 900.000 €. El Juzgado considera que las causas económicas para el despido resultan inaplicables cuando el empresario es una Administración, en la medida en que esta no está expuesta a los riesgos de las empresas y su finalidad no es otra que la de prestar servicios públicos de interés general con ingresos que provienen directamente de los presupuestos de la Generalidad de Cataluña.⁴¹ Ciertamente resultaban entendibles todas estas dudas, sobre todo si tenemos en cuenta que el régimen aplicable a esta institución está pensado directamente para las empresas, y, a nuestro juicio, requeriría de determinadas adaptaciones cuando el empresario es una Administración.

Pues bien, para solucionar todas estas dudas y atajar estos pronunciamientos judiciales, la Disposición

39. A favor de su utilización en la Administración se manifiestan, entre otros muchos autores, CRUZ VILLALÓN, Joaquín, “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010, p. 17 y ss.; ROQUETA BUJ, Remedios, “La reestructuración de las plantillas...”, *op. cit.*, p. 305 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 334, 2011; etc.

40. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 334, 2011.

41. La sentencia se inspira en un claro carácter tuitivo o protector del trabajador que, en este caso, no solo resulta de dudosa legalidad, sino que causa un grave perjuicio para el interés general y el objetivo de control del déficit público. Condena a la Administración a la readmisión automática de los trabajadores, cuando el artículo 96.2 EBEP prevé esta posibilidad únicamente en caso de despido disciplinario, y concede a los propios trabajadores –y no a INCASOL– el derecho de optar por indemnizaciones millonarias a razón de 45 días de salario por año trabajado.

adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012 ha regulado específicamente la aplicación del despido del personal laboral del sector público por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción,⁴² introduciendo en el ET una nueva Disposición adicional vigésima para prever que el despido por estas causas se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) ET y sus normas de desarrollo, y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. A estos efectos, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en la Administración una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Las causas técnicas se refieren a los cambios que se puedan producir, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate. Pensemos, por ejemplo, en que la Administración no necesita tanto personal auxiliar administrativo por la aplicación de las TICs. Las causas organizativas se refieren a los cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público. Se encuadrarían aquí, por ejemplo, los despidos que sean consecuencia de la decisión de externalizar determinadas funciones o servicios públicos del Ayuntamiento. Por último, las causas productivas, aunque se mencionan en el precepto, no se definen, lo que nos obliga a interpretarlas conforme a los criterios generales del ET para los empresarios. Se incluirían aquí aquellas que afectan a cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado. En el caso de la Administración local, podría incluirse en este supuesto la desaparición de determinados servicios o funciones en aquellas materias que no son obligatorias, y sobre las que los municipios han ido adquiriendo voluntariamente competencias (servicios impropios).

Ya no quedan, pues, dudas de la posibilidad de que los ayuntamientos puedan recurrir al despido objetivo de su personal laboral fijo de plantilla ante la situación

de déficit presupuestario durante nueve meses consecutivos. Para facilitararlo se ha suprimido la referencia a que el empresario deba acreditar la existencia de las causas y la razonabilidad de la medida, por lo que se produce una inversión de la carga de la prueba. Además se ha eliminado la autorización administrativa previa para los expedientes de regulación de empleo. Solo se mantiene la obligación de comunicar a la autoridad laboral el inicio del expediente para que se recabe un informe de la Inspección de Trabajo. Si existe desacuerdo con la representación de los trabajadores, se remitirá a ellos y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que se haya adoptado y las condiciones del mismo (artículo 51.2 ET conforme a la nueva redacción dada por la reforma de febrero de 2012). Siempre cabe, obviamente, la posibilidad de dilucidar el despido en sede judicial a través de una nueva modalidad procesal de tratamiento y plazo preferente.

Su régimen jurídico, sin embargo, sigue planteando importantes problemas cuando se trata de aplicarlo en el seno de una Administración Pública o de cualquiera de las entidades que conforman su sector público instrumental. Una vez aclarada su aplicación al sector público, hubiera sido conveniente la regulación expresa de algún tipo de ajustes en esta institución, especialmente cuando se trata de despidos individuales, pues se corre el riesgo de que este tipo de medidas puedan utilizarse como coartada de otro tipo de decisiones reprochables jurídicamente. Pensemos, por ejemplo, en su utilización por estrictos motivos de ideología política, o con la intención última de sancionar de forma encubierta a un empleado sin permitirle que pueda beneficiarse de las garantías del procedimiento sancionador.⁴³ Más que nada porque la Administración no tiene voluntad y necesita de una norma o al menos de algún instrumento de planificación que le oriente en este proceso de toma de decisiones. Resulta imprescindible que cualquier medida de este tipo venga motivada y acreditada con la documentación económica y financiera oportuna. Pero además sería conveniente que estuviera prevista en el correspondiente instrumento de planificación de recursos humanos, donde deberían preverse los sectores de actividad o los concretos puestos afectados por los despidos, y, sobre

42. A estos efectos, se ha acudido a la delimitación del concepto de sector público que establece el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

43. ROQUETA BUJ, Remedios, "La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas", *Actualidad Laboral*, núm. 3, febrero de 2011, p. 301.

todo, los criterios para determinar los empleados que se van a despedir. Si estas decisiones no se motivan adecuadamente ni se realizan en el seno de este marco planificador, pueden quedar deslegitimadas y servir de coartada a comportamientos arbitrarios contrarios al principio constitucional de igualdad que debe presidir también esta materia.

Por lo demás, no hemos de olvidar que nuestro ordenamiento jurídico es muy cauteloso cuando se enfrenta a decisiones administrativas que se toman *ad personam*.⁴⁴ En este caso concreto, el despido se había acordado en virtud meramente de un informe confeccionado por el propio director de la empresa pública (a indicación política para la reducción del personal, según reconoce la sentencia). Además, solo tras el despido se reorganizó a posteriori el organigrama administrativo y se amortizó su puesto de trabajo, cuyas funciones fueron asumidas por el que hasta entonces era el subordinado del despedido. Como puede apreciarse, sin las cautelas que acabamos de mencionar, no existe ninguna garantía de que la Administración haya despedido a este empleado realmente por causas objetivas y no por criterios políticos, sindicales, o por cualquier otro motivo espurio.

Otra de las dudas que pueden plantearse, es la que afecta al principio de funcionalidad que debe existir entre la medida adoptada y el objetivo que se pretende conseguir. Se ha planteado jurisprudencialmente la duda de si caben los despidos individuales como reacción ante la situación deficitaria de un Ayuntamiento, toda vez que el ahorro que puede suponer la amortización de un concreto puesto de trabajo no suele resultar especialmente significativo ante el dislate de su deuda. La cuestión no es baladí, pues la jurisprudencia viene exigiendo una clara conexión de funcionalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se le asigna, esto es, que contribuya de manera razonable a superar esa situación, aunque no es necesario que la situación económica de la empresa (en este caso del Ayuntamiento) sea irreversible (STS de 24 de abril de 1996). Como ha sostenido la STSJ de la Comunidad de Madrid de 22 de febrero de 2011, Sala de lo Social, JUR 2011/158777, relativa al despido de un empleado del Ayuntamiento de Galapagar, aun cuando el ahorro que puede suponer

el coste de un puesto de trabajo no pueda solventar por sí mismo el déficit del Ayuntamiento demandado, es indudable que también la extinción del puesto contribuye decisivamente a lograr los objetivos de ahorro contemplados en la Memoria Justificativa del Plan de Ordenación de Recursos Humanos. Lo cierto es que “cuando una Administración Pública actúa como empleadora le resulta plenamente aplicable el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, pudiendo amortizarse la plaza si concurren los requisitos legalmente exigidos”.

Otras sentencias ya admitían abiertamente esta posibilidad. Así, podemos traer a colación la STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2011, Sala de lo Social, Sección 5.ª, JUR 2011/242916, en la que se dice textualmente que “No existe precepto alguno en la Ley 7/2007 que haga referencia a la extinción del contrato de trabajo del personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, al servicio de las Administraciones ya que son de plena aplicación –como es natural– los contenidos en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Como ha tenido ocasión de declarar esta misma Sala en sentencias de 30.9.2004 (rec. 896/2004) y 20.3.2006 (rec. 172/2006) los requisitos de los despidos objetivos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores son de aplicación tanto a las Administraciones Públicas empleadoras como a las empresas privadas. Y si un Ayuntamiento modifica su plantilla de personal, amortizando los puestos de trabajo de unos trabajadores, lo que es aprobado por el pleno de la corporación local, lo decisivo es si concurren los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores para la extinción de contratos por causas objetivas, si bien dada la diferencia entre empresa mercantil y Administración habrá de sustituirse el logro de un beneficio económico por el servicio al interés general”.

Para la adopción del despido colectivo es preciso llevar a cabo un período de consultas previas con los representantes de los trabajadores. Con la última reforma de febrero de 2012 ha desaparecido la autorización por parte de la autoridad laboral. Su papel se limita ahora meramente a “velar” por la efectividad del período de consultas y, en su caso, a remitir las advertencias y recomendaciones a las partes sin que, en ningún caso,

44. Véase, por ejemplo, la STSJ Islas Canarias de 17 de febrero de 2011, Sala de lo Social, Sección 1.ª, sentencia núm. 161/2011, que anula una resolución administrativa que había dado un tratamiento particularizado a determinados empleados públicos. En este caso se trataba del reconocimiento de un complemento de atención al público que no se había reconocido a la trabajadora demandante.

pueda paralizar el procedimiento para el despido. En virtud de este nuevo papel, se le permite impugnar los acuerdos adoptados en el período de consultas cuando considere que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Para su utilización es necesario que el despido afecte a diez trabajadores de la plantilla (para los ayuntamientos que tengan menos de 100 trabajadores) o que afecte a la totalidad de la plantilla, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco (artículo 1.3 del Real Decreto 801/2011).⁴⁵ Para las entidades locales que dispongan de menos de cinco empleados esta vía resulta impensable. Solo podrán recurrir al despido individual, donde se requiere ser especialmente cauteloso.

Su aplicación a la Administración sigue planteando algunos interrogantes. En primer lugar, surge la duda misma de su compatibilidad con lo dispuesto en el artículo 69 EBEP para los planes de ordenación de los recursos humanos, que también son aplicables a los laborales. Desde algún sector se ha apuntado a la imposibilidad de aplicar despidos por causas objetivas en la Administración por no estar expresamente contemplada esta posibilidad en dicho precepto.⁴⁶ Según el artículo 69, efectivamente, los planes pueden contemplar medidas muy variadas que van desde la suspensión de incorporaciones de personal externo hasta modificaciones de estructuras de puestos de trabajo, medidas de promoción interna, de formación profesional o de movilidad forzosa. Sin embargo, es cierto que no se contemplan expresamente los despidos.⁴⁷

A mi juicio, sin embargo, el precepto no hace sino señalar la necesidad de planificación en nuestras Administraciones, que es incluso más acuciante en tiempos de crisis. Ahora bien, del mero hecho de que no se mencionen explícitamente los despidos no podríamos derivar la imposibilidad de su aplicación a la Administración, porque estaría actuando como un empresario y no hay ninguna norma que le quite estas facultades. Por otra parte, el precepto no tiene carácter exhaustivo, sino que prevé que el contenido de los planes puede contener este tipo de medidas, “entre otras posibles”, donde podrían incluirse, pues, los despidos. No obstante, a falta de tal Plan de Ordenación de Recursos Humanos, parece imprescindible que el Ayuntamiento pueda contar con cualquier otro instrumento planificador que le dé cobertura y oriente la toma de decisiones administrativas. Así, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2011, Sala de lo Social, AS 2011/1558, y la STSJ de Madrid de 22 de junio de 2011, Sala de lo Social, JUR 2011/289096, han permitido este tipo de medidas a partir de la previa elaboración de un Plan de Saneamiento Económico-Financiero, aprobado por el pleno de la corporación.

En segundo lugar, los despidos se aplican a empleados que han acreditado su mérito y capacidad a través de los correspondientes procedimientos selectivos. Aunque no tienen garantizado el derecho a la inamovilidad en el empleo y nunca lo han tenido, sí que han accedido con esa mentalidad y con esa “confianza legítima”. Se plantea la duda de concretar cómo se manifestarían aquí los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que rigen, no

45. La STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2011, Sala de lo Social, Sección 5.ª, JUR 2011/242916, se ha pronunciado sobre esta cuestión. En este caso se trataba de un despido de 11 trabajadores, y los demandantes exigían la aplicación del procedimiento del despido colectivo, alegando la existencia en la plantilla del Ayuntamiento de 74 trabajadores. Según la Sala, “El artículo 51.1 del vigente TRET al fijar el número de trabajadores afectados que determina la existencia de despido colectivo hace referencia al número de trabajadores **ocupados** por la empresa y la doctrina jurisprudencial (*vid.* sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 marzo 2009, 1878/2008) tiene determinado que se trata de los trabajadores al servicio de la empresa, no de un concreto centro de trabajo. Acreditado queda que el Ayuntamiento de Zaragoza empleaba, a la fecha de los despidos combatidos, a 189 trabajadores, habiendo sido entre 184 y 190 el número de los ocupados entre enero y mayo de 2010. Ello implica, como acertadamente razona la sentencia de instancia, no alcanza los umbrales exigidos para el despido colectivo”.

46. Véase, por ejemplo, el Informe de la Fundación 1º de Mayo, Centro de Estudios de Servicios a la Ciudadanía, sobre *La problemática aplicación del procedimiento de despido colectivo en las Administraciones Públicas*, núm. 32, febrero de 2011, firmado por FRANCISCO J. GUALDA ALCALÁ, director del Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO., p. 10 y ss.

47. Algunos autores, sin embargo, no consideran imprescindible este instrumento planificador, especialmente cuando se trata de despidos individuales: GOERLICH PESET, José María, y NORES TORRES, Luis Enrique, “La reestructuración de plantillas...”, *op. cit.*, p. 160; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 334, 2011; ROQUETA BUI, Remedios, “La reestructuración de las plantillas...”, *op. cit.*, p. 309; VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Extinción del contrato de trabajo”, en CARDENAL CARRO, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.), *El personal laboral al servicio de las corporaciones locales*, Madrid, 2010, p. 1159.

solo para el acceso a la Administración, sino también a lo largo de toda la vida profesional del empleado público. En este caso, el mérito y la capacidad resultan difícilmente aplicables en caso de los despidos colectivos, pues las causas son objetivas, económicas, y ajenas por completo tanto a la voluntad de la Administración como al comportamiento y capacidad del empleado. Los despidos no parece que deban decidirse en función del mérito, sino más bien en función de los sectores o puestos afectados, aunque debería reflexionarse más pausadamente sobre esta nueva y compleja posibilidad. Por el contrario, el principio de igualdad sí que debe aplicarse con rigor para evitar el riesgo de las decisiones arbitrarias a las que antes nos referíamos.

En todo caso, qué duda cabe de que estas decisiones extintivas pueden tener a largo plazo importantes consecuencias para las futuras políticas de incorporación del personal. Pueden acabar convirtiendo el acceso a la Administración en una opción mucho menos atractiva para los futuros candidatos, por el desequilibrio evidente que se producirá entre el esfuerzo que requiere la superación de los procesos selectivos y la posterior falta de garantías para la permanencia.

Otra duda que se plantea es la relativa a los criterios para decidir los despidos. Es obligatorio que el escrito de comunicación de la apertura del período de consultas vaya acompañado de una documentación en la que se especifique nominativamente a los trabajadores afectados (artículo 51.2). Como la regulación está pensada para la empresa privada, no tiene en consideración estos aspectos, pues, en principio, el empresario privado es completamente libre para decidir a qué tipo de empleados afecta el despido. Como se juega su propio patrimonio, ya se encargará él mismo de acertar en la elección. Sin embargo, la Administración no tiene esta libertad decisoria porque no tiene voluntad. Solo puede hacer lo que la norma le dice o le permite. Frente a ello, el único criterio que hasta ahora establecía la normativa laboral es el relativo a las garantías sindicales: tendrán preferencia para permanecer en el Ayuntamiento

los representantes legales: delegados de personal y miembros del Comité de Empresa del Ayuntamiento, así como los delegados sindicales (artículo 16 del Real Decreto y 10.3 de la LOLS). La nueva redacción que el Real Decreto-ley 3/2012 ha dado al artículo 51.5 ET ya menciona expresamente la posibilidad de que los convenios o los acuerdos alcanzados durante el período de consultas puedan establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad (nueva redacción del artículo 51.5 ET). Aunque esta cuestión se deje a los convenios, en el ámbito de la Administración, como es una situación prácticamente nueva, no se suelen fijar criterios ante la eventualidad del despido objetivo.⁴⁸ El riesgo que se corre en estos casos es altísimo, sobre todo cuando se haya producido un cambio de color político en el Ayuntamiento. Habrá que establecer garantías para evitar que se puedan producir discriminaciones en virtud, por ejemplo, de las posibles afinidades políticas o sindicales de los trabajadores. Lo contrario podría suponer una “caza de brujas” en la Administración y una clara politización contraria a los principios constitucionales de igualdad, objetividad y eficiencia que se predicán de la actuación administrativa.

Por último, también puede presentar problemas la determinación de las indemnizaciones. Según el artículo 18 del Real Decreto 801/2010, la Administración, simultáneamente a la adopción de la decisión extintiva a que le autorice la resolución administrativa, deberá abonar a los trabajadores la indemnización correspondiente, salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior. Les corresponde una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades. ¿Es posible que el Ayuntamiento pueda negociar la indemnización para aumentar la cuantía? Teóricamente el ordenamiento laboral avala esta posibilidad, que, por otra parte, es bastante frecuente. A mi juicio, no obstante, teniendo

48. Según da cuenta ROQUETA BUJ, Remedios, “La reestructuración de las plantillas...”, *op. cit.*, p. 310, la doctrina laboral propone como posibles criterios ordenadores los siguientes: 1.º) los contratos aquejados de alguna irregularidad (personal laboral indefinido); 2.º) los trabajadores que ocupen los puestos de trabajo a suprimir, y 3.º) la antigüedad en la Administración, dando preferencia para la permanencia a los empleados que cuenten con más años de servicio. No obstante, toda esta materia requiere de una pausada reflexión, y no sería en modo alguno insensato que pudiera negociarse un sistema de situaciones administrativas paralelo al funcional y que no excluyera la posibilidad de retornar a la Administración en un futuro, si mejora la situación económica del Ayuntamiento o si la Administración se ve obligada a convocar plazas similares.

en cuenta la falta de ingresos que justifica este tipo de medidas y la naturaleza pública del dinero con el que se ha de pagar este tipo de indemnizaciones, no sería lógico que el Ayuntamiento negociara la cuantía indemnizatoria al alza.

5. Políticas de ajuste y racionalización del personal funcionario

La naturaleza estatutaria de la relación funcional permite importantes dosis de flexibilidad para la Administración. En principio, bastaría con cambiar la norma, pues, como tempranamente reconoció la STC 99/1987, de 11 de junio, “el funcionario que accede a la Administración se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que consecuentemente pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso”. Ciertamente, no obstante, que estas bases teóricas se han complicado considerablemente con la introducción de la negociación colectiva funcional. Aun así, tal como antes hemos comentado, en caso de no llegar a un acuerdo durante el proceso negociador, la Administración recupera sus potestades unilaterales. En última instancia, siempre cabe la posibilidad de que el órgano de gobierno de la Administración local pueda decidir la desvinculación por causas económicas graves de lo previamente negociado con sus funcionarios.

5.1. El límite de la inamovilidad del funcionario en el cargo

Por lo demás, la posibilidad de adoptar medidas de ajuste de plantillas en el caso de los empleados pú-

blicos que reúnen la condición de funcionarios de carrera está directamente limitada por el derecho a la inamovilidad.⁴⁹ La inamovilidad en el cargo, que no en el concreto puesto de trabajo,⁵⁰ es un derecho que el artículo 14 EBEP ha atribuido exclusivamente a los funcionarios y que aparece configurado, a la vez, como una garantía de la imparcialidad del funcionario y de su neutralidad ante los cambios políticos. El artículo 141 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, es bastante claro al respecto, al asegurar a sus funcionarios de carrera el derecho al cargo, sin perjuicio de su adscripción a unos u otros puestos de trabajo.

Como ha destacado Palomar Olmeda, el carácter vitalicio de los funcionarios públicos ha sido considerado históricamente como una conquista de los sistemas burocráticos, tendente a asegurar un aparato administrativo capaz de cumplir neutralmente los postulados político-constitucionales de los Gobiernos. Desde un estricto punto de vista organizativo, la existencia de una burocracia profesionalizada y estable no suele considerarse por sí misma como un elemento disfuncional “ni un modelo directamente prescindible por existir un consenso sobre la existencia de otro más idóneo para gestionar intereses públicos”.⁵¹ Eso sí, esta garantía, que ciertamente a día de hoy y ante la elevadísima tasa de paro constituye una importante ventaja o privilegio funcional, debe estar condicionada a la existencia de un adecuado modelo de responsabilidad disciplinaria que se ejerza con compromiso. Evidentemente, cuando se produce una dejación de funciones por parte de la Administración en el ejercicio de sus potestades disciplinarias, la inamovilidad funcional se convierte en una institución completamente disfuncional y abominable.

La posibilidad de perder definitivamente este derecho a través de la sanción disciplinaria de separación de servicio (y sin posibilidad ya de acceder de nuevo y

49. Cosa distinta es lo que ocurre con los funcionarios interinos. En estos casos, la Administración tiene importantes márgenes de libertad para decidir suspender nuevas incorporaciones e incluso extinguir directamente el vínculo. De los problemas que plantea el recurso a esta opción de manera indiscriminada ya hemos hablado al referirnos a las extinciones de los contratos temporales del personal laboral. Son similares.

50. El funcionario no es inamovible en el puesto concreto de trabajo que desempeña. Su permanencia está condicionada a que sepa realizar correctamente las tareas de su puesto, de tal manera que puede ser removido ante una evaluación negativa del desempeño.

51. PALOMAR OLMEDA, Alberto, “El carácter vitalicio de los funcionarios públicos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 809, 25 de noviembre de 2010, p. 8.

pro futuro a la Administración) permite contrarrestar el rigor que en otro caso tendría esta institución. Asimismo, la inamovilidad se compensa parcialmente con las mayores posibilidades de modificación unilateral de las condiciones de trabajo del personal funcionario, en coherencia con la naturaleza estatutaria del vínculo que une al funcionario con la Administración (STC 99/1987, de 11 de junio) y por contraposición con la rigidez que supone en este sentido la negociación colectiva laboral.

Su fundamento tendría un claro anclaje constitucional. No en vano, el artículo 103.3 de la Constitución encarga al legislador el establecimiento de las garantías para la objetividad e imparcialidad del funcionario público, que difícilmente quedarían salvaguardadas sin la garantía de la inamovilidad.⁵² También el artículo 103.1 fija la objetividad y la eficacia como un principio de actuación de la Administración Pública. Ambos principios se verían seriamente comprometidos si el régimen funcionarial no garantizara la inamovilidad, y constantemente tuviera que estar realizando procesos selectivos para cubrir las funciones de los funcionarios “movidos” o expulsados de la función pública. De no ser así, como la Administración no tiene voluntad y solo puede hacer lo que el ordenamiento jurídico le diga, deberían establecerse los criterios para el abandono de la Administración, y es impensable que nuestro legislador permita criterios que no tengan que ver directamente con el mérito y la capacidad y, en consecuencia, con el adecuado ejercicio de las funciones públicas. Todo lo que no sea extinción del vínculo deberá reconducirse necesariamente a través de la institución de las situaciones administrativas.

5.2. La solución temporal de las situaciones administrativas

El legislador, efectivamente, puede establecer otro tipo de criterios objetivos de racionalización que permitan suspender temporalmente el vínculo que une al funcionario con la Administración local, y ajustar de esta manera las plantillas, al menos de forma temporal.

Pero esta posibilidad habrá de encauzarse a través del denominado régimen de situaciones administrativas, que sería una de las posibles fórmulas utilizables para intentar compatibilizar la inamovilidad del funcionario con la pretendida flexibilidad que demanda un moderno marco jurídico de la función pública.

Lo más aproximado a esta posibilidad, al menos en el ámbito estatal, vendría de la mano de los denominados planes de empleo, que fueron introducidos en la Administración a través 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. Esta Ley permitió la aparición de tres nuevas situaciones administrativas que posibilitaban cierto descongestionamiento de las plantillas funcionariales: la expectativa de destino, la excedencia forzosa y la excedencia voluntaria incentivada. Se permitió de esta manera que las Administraciones pudieran recurrir a los planes de empleo como instrumentos esenciales para el planteamiento global de las políticas de recursos humanos, en la medida en que posibilitaban la adecuación del número de efectivos a las necesidades reales de la propia Administración. La posibilidad de utilizar estas situaciones administrativas se ligaba necesariamente a un proceso de reasignación de efectivos, con el que se pretendía situar a los funcionarios disponibles en las áreas o sectores administrativos necesitados de ellos. En ese contexto se regulaban nuevas figuras como la reasignación de efectivos, la situación administrativa de la expectativa de destino, la excedencia forzosa o la excedencia voluntaria incentivada. Con ellas se pretendía recolocar a los funcionarios y situarlos en las áreas o sectores necesitados de ellos. Estas fórmulas, sin embargo, han sido escasamente utilizadas hasta el momento.

En la actualidad, el recurso a estas posibles válvulas de escape del sistema puede plantear algunos problemas. En primer lugar, han sido expresamente derogadas por el EBEP, aunque hasta tanto no se elaboren sus leyes de desarrollo pueden entenderse vigentes y ser rescatadas.⁵³ No ocurriría así en las comunidades que ya han elaborado sus propias leyes de empleo público, tal como sucede por ejemplo en Castilla-La Mancha o

52. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, sexta edición, Madrid, 2001, p. 204.

53. El artículo 140.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 establece el sistema de fuentes en esta materia para los funcionarios locales. Nos remite directamente a la normativa básica estatal, a la legislación autonómica correspondiente y a la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado, teniendo en cuenta las peculiaridades del régimen local.

en Valencia,⁵⁴ en cuyo caso solo resultarán ya aplicables las concretas instituciones que expresamente estas hayan previsto. En segundo lugar, estas situaciones administrativas son poco ágiles y no permitirían a los ayuntamientos una respuesta rápida y adecuada frente a la imperiosa necesidad de contener el déficit. Así, el pase a la situación de expectativa de destino (que solo permitiría el ahorro del complemento específico) requiere como mínimo 9 meses y una permanencia de un año, tras el cual se pasaría a la situación de excedencia forzosa, donde los ahorros son mayores. La vía de la excedencia voluntaria incentivada permite, previa indemnización, apartar temporalmente al funcionario durante un máximo de 5 años.

Por último, el régimen de situaciones administrativas podría complementarse con un adecuado régimen de incentivos para la jubilación voluntaria del funcionario o para la renuncia al servicio activo o a su condición funcional.⁵⁵ Con ellas se puede también dar respuesta a la crisis económica en la medida en que pueden suponer un ahorro de gastos de personal, aunque necesariamente haya de ser con carácter temporal.

5.3. Otras medidas para la optimización del gasto vinculadas a los instrumentos de planificación

También en el marco de la función pública resulta necesario articular medidas que, a partir de la racionalización y ajuste de la estructura de las organizaciones administrativas, mejoren el rendimiento de los recursos humanos de la Administración Pública sometiendo su planificación y gestión a procesos dotados de mayor agilidad y eficacia. El objetivo último no es otro que el de optimizar los costes de personal. En todo caso, parece claro que la utilización racional de las plantillas de personal funcional ya no es una mera posibilidad, sino que se tiene que convertir en una obligación y en una prioridad de la Administración. El objetivo que se

ha de perseguir con la nueva planificación viene marcado por la Ley: eficacia en la prestación de los servicios públicos y eficiencia en la utilización de los recursos económicos.

Para conseguir una utilización más racional de las plantillas de personal funcional, la Administración puede recurrir a varias vías, aunque lo razonable sería que contara previamente con el correspondiente instrumento de planificación, el Plan de Ordenación de Recursos Humanos al que se refiere el artículo 69 EBEP.⁵⁶ Podría, en primer lugar, recurrir a la movilidad voluntaria de los funcionarios (artículo 81 EBEP) cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos. Aunque en principio esta no es una medida directa de adelgazamiento de la Administración, sí puede contribuir a una utilización mucho más eficiente del personal y, en su caso, evitar el tener que recurrir a nuevas incorporaciones, con el consiguiente ahorro que ello supondría.

Además, las Administraciones locales pueden utilizar la vía de la cooperación horizontal, recurriendo a convenios interadministrativos de colaboración con otras Administraciones para organizar procesos de movilidad voluntaria. Tal vez lo más factible para los ayuntamientos sea contar con las diputaciones provinciales para organizar y liderar todos estos procesos que, por una parte, pueden suponer un alivio para los ayuntamientos que proporcionan esta "bolsa de movilidad" de funcionarios, y, por otra, también podrían evitar la realización de costosos procesos selectivos en otros ayuntamientos que eventualmente puedan estar necesitados de personal. Por otro lado, no debería caer en el olvido que el artículo 120 bis de la Ley 7/1985 establece para la Administración del Estado la obligación de impulsar la colaboración con las comunidades autónomas con el fin de crear órganos de cooperación conjuntos en materia de régimen local, tanto bajo la forma jurídica de Conferencia Sectorial como de otra naturaleza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo

54. Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha, y Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de ordenación y gestión de la función pública valenciana.

55. Algunos autores, sin embargo, dudan de que se puedan establecer incentivos económicos para potenciar la utilización de este tipo de situaciones. En su opinión, los únicos incentivos que permite el EBEP son los mencionados en sus artículos 20 y siguientes, que no permiten la creación de complementos más que en las condiciones y para los supuestos que se establecen en su artículo 24. PALOMAR OLMEDA, Alberto, "Planificación e instrumentos de gestión de los recursos humanos", *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, 2011, p. 144 y 145.

56. Para un análisis más detallado de esta figura nos remitimos a VÁZQUEZ CARRANZO, J., "Art. 69. Objetivos e instrumentos de la planificación", en PALOMAR OLMEDA, Alberto y SEMPERE NAVARRO, Antonio (dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª edición, Pamplona, 2009, p. 744.

5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. También podrían los ayuntamientos recurrir a la movilidad o traslados forzados. Las Administraciones Públicas, de manera motivada, claro está, pueden trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares.⁵⁷ Cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados. En este caso, los funcionarios tienen derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzados.

Las normas administrativas permiten, pues, la adopción de una importante batería de medidas cuya adecuada utilización puede traducirse en un importante ahorro económico. Ahora bien, ello solo es posible si se ha llevado a cabo una pausada planificación de las necesidades presentes y futuras más inmediatas de personal en los ayuntamientos. Y aquí precisamente es donde los pequeños ayuntamientos pueden toparse con el que posiblemente sea uno de sus más importantes problemas: el de su falta de capacidad técnica para llevar a cabo esta importante función, su debilidad estructural para una adecuada gestión de los recursos humanos.⁵⁸ El apoyo de las diputaciones provinciales, de las diputaciones forales, de los cabildos, de los consejos insulares y de las comunidades autónomas uniprovinciales, es esencial para esquivar este problema.

Los artículos 16 y 17 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha, nos proporcionan un ejemplo de cómo articular todos estos procesos a través de los planes generales de ordenación del empleo público, y a través de los programas

específicos de actuación para áreas o sectores determinados. Estos instrumentos deben pasar a convertirse en la herramienta básica de planificación global del personal funcionario y del personal laboral de acuerdo, eso sí, con las directrices de política de personal. Es decir, los planes obligan a hacer política, a priorizar y tomar decisiones en esta materia. En cuanto al contenido mínimo de estos planes, además de contener una reflexión organizativa previa acerca de las necesidades de personal y de los objetivos a conseguir, pueden contener previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y sobre modificaciones de estructuras organizativas y de puestos de trabajo, entre las cuales podrá figurar la creación, redistribución y amortización de plazas. Es dable entender que la amortización de plazas pueda venir acompañada de despidos por causas objetivas, individuales o colectivos, del personal laboral afectado. El problema de los funcionarios habrá de articularse a través del régimen de situaciones administrativas necesariamente, tal como acabamos de apuntar.

Los planes podrán contener medidas de movilidad, el establecimiento de reglas para la ordenación de dicha movilidad voluntaria cuando se considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos; medidas de movilidad interadministrativa; la incorporación de personal a través de la oferta de empleo público, así como la exclusión por causas objetivas sobrevenidas de plazas inicialmente incluidas; medidas sobre la improcedencia en determinados ámbitos de la prolongación de la permanencia en el servicio activo una vez alcanzada la edad de jubilación, por razones objetivas justificadas; medidas relacionadas con la jubilación voluntaria y parcial del personal funcionario, en los términos previstos en la normativa sobre seguridad social; incentivos a la jubilación voluntaria del personal funcionario, así como a la renuncia al servicio activo o a la condición de personal funcionario.

57. Para MAURI MAJÓS, Joan, "Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local", *op. cit.*, p. 204 y 205, el traslado sería una medida estrictamente organizativa que, en principio, no debería ser sometida previamente a una figura de planificación ni ser previamente negociada con los sindicatos. A mi juicio, no obstante, por las razones antes apuntadas y por la propia literalidad del artículo 81 EBEP, sí que parecería necesaria dicha planificación.

58. MAURI MAJÓS, Joan, "Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 26, 2011, p. 55 y ss.; JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael y CASTILLO BLANCO, Federico A., *Informe sobre el empleo público local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, p. 43. Estos últimos autores insisten en la necesidad de fomentar la construcción de redes de cooperación en materia de recursos humanos. Asimismo, analizan con detalle las múltiples posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento para subsanar estas carencias de las entidades locales. A ellos directamente nos remitimos.

Según se deduce de este nuevo marco jurídico, el personal afectado puede ser reasignado, no solo en otras unidades o departamentos de su misma Administración Pública, sino en cualquier otra Administración, si se ha suscrito previamente un acuerdo, pasando a la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas. La adopción de estos planes requiere la previa negociación con los representantes sindicales de los funcionarios y laborales afectados. En el caso de que en una negociación de un instrumento de planificación del empleo público no se alcance acuerdo con las organizaciones sindicales, deberán justificarse expresamente los motivos por los que se considere necesaria la aprobación del instrumento.

Existen, pues, toda una pléyade de medidas orientadas a flexibilizar la gestión funcionarial en aras a conseguir un aprovechamiento óptimo o más racional de la carga de trabajo existente. ■

Ayuda financiera de las diputaciones catalanas a los ayuntamientos*

Francisco José Cañal García

Profesor del Departamento de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de Barcelona

1. **Planteamiento del problema**
 2. **Modelo: el Fondo de rescate europeo**
 - 2.1. Medidas adoptadas ante Grecia
 - 2.2. El Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF)
 - 2.3. Objetivo del rescate
 - 2.4. Tutela financiera de la UE
 - 2.5. Conclusión sobre el modelo europeo
 3. **Posibilidades de apoyo a los ayuntamientos por parte de las diputaciones de Cataluña**
 4. **Competencias de las diputaciones**
 5. **Las competencias de las diputaciones catalanas y el Plan único de obras y servicios de Cataluña (PUOSC)**
 6. **Cauces de apoyo a los ayuntamientos por parte de las diputaciones**
 7. **Ayudas financieras**
 - 7.1. Transferencias
 - 7.2. Subvenciones
 - 7.2.1. Concepto y régimen jurídico de la subvención
 - 7.2.2. Las subvenciones y el derecho a la autonomía
 8. **Tutela financiera de los ayuntamientos**
 9. **Esbozo de plan de acción: medida de la necesidad financiera**
 - 9.1. Planes singulares de desarrollo local
 - 9.2. Índice de necesidad financiera
- Conclusiones**
- Bibliografía**

Resumen

El grave problema financiero actual de los ayuntamientos puede dar lugar a la cesación de pagos y amenaza la subsistencia misma de las corporaciones.

La ayuda financiera de las diputaciones catalanas a los ayuntamientos puede realizarse por dos vías:

- A través de su participación en la elaboración del Plan único de obras y servicios (PUOSC), cuya elaboración corresponde a la Generalitat.
- De modo directo, e independiente de la Generalitat, cuando se trate de ayudas que puedan ser canalizadas al margen del PUOSC.

* Este trabajo ha sido realizado con la colaboración de la Diputación de Barcelona y en el marco del Proyecto de Investigación: "La reforma de los Gobiernos locales y el fortalecimiento de la garantía de la autonomía local" (DER2009-14265-CO2-01), del que es investigador principal el Dr. Alfredo Galán Galán.

Para gozar del respaldo expresado por el Tribunal Constitucional en la STC 159/2011, los planes de las diputaciones catalanas en apoyo a los municipios gestionados fuera del PUOSC y sin librar los fondos a la Generalitat, deberían acogerse al título de “proyecto singular de desarrollo local y urbano”, o bien consistir en actuación cofinanciadora de un plan de la Unión Europea. Estas transferencias realizadas por las diputaciones cumplen el concepto de subvención definido en la LGS, y quedan sometidas a su régimen jurídico.

Palabras clave: *Administración local; Plan único de obras y servicios (PUOSC); asistencia y cooperación local; subvenciones.*

Abstract

Town and city councils are facing serious financial problems that can lead to the suspension of payments. This situation can even jeopardize the existence of these public administrations. The financial aid of Catalan intermediate local governments (diputaciones) could be articulated as follows: (1) with the participation of towns and city councils in the Unified Plan of Works and Services (UPWS) which design corresponds to the Catalan Government, and (2) directly and independently of the Catalan Government when the financial aid is articulated outside the boundaries of UPWS.

In order to apply the benefits of the judgment 159/2011 of the Spanish Constitutional Court, the actions of Catalan intermediate local governments designed outside the UPWS and independently from the Catalan Government, must (1) fall in the category of “singular project for the local and urban development” or (2) co-financed by a European Union Plan. These transferences carried out by Catalan intermediate local governments fall in the scope of application of the General Act of Public Aids and therefore are subject to its provisions.

Keywords: local governments; Unified Plan of Works and Services (UPWS); local cooperation and assistance; public aids.

1. Planteamiento del problema

La actual crisis financiera de los ayuntamientos viene constituida por la disminución de sus ingresos y el mantenimiento o incluso el aumento de sus gastos. El desfase acentuado entre ingresos y gastos provoca, en última instancia, no solo la necesidad de reducir los servicios prestados por las Administraciones locales, sino que puede dar lugar a la cesación de pagos y amenaza la subsistencia misma de las corporaciones. En este contexto, antes de que los problemas alcancen niveles más dramáticos, se debe buscar una solución para este grave problema.

2. Modelo: el Fondo de rescate europeo

Es ciertamente sugestivo realizar un paralelismo entre la situación financiera de muchos ayuntamientos y la padecida por algunos Estados, particularmente del espacio europeo. En este sentido pueden examinarse las medidas adoptadas en el ámbito comunitario ante

la crisis financiera y de deuda pública como eventual inspiración para encontrar soluciones al problema de los ayuntamientos. En concreto cabe examinar las medidas adoptadas en mayo de 2011 por la Unión Europea (UE) ante las dificultades financieras de algunos Estados miembros. Obviamente cabe ya afirmar de antemano que las soluciones no serán miméticas en ningún caso, pero una observación más detenida servirá para determinar hasta dónde alcanza la utilidad del ejemplo comunitario si se intentara transponer a la Administración local. Estos problemas han sido sufridos por gran número de Estados, si bien no con la misma intensidad en cada caso. Especialmente acusado es el problema financiero de Grecia, por lo cual basta atender a las actuaciones comunitarias con este Estado para conocer la aplicación del mecanismo creado al efecto. Con intención ilustrativa sigue a continuación una exposición sintética de las actuaciones llevadas a cabo por las instituciones comunitarias ante Grecia y el mecanismo creado con alcance más general, a disposición de todos los Estados comunitarios que lo necesiten.

2.1. Medidas adoptadas ante Grecia

Ya antes de 2009 el Consejo de la Unión Europea formuló una advertencia a Grecia para que adoptara medidas dirigidas a la reducción del déficit. Más recientemente, el 27 de abril de 2009, el Consejo, en virtud de las atribuciones que le otorga el actual artículo 126, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE),¹ estimó que en Grecia existía un déficit excesivo y emitió recomendaciones, dirigidas a corregirlo, aplicables en 2010. El Consejo (2 de diciembre de 2009) estableció que Grecia no había adoptado medidas eficaces en respuesta a la Recomendación del Consejo de 27 de abril de 2009. El Consejo Europeo de 11 de febrero de 2010, a la luz de su situación presupuestaria, conminó a Grecia a reducir el déficit presupuestario del 4 % del PIB en 2010 y emitió una Recomendación el 16 de febrero de 2010 para poner fin en Grecia a la contradicción con las orientaciones generales de las políticas económicas, e impedir que se pusiera en peligro el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria.

Posteriormente, el 7 de mayo de 2010 se adoptó el acuerdo por el que los Estados miembros, junto con el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Central Europeo (BCE), concedieron a Grecia un acceso específico a financiación temporal, ya que no podía obtener dinero en los mercados financieros a unos precios asequibles, por el temor de los inversores a una posible cesación de pagos en el país. Se dio con condiciones estrictas, se estableció un programa de reformas estructurales y se aplicó y continúa aplicando bajo supervisión permanente. Es el comúnmente denominado "plan de rescate de Grecia".²

Hubo posteriormente sucesivas advertencias a Grecia para que adoptase medidas dirigidas a la reducción del déficit y de supervisión presupuestaria, mediante Decisiones del Consejo, e incluso la Comisión (Eurostat) expresó, en octubre de 2010, una reserva general

frente a la calidad de las cifras reales notificadas por las autoridades griegas. Estas son, en síntesis:

- a) Decisión del Consejo de 10 de mayo de 2010 (publicada en el Diario Oficial el 11 de junio de 2010).
- b) Varias Decisiones de modificación de la anterior, publicadas en el Diario Oficial el 14 de septiembre de 2010, el 29 de enero de 2011 y el 29 de abril de 2011.
- c) Decisión, de refundición y modificación de las anteriores, de 12 de julio de 2011 (publicada en el Diario Oficial el 15 de noviembre de 2011).
- d) Un acuerdo del Consejo de la Unión Europea, de 21 de julio de 2011, decidió ampliar en lo posible el plazo de reembolsos de los futuros préstamos del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) a Grecia, de 7,5 años hasta un mínimo de 15 años e incluso hasta 30 años, con un período de gracia de 10 años, pretendiendo un seguimiento adecuado del programa.
- e) Nueva modificación de la Advertencia a Grecia mediante Decisión del Consejo, de 8 de noviembre de 2011 (publicada en el Diario Oficial el 3 de diciembre de 2011).

2.2. El Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF)

El 9 de mayo de 2010³ se creó el comúnmente conocido como "Fondo de rescate" para asistir a los Estados miembros con problemas financieros. Este Fondo de rescate está constituido en realidad por un doble instrumento: el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) y el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF). A partir de mediados de 2012 se sustituirá por el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).⁴

Los dos instrumentos son: por un lado, un mecanismo de estabilización de 60.000 millones de euros, destinado a todos los Estados miembros y administrado

1. Artículo 126 TFUE: "1. Los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos. (...) 6. El Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, considerando las posibles observaciones que formule el Estado miembro de que se trate, y tras una valoración global, decidirá si existe un déficit excesivo".

2. Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro, de 7 de mayo de 2010. *Cfr.*: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/114296.pdf

3. Conclusiones del Consejo Extraordinario de Asuntos Económicos y Financieros (Ecofin) de 9 y 10 de mayo de 2010. *Cfr.*: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/114324.pdf

4. Un mayor detalle puede consultarse en el Informe general sobre la actividad de la Unión Europea 2010. Comisión Europea. Dirección General de Comunicación. Publicaciones. Bruselas, p. 10 y ss.

por la Comisión (Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera MEEF). Además, un fondo de 440.000 millones de euros para los Estados miembros de la zona del euro (Fondo Europeo de Estabilidad Financiera FEEF), administrado por un instrumento *ad hoc*. Estas cantidades se completaron con 250.000 millones de euros aportados por el Fondo Monetario Internacional (FMI). La suma total es de 750.000 millones de euros. Este programa temporal de estabilización, sin precedentes y cuyo acceso está sujeto a condiciones estrictas, garantiza a los Estados un apoyo de tres años.

Un acuerdo del Consejo de la Unión Europea, de 21 de julio de 2011, prevé acordar préstamos, en el marco del FEEF, a tasas de interés equivalentes a las previstas por el mecanismo de apoyo a la balanza de pagos (aproximadamente un 3,5% en la actualidad), cercanos al coste de financiación del FEEF pero sin que sean inferiores. En el mismo acuerdo también se decidió ampliar significativamente los plazos de vencimiento de los préstamos concedidos a Grecia, junto con un mecanismo de incentivos apropiados para el desarrollo del programa.

2.3. Objetivo del rescate

En este contexto no se ha de perder de vista cuál es el objetivo del rescate financiero, planeado por la Unión Europea, de los países integrantes de la Unión monetaria: el mantenimiento de las condiciones saludables de la moneda que comparten. En otros términos, que esta tenga una baja depreciación. En definitiva, que el área de la Unión monetaria no sufra una inflación elevada, pues la existencia de una alta o baja tasa de inflación es determinante en el origen de las espirales positivas o negativas en que se desarrolla la economía.

La baja inflación es una circunstancia que denota la estabilidad de la economía y es condición principal para el mantenimiento de una elevada actividad. Permite que la economía entre en una espiral positiva. Quienes tienen dinero (potenciales inversores) lo ceden a empresas, en la confianza de recibir dividendos y de que ese dinero no perderá valor durante el tiempo en que lo prestan. Las empresas lo invierten en medios de producción y pueden ofrecer bienes y servicios. La actividad productiva requiere mano de obra (con la consecuencia de que hay empleo) que es remunerada (por tanto los trabajadores tienen capacidad económica, para el gasto y el ahorro). Este poder adquisitivo

generalizado en la sociedad hace que haya demanda de los bienes y servicios ofertados (consumo). La confianza en el mantenimiento del empleo anima el consumo, pues los consumidores no solo gastan el dinero que tienen en el presente, sino que solicitan dinero prestado (créditos) para adquirir más bienes y servicios, generándose más demanda y más oportunidades de inversión.

Por el contrario, una alta tasa de inflación denota ya de por sí una depreciación de la moneda y es detonante de una espiral negativa en la economía. La inflación elevada hace perder la confianza de los inversores en que su dinero mantenga su valor, y exigirán más intereses o tenderán a canalizarlo hacia territorios con menos inflación; lo cual es, en el momento actual, mucho más fácil por las mayores posibilidades de circulación de los capitales en comparación con épocas anteriores. Ambas situaciones concurren en que las empresas tienen más dificultades para financiarse, pues reciben menos medios económicos, ya sea en forma de inversión o ya sea como crédito. Las empresas prescinden de mano de obra (disminuye el nivel de empleo), producen menos bienes y servicios, y los trabajadores reciben menos salario (disminuye la riqueza en general). Por tanto hay un descenso en la capacidad económica de los consumidores porque reciben menos rentas. Además, la subida de los precios provoca un alza de los tipos de interés (el precio del dinero): tanto las empresas como los consumidores piden menos créditos, por la incertidumbre sobre el monto futuro de los intereses que tendrían que pagar. En consecuencia existe menos demanda de bienes y servicios. Aun las empresas que produzcan tendrán dificultades para dar salida a sus productos. El descenso de los beneficios de las empresas provoca que no puedan proceder al pago de dividendos y al retorno de las inversiones, y que tengan dificultad para devolver sus préstamos. También los consumidores que tengan cierto poder adquisitivo perderán la confianza en mantenerlo, no pedirán o no podrán obtener créditos y disminuirá aún más el consumo. La mayor presencia de necesidades sociales también produce aumento de gasto público. En definitiva la economía habrá entrado en una espiral negativa. Ciertamente en esta situación hay una mayor propensión al ahorro; la producción que se haya mantenido permitirá el retorno de algunos beneficios y el pago de créditos. Se produce así el ajuste de la economía y a partir de aquí podrán realizarse nuevas inversiones, iniciándose un nuevo ciclo económico.

Además la espiral económica negativa produce un particular efecto sobre la deuda pública. Con el mantenimiento de una baja inflación y una elevada actividad económica, las empresas y los ciudadanos no solo tienen poder adquisitivo, sino que tienen capacidad contributiva: los entes públicos pueden mantener un nivel alto de recaudación y un equilibrio entre los ingresos y los gastos públicos. El eventual desfase entre ingresos y gastos públicos puede producirse tanto por un descenso en el nivel de ingresos como por un incremento del gasto público que se sitúe por encima de los ingresos disponibles. En cualquier caso esa diferencia (déficit público) se puede cubrir con la emisión de deuda pública: los entes públicos toman capitales a préstamo.

Ahora bien, una situación de elevado y persistente déficit genera desconfianza en los acreedores de los entes públicos sobre las posibilidades de estos de pagar sus deudas. Una deuda pública elevada significa que ha habido una gran demanda de dinero. Como sucede con cualquier bien, el dinero tiene un precio, que es el tipo de interés. Los precios se forman en el punto de encuentro entre la oferta y la demanda. En el caso del dinero hay una peculiaridad: mientras que el volumen de la oferta de otros bienes resulta definido por el volumen de su producción, la cantidad de dinero ofertada viene definida por las posibilidades de devolución del dinero por el prestatario. Es decir, la producción (la generación de ingresos) del receptor del dinero da la medida del dinero que le es ofertado. Por eso es adecuado medir la deuda pública en función del PIB de un país: cuanto más fuerte sea su producción mayor será la cantidad de dinero que se le prestará, porque podrá devolverla. Así las cosas, si existe un aumento de la demanda del dinero (más endeudamiento) y no aumenta la oferta (porque no hay suficiente producción que la respalde) el efecto inmediato es que sube el precio del dinero: el tipo de interés que se paga por el dinero y, en particular, por la deuda pública. En este contexto los entes públicos tendrían dificultades para obtener nuevos préstamos. Si las cantidades que han de pagar a sus acreedores son muy elevadas, ya sea por el gran volumen de la deuda pública o por los altos tipos de interés, los entes públicos deberán recaudar más cantidades de sus ciudadanos; pero su capacidad recaudatoria disminuye si no existe una producción o riqueza creciente en el país. Si se llega a un volumen muy elevado de deuda en relación con la producción del país, se ha de recordar la conveniencia de la medición de la deuda pública en función de su PIB. Así, si

un país tiene una deuda pública del 100% del PIB, ello significa que sería necesaria toda su producción de un año para pagar la totalidad de la deuda (si bien, como la deuda tiene plazos de vencimiento, a más largo plazo no es necesario que se pague así). Pero también se han de comparar las tasas de interés de la deuda pública con el crecimiento de la economía. Si un país tiene una deuda pública del 100% del PIB y ha de pagar por ella intereses del 5%, su crecimiento económico ha de ser superior al 5%. Si fuese solo del 5% esto significaría que todo su crecimiento se ha de destinar a pagar los intereses de la deuda. Si su crecimiento fuese inferior solo podría pagar los intereses a costa de disminuir su renta disponible o bien obteniendo nuevos préstamos, que posiblemente no se le concederán, o bien renegociando la deuda (que solo sería un aplazamiento y quizá finalmente una agravación del problema).

Una salida que le quedaría a ese país sería la emisión de nuevo dinero para saldar la deuda con sus acreedores (coloquialmente se diría que la solución es imprimir billetes, si bien hay muchos más medios de creación de dinero). La alternativa a ello sería no pagar la deuda (la quiebra del país). Esta emisión de dinero sería una solución transitoria, pues resolvería la insolvencia del país ante sus acreedores, pero el aumento de la masa monetaria, si no estuviese respaldado con nueva producción, haría que el valor de la unidad monetaria descendiese. Este efecto se produce por una razón comprensible: si existen más unidades monetarias con las que pagar una misma cantidad de bienes y servicios producidos, varía la relación entre unos y otros: a la misma producción le corresponden más unidades monetarias; luego, a los mismos bienes, más precio. El juego de la oferta y demanda provocará que los consumidores ofrezcan y los productores pidan más dinero para negociar la misma cantidad de bienes. Lo cual constituye la misma inflación que da lugar a la espiral negativa antes expuesta.

Ahora bien, si varios países comparten la misma moneda, los países solventes no permitirán la emisión de más dinero para pagar las deudas de los países insolventes (pues para arreglar un problema ajeno sufrirían en carne propia el mal de la inflación), y este es el motivo por el que no les permitirán un déficit excesivo. Si un país tiene dificultades financieras públicas, ha de pagar deudas y su recaudación no es suficiente, transitoriamente puede seguir endeudándose, pero hemos visto que finalmente solo tiene dos salidas: emitir dinero o no pagar la deuda. Mientras tanto los acreedores le exigirán intereses más elevados. Pero si no tiene sobe-

ranía monetaria (no puede emitir dinero) solo le queda la opción de no pagar. No obstante, también puede recibir un respaldo financiero externo, y aquí es donde aparece la figura del rescate de la UE, en definitiva un tercero dispuesto a asumir las deudas. El tercero, en este caso, es la UE. Hasta ahora la UE ha puesto en marcha el MEEF, pero este no es ilimitado y los Estados no tienen una postura unitaria sobre qué hacer si los problemas se extienden. La causa de esta falta de acuerdo es que tienen intereses distintos: esencialmente los Estados solventes frente a los posibles insolventes.

Varias son las decisiones posibles, cada una con sus propios efectos, ante un Estado potencialmente insolvente:

- a) Prohibir la emisión de más dinero para hacer frente al pago de la deuda pública. Ahora bien, el Estado solvente debe velar por el interés de sus ciudadanos y estos son también acreedores de los Estados deudores, pues el Estado insolvente y sus ciudadanos son clientes del Estado solvente, al que adquieren bienes y servicios. Si estos no tienen capacidad económica arrastran a la crisis y a la insolvencia al Estado solvente (una manifestación del temido contagio de la crisis).
- b) Pagar o respaldar la deuda: a través de deuda consorciada (eurobonos) o de la existencia de un ente que garantice la deuda; lo que se llama el "pagador de último recurso". Algunos países (solventes) se resisten, porque acabarían pagando un interés más elevado por su deuda.
- c) Si se respalda o paga la deuda cabe el peligro de que el déficit presupuestario no se corrija y se cronifique: que haya una financiación indefinida de malas prácticas.

2.4. Tutela financiera de la UE

En virtud de la situación que se ha expuesto se comprende que, con la constitución de la Unión econó-

mica y monetaria en la UE, exista una normativa que establece una vigilancia y unas facultades de supervisión de las instituciones comunitarias sobre los Estados miembros.

Así, el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) –antiguo artículo 104 TCE– establece que los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos (apartado 1). En concreto, la Comisión supervisará la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento (apartado 2), y se aplicará un protocolo si este resultase excesivo. La Comisión remitirá un dictamen al Estado miembro e informará de ello al Consejo (apartado 5). El Consejo, sobre la propuesta de la Comisión y las observaciones del Estado miembro, reconocerá que existe un déficit excesivo. El Consejo adoptará, sobre propuesta de la Comisión, las recomendaciones dirigidas al Estado miembro para que este ponga fin a esta situación en un plazo determinado (apartado 7). Recomendaciones que solo se harán públicas si el Estado no las sigue. Si este persistiere en no llevarlas a efecto, el Consejo formulará una advertencia al Estado miembro para que adopte, en un plazo determinado, las medidas dirigidas a la reducción del déficit que el Consejo considere necesarias para poner remedio a la situación. También le requerirá para que presente informes, con arreglo a un calendario específico, para examinar los esfuerzos de ajuste de dicho Estado miembro (apartado 9). Es lo que coloquialmente se ha denominado la "intervención" de un Estado.

Estas normas del TFUE se complementan con el Reglamento (CE) núm. 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo;⁵ y el Reglamento (CE) núm. 479/2009 del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.⁶

En suma, en el denominado plan de rescate de los Estados por parte de la Unión Europea se utilizan unos

5. En su artículo 3.4 se establece que: "La recomendación dirigida por el Consejo con arreglo a lo establecido en el apartado 7 del artículo 104 C fijará un plazo de cuatro meses como máximo para que el Estado miembro afectado tome medidas efectivas. La recomendación del Consejo también fijará un plazo para la corrección del déficit excesivo, que, salvo en el caso de que concurren circunstancias especiales, deberá llevarse a cabo en el año siguiente a la identificación de dicho déficit".

6. En su artículo 15, apartado 1, se establece: "La Comisión (Eurostat) podrá manifestar una reserva en cuanto a la calidad de los datos reales notificados por los Estados miembros. A más tardar tres días laborales antes de la fecha de publicación prevista, la Comisión (Eurostat) comunicará al Estado miembro interesado y al presidente del Comité Económico y Financiero la reserva que se proponga manifestar y publicar. Si el problema queda resuelto tras la publicación de los datos y de la reserva, se hará pública la retirada de esta inmediatamente después".

procedimientos concretos, previstos en las normas citadas de los Tratados, con una finalidad muy concreta: la protección de la moneda única (el euro) por medio de la vigilancia de la inflación y de la moderación de los tipos de la deuda pública (que constituye en realidad la inflación del dinero). El Consejo tiene un amplio margen de maniobra, como se desprende del artículo 126, apartado 7 TFUE, cuando establece que el Consejo “adoptará las recomendaciones dirigidas al Estado miembro de que se trate para que este ponga fin a esta situación en un plazo determinado”. Esta es una fórmula tan genérica y expresada sin limitación alguna que confiere una amplísima legitimación al Consejo en cuanto a las medidas concretas que puede imponer a cada Estado.

2.5. Conclusión sobre el modelo europeo

Como conclusión de todo lo expuesto, se pueden sintetizar los elementos comunes y los diferentes entre la relación de la UE con los Estados miembros y la existente entre las diputaciones y los ayuntamientos.

Como denominador común puede hablarse de la situación de aguda necesidad financiera, tanto de algunos Estados como de algunos ayuntamientos. También del papel de respaldo financiero que Unión Europea y diputaciones pueden llevar a cabo. Sin embargo hay unos claros elementos diferenciales entre ambas situaciones:

- a) La intervención de la UE tiene una clara finalidad: la estabilidad económica para proteger la moneda única. Los medios que puede emplear son muy amplios, pudiendo hacer todo tipo de recomendaciones a los Estados, encaminadas a aquella finalidad; aparte de la exigencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados con la adhesión a los Tratados.
- b) La finalidad de la actuación de las diputaciones no es la de garantizar la estabilidad económica, sino la de servir de soporte a los ayuntamientos. En concreto, dentro de otras finalidades expresadas por la Ley de bases del régimen local (LBRL), interesa destacar en este sentido la indicada por el artículo 31.2 a: “Asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal”. Para ello puede hacer uso de sus competencias específicas. A este respecto se puede subrayar la men-

cionada por el artículo 36.1 LBRL: “La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión”. Sin embargo las diputaciones no ostentan competencias de tutela financiera hacia los municipios, competencias que son estatales y autonómicas.

Se puede afirmar, en fin, que –sin obviar las similitudes– existen unas diferencias de fines y medios entre las posibilidades de actuación de la Unión Europea y las de las diputaciones provinciales. E incluso cabe añadir que la UE ha buscado una solución para el grave problema financiero de los Estados, aun cuando los Tratados no prevén explícitamente mecanismos para abordar ese tipo de situación extraordinaria. Con mayor motivo las diputaciones provinciales pueden desarrollar una labor de apoyo financiero en favor de los ayuntamientos, toda vez que su misión específica, atribuida por la LBRL, es la de asistencia y cooperación económica y de garantía de los servicios de competencia municipal. Y se puede hacer también explorando nuevos instrumentos de intervención, de la misma manera que lo ha hecho la UE.

3. Posibilidades de apoyo a los ayuntamientos por parte de las diputaciones de Cataluña

Una vez planteado e introducido el problema de las posibilidades de apoyo a los ayuntamientos por parte de las diputaciones, se han de analizar sucesivamente las varias cuestiones que se exponen a continuación. Esta relación constituye la guía del presente trabajo, pues cada punto concreto se aborda en un respectivo apartado.

Para explorar las posibilidades de apoyo que las diputaciones provinciales pueden prestar a los ayuntamientos, como paliativo de su situación de necesidad financiera, se han de examinar las competencias de las diputaciones, para saber qué actuaciones caben dentro de ellas.

En Cataluña existe un importante condicionante al ejercicio de las competencias de las diputaciones, por la regulación y gestión autonómica del Plan único de obras y servicios de Cataluña (PUOSC), y se debe precisar si es posible que las diputaciones realicen actuaciones de apoyo a los ayuntamientos fuera del PUOSC.

En caso de que exista esta posibilidad de ayuda financiera de las diputaciones al margen del PUOSC, cabe apreciar, en concreto, que las actuaciones de ayu-

da a los ayuntamientos ante una situación de insuficiencia de recursos pueden ser financieras (de apoyo económico directo) o de otro tipo. Como estas últimas pueden adoptar variadas fórmulas, cabe referirse a ellas en su conjunto como actuaciones no financieras.

En caso de ayudas financieras debe precisarse su régimen jurídico. Básicamente es necesario determinar si se califican como transferencias o como subvenciones, y qué normativa se les aplica.

En caso de utilizar un medio de financiación condicionada, como son las subvenciones, se ha de examinar el encaje de esta figura con la autonomía municipal y con las competencias de la Generalitat. En particular se evaluará la posibilidad de que las diputaciones puedan establecer condiciones que tengan el carácter de tutela financiera.

Finalmente se puede considerar el encauzamiento del soporte a los ayuntamientos a través de eventuales medidas de carácter no financiero.

4. Competencias de las diputaciones

Las competencias de las diputaciones están principalmente diseñadas en el artículo 36 LBRL. Este artículo señala que, al margen de otras que eventualmente les atribuya el Estado o la Comunidad Autónoma, hay algunas que les corresponden "en todo caso". Son competencias y también se puede afirmar que son los fines que han de alcanzar las diputaciones; o bien, que estas competencias expresan la razón que justifica la existencia de las diputaciones. Dentro de estas competencias se han de destacar ahora las que puedan relacionarse más directamente con la labor de apoyo a las necesidades económicas de los ayuntamientos. Se trata de:

- a) "La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada" en todo el territorio provincial (artículos 31.2.a y 36.1.a LBRL).
- b) "La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión" (artículo 36.1.b LBRL).
- c) "La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación" (artículo 36.1.d).

El mismo artículo 36 LBRL, en su apartado 2.º, especifica una serie de medios que las diputaciones pueden emplear para alcanzar los fines mencionados:

- a) Aprueban anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal.
- b) Pueden emplear "cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal" para asegurar "el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal".
- c) "Podrán otorgar subvenciones y ayudas con cargo a sus fondos propios", instrumentadas "a través de planes especiales u otros instrumentos específicos".

Es decir, entre los medios que las diputaciones pueden emplear en su labor de apoyo a los municipios, la LBRL menciona un instrumento muy reconocido en el ámbito local: el Plan provincial de obras y servicios. Pero junto a él caben otros instrumentos, como planes de subvenciones y otras fórmulas de asistencia y cooperación.

5. Las competencias de las diputaciones catalanas y el Plan único de obras y servicios de Cataluña (PUOSC)

El artículo 2 del Real Decreto 2115/1978, de transferencia de competencias de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de Interior, Turismo, Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y Transportes, establecía lo siguiente: "Para la debida coordinación en Cataluña de la actividad de la Administración civil del Estado, la Generalidad y las entidades locales, se tendrá en cuenta lo siguiente: (...) La Generalidad de Cataluña confeccionará y aprobará un plan único de obras y servicios para su territorio. La ejecución del plan corresponderá a la Generalidad de Cataluña, quien podrá encomendar a las correspondientes entidades locales previa solicitud de las mismas y justificación de tener capacidad de gestión y medios técnicos para ello". Este Real Decreto fue desarrollado por el Decreto de 17 de abril de 1979 (DOG núm. 20, de 1 de mayo de 1979), que señala que el Plan único de obras y servicios "para todo el territorio de Cataluña es asumido plenamente para 1979 por la Generalitat a través del Departamento de Gobernación" (artículo 1), y el artículo 15 establece: "Las diputaciones de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona incluirán en sus presupuestos las cantidades que, como ayuda financiera a los municipios, les sean exigidas en virtud

de las disposiciones que se dicten en este sentido y que, en cualquier caso, se canalizarán a través del Plan de obras y servicios de Cataluña. Los servicios de cooperación de las mencionadas diputaciones deberán adaptarse a las exigencias legales de elaboración de un Plan único para todo el territorio de Cataluña". La continuidad del PUOSC quedó garantizada en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, el cual, en su Disposición transitoria 6.ª, señalaba: "El traspaso de los servicios inherentes a las competencias que, según el presente Estatuto, corresponden a la Generalidad se hará de acuerdo con las bases siguientes: (...) 7. La Generalidad asumirá con carácter definitivo y automático, y sin solución de continuidad, los servicios que ya le hayan sido traspasados desde el 29 de septiembre de 1977 hasta la vigencia del presente Estatuto. En relación a las competencias cuyo traspaso esté en curso de ejecución, se continuará su tramitación de acuerdo con los términos establecidos por el correspondiente decreto de traspaso".

Los preceptos transcritos pueden contrastarse con el derecho a la autonomía de los entes locales, consagrado en el artículo 137 de la Constitución española (CE). Labor que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional, quien ha modulado las exigencias de la autonomía local con el alcance de las competencias autonómicas en general y, en concreto, sobre el PUOSC. El Alto Tribunal ha elaborado una doctrina al respecto en sucesivas sentencias (SSTC 109/1998, 172/1998, 175/1998, 48/2004 y 159/2011) cuyos puntos fundamentales se exponen a continuación.

Antes de exponer los puntos esenciales de estas sentencias, conviene recordar que en el momento presente la regulación de las aportaciones del Estado al PUOSC se contiene en:

- a) La Ley 23/1987, de 23 de diciembre, por la que se establecen los criterios de financiación del Plan único de obras y servicios de Cataluña y las bases para la selección, distribución y financiación de las obras y servicios a incluir en el mismo.
- b) El Real Decreto 1263/2005, de 21 de octubre, que modifica el Real Decreto 835/2003, de 27

de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de los entes locales.

- c) También son aplicables el artículo 160 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)⁷ y la disposición transitoria sexta.6 del EAC de 1979, por la que en Cataluña los planes provinciales de obras y servicios de competencia municipal son sustituidos por el PUOSC. Su vigencia se mantiene según Disposición transitoria segunda del EAC de 2006.⁸

Toda esta regulación es la que se puede considerar la normativa propia, a la que se refiere el artículo 86.2 de la Ley 47/2003 general presupuestaria (LGP) cuando señala que, si como consecuencia del traspaso de servicios estatales a las comunidades autónomas estas deben gestionar y administrar los créditos de subvenciones, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: "Primera. La gestión y administración se efectuará conforme a la normativa estatal que regule cada tipo de subvenciones y, en su caso, por las comunidades autónomas en la medida en que sean competentes para ello".

Se pasa ahora a la exposición de los puntos esenciales de las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional. Este señala en primer lugar que Estado y comunidades autónomas pueden limitar el ámbito de poder de los entes locales: "La autonomía financiera, en la vertiente del gasto, de la que gozan los entes locales –esto es, la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo su propia responsabilidad, los gastos necesarios para el desempeño de sus competencias–, puede ser restringida por el Estado y las comunidades autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad" (FJ 10.º STC 109/1998 y FJ 10.º STC 48/2004).

Por tanto la restricción que pueden sufrir las diputaciones en su ámbito de actuación tiene un límite, pues existe un mínimo competencial que se ha de respetar. El Tribunal lo concreta de la siguiente manera: "Lo que la Constitución veda de una forma terminante y sin excepciones no es sino el menoscabo del núcleo esen-

7. Artículo 160. Régimen local: "1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el principio de autonomía local, incluye: a) Las relaciones entre las instituciones de la Generalitat y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre estos y la Administración de la Generalitat, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales".

8. Disposición transitoria segunda: Vigencia de disposiciones transitorias anteriores: "Las disposiciones transitorias tercera, cuarta y sexta de la Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña, mantienen, en lo que corresponda, la vigencia como regulación transitoria".

cial o reducto indisponible de la institución, estrictamente" (FJ 10.º STC 109/1998 y FJ 10.º STC 48/2004). Este "núcleo esencial e indisponible" de la autonomía provincial consiste en "el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial, a cargo de las diputaciones provinciales u otras corporaciones de carácter representativo; actividad que se traduce en la cooperación económica a la realización de las obras y servicios municipales, y que es llevada a la práctica a través del ejercicio de su capacidad financiera o de gasto público por parte del ente provincial. Es esta actuación cooperadora, pues, la que cabe identificar como el núcleo de la autonomía provincial, de tal manera que la ablación o menoscabo sustancial de dicho reducto indisponible han de reputarse lesivos de la autonomía provincial constitucionalmente garantizada" (FJ 2.º STC 109/1998). También señala el Tribunal Constitucional: "no toda incidencia en la esfera competencial de la entidad local debe reputarse lesiva de la mencionada garantía institucional [de la autonomía provincial] (...) Solamente (...) en aquellos casos en que, tras la injerencia, no subsista una verdadera capacidad decisoria propia del ente local, podrá afirmarse que se ha infringido la garantía institucional, dado que la autonomía provincial se habrá visto privada prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre" (Cfr. *ibidem*). Expresado de modo más sintético, la actuación cooperadora de las diputaciones hacia los municipios y la existencia de una verdadera capacidad decisoria propia del ente local son los mínimos indispensables de la autonomía de las diputaciones provinciales.

En consecuencia el Tribunal Constitucional opina que "la sustitución de los planes provinciales por el Plan único no anula, ciertamente, el ejercicio de la competencia de cooperación económica (art. 36.1.b LBRL), hasta el punto de hacerla desaparecer" (FJ 7.º STC 109/1998). Da el argumento de que la cooperación económica con los municipios "no se agota" con la aprobación anual de un plan provincial de obras y servicios. La simple lectura del artículo 36.2.b) LBRL permite constatar que las diputaciones pueden acudir "a otras fórmulas y cauces para cumplir la función de cooperación económica". En coherencia con este planteamiento el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 2.3 de la Ley 23/1987, de 23 de diciembre, por la que se establecen los criterios de financiación del Plan único de obras y servicios de Cataluña y las bases para la selección, distribución y financiación de

las obras y servicios a incluir en el mismo (conforme a la redacción dada por la Disposición adicional 23.ª2 de la Ley 13/1988, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el año 1989), en la medida en que exigía canalizar toda la cooperación económica provincial por el Plan único autonómico: "Dicho instrumento vendría prácticamente a absorber tal función de cooperación económica en su integridad. De este modo, el precepto que nos ocupa lesiona la autonomía provincial (...) Difícilmente podría mantenerse que dicha competencia de cooperación económica (...) continúa siendo una competencia propia de las diputaciones" (FJ 13.º, STC 109/1998). En conclusión, el Tribunal Constitucional reconoce la constitucionalidad del sistema catalán de cooperación económica local a través del Plan único de obras y servicios de Cataluña, si bien manteniendo la posibilidad de que las diputaciones provinciales doten separadamente otros instrumentos de cooperación que sirvan a objetos distintos.

Especial relevancia tiene la STC 159/2011, sobre la relación entre la aportación estatal a los municipios y el PUOSC, que, si bien no se refiere directamente al papel de las diputaciones, arroja luz sobre el alcance del PUOSC y sirve para perfilar la posición de las diputaciones catalanas en la cooperación local. Los antecedentes de esta STC refieren el Real Decreto 665/1990, que regulaba determinadas subvenciones del Estado a los municipios con gestión directa por aquel, sin su integración en el PUOSC ni el libramiento de los respectivos fondos a la Generalitat. Este Real Decreto fue recurrido por la Generalitat ante el Tribunal Constitucional, pero fue retirado el recurso ante la sustitución de la norma impugnada por el Real Decreto 1328/1998, que preveía la integración en el PUOSC de toda la cooperación estatal a los municipios de Cataluña. Sin embargo el Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, vuelve al criterio primitivo, y distingue tres modalidades de aportación:

1. Los planes provinciales de cooperación con las obras y servicios de competencia municipal, únicos encauzados a través del PUOSC de la Generalitat.
2. Las aportaciones estatales dirigidas a intervenciones comunitarias cofinanciadas.
3. Los proyectos singulares de desarrollo local y urbano, estos últimos gestionados directamente por el Ministerio de Administraciones Públicas.

La Generalitat planteó un conflicto positivo de competencia, resuelto en la STC 159/2011. En este recurso

la letrada del Gobierno de la Generalitat reclama, en suma, que cuando dicha cooperación estatal se refiera a obras y servicios de los entes locales de Cataluña, se realice a través de la Generalitat y, por tanto, que los fondos correspondientes le sean librados a esta última. Si bien reconoce que la asistencia de las diputaciones a los municipios debe dirigirse preferentemente al establecimiento y prestación de los servicios mínimos, pero se trata de un criterio de preferencia, no de exclusión (artículos 25 y 85 LBRL), por lo que la intervención de las diputaciones no se circunscribe a dichos servicios mínimos de prestación obligatoria, sino que puede extenderse a las demás obras y servicios municipales, como reconoció la STC 159/1990 (FJ 11). El abogado del Estado, por su parte, recuerda que, según la STC 109/1998, la competencia de las diputaciones provinciales de cooperación económica con sus correspondientes municipios no se agota en la aprobación anual del Plan de obras y servicios, sino que subsisten otras fórmulas de cooperación entre las diputaciones y los municipios. De no existir tal diferenciación, difícilmente podría sostenerse que las diputaciones catalanas mantienen su función institucional de cooperación económica con sus municipios. Por tanto, la competencia de la Generalitat se refiere específicamente a la cooperación económica dirigida a financiar las inversiones en obras y servicios municipales que el Estado destina a los planes provinciales de obras y servicios. La cuestión debatida es, en definitiva, la que señala el Tribunal Constitucional en el FJ 6 de la STC 159/2011: “Se trata de determinar si cualquier modalidad de cooperación financiera del Estado con los entes locales de Cataluña debe necesariamente incluirse en el Plan único de obras y servicios de Cataluña para alcanzar efectividad, como sostiene la representación procesal de la Generalitat, o solo debe encauzarse a través de él la financiación correspondiente que el Estado dirija a los planes provinciales, como sostiene el abogado del Estado”. Como respuesta a esta cuestión el Tribunal recuerda la doctrina sentada en la STC 109/1998, de un lado, sobre la legitimidad del PUOSC como sustitutivo

de los planes provinciales: ““(…) la remisión a las competencias preestatutarias, contenida en la cláusula sin perjuicio del art. 36.2 a) LBRL, no viene, en último término, sino a respetar esta peculiaridad catalana, según la cual el Plan único tiene un carácter sustitutivo de los diversos Planes Provinciales’ (STC 109/1998, FJ 6)”. Si bien esta competencia sobre el PUOSC “ha quedado delimitada, según lo expuesto, como sustitución de los planes provinciales, sin otras consecuencias complementarias” (*ibidem*).

En este punto el Tribunal Constitucional, una vez admitida la convivencia del PUOSC con otros instrumentos de cooperación local, da unos criterios sobre la delimitación del ámbito material del PUOSC, de tal modo que se pueda saber qué actuaciones han de quedar incluidas en él y cuáles pueden canalizarse al margen del mismo. Estos criterios, como es evidente, son de la máxima importancia para el objeto de nuestro estudio, pues son los mismos que han de cumplir las diputaciones cuando deseen establecer ayudas a los ayuntamientos fuera de sus aportaciones al PUOSC.

El Tribunal parte de la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (reconocida en el artículo 149.1.18 CE). Estas bases en cuanto a la cooperación local, se encuentran en los artículos 31 y 36 LBRL. En su texto se realizan varias remisiones entre ellas. El texto debidamente consolidado quedaría así: La Diputación aprueba anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal (artículo 36.2.a) a los efectos de la coordinación de los servicios municipales entre sí para garantizar la prestación integral y adecuada de los mismos (artículo 36.1.a) en la totalidad del territorio provincial (31.2.a) y la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión (36.1.b).⁹

Por tanto ese es el ámbito material que corresponde al Plan provincial de obras y servicios. Los fondos a

9. STC 159/211, FJ 6: “Estos fondos estatales resultan cualitativamente predeterminados por la norma básica en la materia (art. 149.1.18 CE), esto es, por el art. 36.2 a) LBRL en su doble conexión con los arts. 36.1 a) y b) y 31.2 a) de la misma LBRL. Doble conexión que determina: positivamente, que la cooperación económica que el Estado preste a las diputaciones provinciales a través de los planes provinciales se encauce hacia la garantía de la ‘prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal’ y a la ‘asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica de los municipios’; y, negativamente, que no sea exigible que cualquier fuente de financiación estatal a los entes locales diferente a la señalada deba necesariamente integrarse en los planes provinciales de obras y servicios”.

él destinados, en Cataluña, deben ser librados y gestionados por la Generalitat, en virtud de la normativa propia que anteriormente se ha expuesto, confirmada por el Tribunal Constitucional. Y, se debe especificar ahora, se han de librar a la Generalitat tanto los fondos que tengan origen estatal como los aportados por las diputaciones catalanas. Por el contrario, señala el Tribunal Constitucional, cualquier otra "fuente de financiación estatal a los entes locales diferente a la señalada" puede arbitrarse al margen del PUOSC. El Tribunal Constitucional concreta el criterio afirmando que las subvenciones que el Estado haya dirigido a los municipios de otras partes de España al margen del Plan provincial de obras y servicios, pueden en Cataluña quedar fuera del PUOSC.¹⁰ Conclusión que no es muy útil en el examen de la actuación de las diputaciones catalanas, pues no cabe encontrar un término de comparación análogo (porque estas actúan enteramente dentro del territorio catalán).

¿Qué queda, por tanto, fuera del ámbito material del PUOSC? Si nos remitimos a la normativa básica (LBRL) encontramos lo siguiente:

- a) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal (artículo 36.1 c).
- b) La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito (artículo 36.1 d).
- c) En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia (artículo 36.1 e).
- d) Otras atribuidas por las leyes del Estado y de las comunidades autónomas en los diferentes sectores de la acción pública.

Cabe concluir que es muy estrecho el margen de actuación de las diputaciones catalanas fuera del PUOSC, y que resultará bastante problemático encontrar planes de cooperación local de los que pueda afirmarse

que se sitúan, inexorablemente, fuera del ámbito material del PUOSC.

En el caso de referencia, el resuelto por la STC 159/2011, el Tribunal desestima la pretensión de la Generalitat de inclusión de las ayudas debatidas (las aportaciones estatales dirigidas a intervenciones comunitarias cofinanciadas y los proyectos singulares de desarrollo local y urbano) en el PUOSC, y afirma que la cooperación económica del Estado con los entes locales prevista en los artículos 3.3 y 22 a 32 del Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, "no se integra en los planes provinciales de obras y servicios y, por tanto, no ha de hacerlo en el Plan único de obras y servicios de Cataluña" (FJ 6). Por el contrario, sí declara la titularidad de competencias de la Generalitat de Cataluña sobre algunos elementos concretos regulados por dicho Real Decreto, en aplicación de la doctrina sobre las subvenciones y el reparto de competencias, a los que se hará referencia más adelante.

Dada la doctrina constitucional mencionada, el papel de las diputaciones catalanas, para intervenir en las ayudas ofrecidas a los ayuntamientos, puede articularse por dos vías:

- a) A través de su participación en la elaboración del PUOSC, cuando se encuentren integradas en el mismo, cuya elaboración corresponde a la Generalitat.
- b) Tratando de modo directo con los ayuntamientos, independientemente de la Generalitat, cuando se trate de ayudas que puedan ser canalizadas al margen del PUOSC.

En conclusión, cualquier plan de las diputaciones catalanas en apoyo a los municipios, para que sea gestionado fuera del PUOSC y sin librar los fondos a la Generalitat, debería poder acogerse al título de "proyecto singular de desarrollo local y urbano", o bien ser una actuación cofinanciadora de un plan de la Unión Europea. De esta manera podría gozar indudablemente del respaldo de la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional en la STC 159/2011.

10. STC 159/2011, FJ 6: "se derivan dos conclusiones. De un lado, que la financiación que se canalice hacia el Plan único de obras y servicios de Cataluña ha de guardar homogeneidad y equivalencia respecto a la que se encauce hacia los planes provinciales de obras y servicios en el resto de España, pues, como venimos reiterando la singularidad competencial de Cataluña solo se cifra en que el Plan único de obras y servicios de Cataluña sustituye e integra a dichos planes provinciales. Por tanto, el Plan único de obras y servicios de Cataluña no puede acoger, en términos cualitativos o cuantitativos, más financiación estatal que la que se hubiese dirigido a los planes provinciales de obras y servicios en Cataluña en caso de que los mismos hubieren pervivido. Y, de otro lado, que nada impide que el Estado disponga de otras fuentes de financiación dirigidas hacia objetivos de cooperación económica con los entes locales distintos a los señalados, las cuales no deberán incorporarse a los planes provinciales de obras y servicios ni, por consecuencia, al Plan único de obras y servicios de Cataluña".

6. Cauces de apoyo a los ayuntamientos por parte de las diputaciones

Una vez que se ha afirmado la posibilidad de que las diputaciones catalanas realicen cooperación económica y asistencia en favor de los municipios al margen del PUOSC, corresponde determinar qué cauce puede ser empleado para ello. En realidad, como se concluye de lo que se expondrá a continuación, el ordenamiento jurídico ofrece varios cauces diferentes, es decir, existe un abanico de instrumentos que pueden ser empleados por las diputaciones para realizar esta función. Seguidamente se enumeran y explican, sin perjuicio de que puedan ser encontrados otros al margen de los expresados. Eso sí, los aquí mencionados serán, por lo menos, los más relevantes.

Dentro de las varias formas de encauzar la cooperación económica y asistencia, se debe distinguir primeramente entre las figuras financieras y las figuras no financieras. Las primeras implican, como elemento esencial del instrumento empleado, la realización de un trasvase de dinero. Las segundas, con independencia de que exista un apoyo económico por lo menos implícito, se sustancian principalmente a través de figuras jurídicas cuyo objeto esencial no es la entrega de una cantidad de dinero. A unas y otras se dedican los epígrafes siguientes.

7. Ayudas financieras

Los términos más habituales para designar ayudas financieras son los de transferencias y subvenciones. Aunque ambas expresiones se usan en algunos ámbitos de modo indistinto, no son estrictamente sinónimas. En la exposición que sigue se explican por separado las figuras de transferencias y subvenciones. En todo caso hay un denominador común para ambas que consiste en la entrega de una cantidad de dinero sin contrapartida. En lo que interesa a este trabajo se tratará de entregas de una Administración a otra. En los casos en que más claramente se distingue entre unas y otras cabe señalar de antemano, como principal rasgo distintivo, que las transferencias consisten en entregas incondicionadas de dinero (financiación incondicionada), mientras que las subvenciones se entregan con una finalidad específica (financiación condicionada). Sin embargo, en algunos ámbitos no se separan totalmente los conceptos de transferencia

y subvención. Así, a veces se usa el término transferencia de modo muy general, comprendiendo tanto la financiación incondicionada como la financiación condicionada, y el término subvención se reserva para la financiación condicionada.

Cabe mencionar otras formas de apoyo financiero, aparte de las transferencias y subvenciones, aunque aquí no tiene especial utilidad su tratamiento. Así, los anticipos de tesorería, por ejemplo en los casos de delegación de recaudación de tributos. El ente delegado (puede ser un órgano de la Diputación) puede realizar anticipos, a cuenta de la liquidación final, al ente delegante (Ayuntamiento), lo cual supone una medida de apoyo financiero.

7.1. Transferencias

En las disciplinas económicas, en la contabilidad pública en particular, y en las normas que regulan el gasto público, se usa con mucha frecuencia el término transferencia para referirse a cualquier entrega de dinero que realiza una Administración a otro sujeto. El término subvención se usa en mucha menor medida, se refiere a la financiación condicionada y suele reservarse para las entregas a sujetos particulares.

Así, en la contabilidad pública, o también llamada contabilidad nacional, para designar las partidas presupuestarias se emplean los términos y códigos utilizados en el sistema de cuentas adoptado en la Unión Europea, denominado Sistema Europeo de Cuentas SEC-95. El Diario Oficial de las Comunidades núm. L 310/1, de 30 de noviembre, publicó el Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95). En el SEC-95 son transferencias las operaciones en dinero o en especie, sin contrapartida, y pueden ser corrientes y de capital. En el caso de las corrientes, aumentan la renta disponible de los residentes del país receptor, y en el caso de las de capital, incrementan la capacidad productiva del mismo. Las transferencias entre Administraciones Públicas comprenden las realizadas entre los diferentes subsectores de las Administraciones (Administración central, comunidades autónomas, corporaciones locales y Administraciones de Seguridad Social), excepto los impuestos, las subvenciones y las ayudas a la inversión. Las subvenciones son los pagos corrientes sin contrapartida que las Administraciones Públicas o las

instituciones de la Unión Europea efectúan a los productores residentes, con el fin de influir en sus niveles de producción, en sus precios o en la remuneración de los factores de producción. No son transferencias los impuestos recaudados que se ceden de manera automática, total o parcialmente, a otro organismo de las Administraciones Públicas. Las transferencias no se corresponden con ninguna categoría específica de impuestos y no se hacen automáticamente, sino que para efectuarlas se utilizan principalmente determinados fondos (fondos de Administraciones provinciales y locales), de acuerdo con unas escalas de reparto establecidas por la Administración central.

La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, en los artículos 40 y 41, establece para los gastos y los ingresos, respectivamente, que en los créditos para operaciones corrientes se distinguirán los de personal, los corrientes en bienes y servicios, los financieros y las transferencias corrientes. En los créditos para operaciones de capital se distinguirán las inversiones reales y las transferencias de capital. Con el término transferencia se designa, pues, un tipo de ingreso o de gasto de un ente público, sin perjuicio de que también se use este término para referirse a los trasvases de créditos presupuestarios de unos subsectores a otros dentro del mismo presupuesto de un ente público. La LGP no incluye las subvenciones como una partida de ingreso o gasto, ni se ocupa de su regulación, y realiza en este punto una remisión a la normativa específica, que es la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

En las normas tributarias hay un uso más escaso de ambos términos. La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, solo emplea el término transferencias al establecer la extinción de la deuda tributaria mediante deducciones sobre transferencias entre Administraciones, con un sentido también muy genérico de este término. El término subvención lo emplea en distintos artículos y lo reserva para designar entregas de dinero a sujetos particulares.

Una norma tributaria en la que hay, sin embargo, un uso más generoso del término transferencia, es el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales (LRHL). Las transferencias a favor de los entes locales se reconocen como medio de financiación de los municipios y se encuentran reguladas en los artículos 111 a 126 LRHL, que regulan en concreto las transferencias del Estado a los municipios. Señalan Esteban Cabrera y Sánchez Maldonado: "En la práctica, la participación en los ingresos del Estado constituye la principal fuente de financiación de los ayuntamientos (en general de las corporaciones locales) (...) La participación en los ingresos del Estado se enmarca en la modalidad de transferencias corrientes de carácter incondicional. Mediante la reforma de 2002 se inauguró un nuevo modelo de transferencias cuya entrada en vigor comenzó en 2004".¹¹

Para completar la exposición de las transferencias se indican sus tipos más importantes, atendiendo a los principales criterios de clasificación: condicionamiento por parte del otorgante de la transferencia y modo de

11. Cfr. "Una propuesta de financiación municipal", *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 28, 2007, p. 32. Estos autores resumen el funcionamiento del sistema de transferencias estatales a los municipios de la siguiente manera (cfr. *idem*, p. 33):

"Las transferencias a los municipios menores de 75.000 habitantes se efectúan a partir de la distribución de un montante global fijado por el Estado en sus Presupuestos anuales. Esta cantidad se reparte en función de tres indicadores: población, esfuerzo fiscal e inverso de la capacidad recaudatoria. De los tres, el parámetro de población posee una ponderación del 75 por 100, mientras que los otros dos tienen un peso similar, del 12,5 por 100 cada uno.

"De otro lado, la distribución de las transferencias del Estado en función de la población está sometida a una segunda ponderación. El legislador ha distinguido cuatro estratos diferentes en función de tramos de población. De esta manera que los municipios del tramo superior (más de 50.000 habitantes) participan en el sistema con un coeficiente de 1,4; mientras que los comprendidos en el tramo inferior (menos de 5.000 habitantes), lo hacen con un coeficiente de 1,0.

"(...) La participación de los municipios grandes es novedosa. El nuevo sistema consiste en la cesión de un porcentaje de los rendimientos de los impuestos del Estado. (...) De otro lado, distintos indicadores territorializan a nivel municipal la cantidad que le corresponde a cada Ayuntamiento de esta modalidad.

"A fin de evitar que algunos ayuntamientos se vean afectados de manera negativa por el nuevo sistema, se creó un Fondo Complementario de Financiación (FCF). Este Fondo se determina para cada municipio por la posible pérdida de subvenciones entre el anterior y el nuevo sistema. Los ayuntamientos afectados verían compensadas sus transferencias corrientes por el diferencial resultante. Así pues, el sistema está concebido para que los municipios reciban al menos el mismo importe que venían obteniendo con anterioridad a la reforma. Este Fondo para cada Ayuntamiento se ha determinado con la liquidación del año 2004."

cuantificación. Según el grado de libertad con que el Gobierno receptor puede disponer de los fondos hay transferencias incondicionadas (generales o no selectivas) y condicionadas (específicas o selectivas). Según su cuantificación pueden ser globales (una cantidad calculada a tanto alzado o una suma fija) o graduadas (normalmente un porcentaje determinado del gasto o inversión). Normalmente se establece también un límite máximo.

Se puede concluir que, en las normas presupuestarias y tributarias, el término transferencia es genérico y designa las entregas de dinero que realizan las Administraciones. Si se admite que entre las Administraciones puede haber subvenciones, presupuestariamente quedan incluidas dentro de las transferencias. Cuando emplean el término subvenciones, su uso queda restringido para designar las transferencias de dinero a particulares.

Dado que antes se ha señalado que el término subvención se usa para referirse a financiación condicionada, es conveniente explorar la legislación y la doctrina relativa a las subvenciones para conocer en qué medida resulta útil y aplicable a las ayudas financieras públicas y, en particular, a las prestadas por las diputaciones.

7.2. Subvenciones

En el análisis jurídico de las ayudas económicas que una Administración recibe de otra se plantea la cuestión de si, aparte de su inclusión presupuestaria en las partidas de transferencias, cabe calificar a algunas de ellas como subvenciones. Dicho de otro modo, si es posible reconocer la existencia de subvenciones entre Administraciones Públicas. Adelantamos nuestra conclusión afirmativa, por los argumentos que se expondrán a continuación.

Para resolver este dilema se han de tratar sucesivamente estos dos puntos: el concepto y el régimen jurídico de la subvención, y la contraposición que supone el condicionamiento que implica la subvención frente a la autonomía local.

7.2.1. Concepto y régimen jurídico de la subvención

Ciertamente es antigua la cuestión de la admisibilidad de las subvenciones entre Administraciones Públicas, interrogante que se ha de resolver a partir del concepto de subvención. En concreto se cuestiona la posibilidad de que una Administración Pública sea beneficiaria de la subvención otorgada por otra Administración. Como expone Sesma,¹² existe una opinión doctrinal bastante extendida de que los beneficiarios de subvenciones han de ser sujetos de Derecho privado, pero en realidad ninguna de las formulaciones de esta doctrina tiene base legal. Ya la Ley general presupuestaria (LGP) anterior a la actual mencionaba entre los posibles beneficiarios de subvenciones a las “personas o entidades públicas o privadas”; lo mismo se desprende de la vigente Ley general de subvenciones (LGS).

La LGS indica, en el artículo 2.2, que las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones Públicas no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, salvo que resulten de una convocatoria pública.¹³ Algunos autores, como Requero, concluyen que las ayudas financieras entre Administraciones para financiar globalmente su actividad no son subvenciones, por el hecho de quedar fuera del ámbito de aplicación de la LGS.¹⁴ A pesar de que el artículo 2.1.d) LHL incluya expresamente a las subvenciones entre los recursos de las Haciendas locales, Requero afirma que se trata de instrumentos de financiación de las Administraciones territoriales, y aduce en su favor que, en el caso de la financiación autonómica, la LOFCA no menciona las subvenciones dentro de la enumeración de

12. SESMA SÁNCHEZ, B., *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 463.

13. Artículo 2.2 LGS: “No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones Públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública”.

14. Dice este autor: “(...) estamos más bien ante instrumentos de financiación de las Administraciones territoriales como es el caso del artículo 2.1.b) de la LHL (sic; pienso que quiere referirse al 2.1.c: participaciones en tributos), pese a emplearse expresamente el término ‘subvención’ (...)”. REQUERO, J. L., “Nota sobre la nueva Ley general de subvenciones”, Cuadernos de Derecho Local, núm. 5, junio de 2004, p. 43.

los recursos de las comunidades autónomas. Es cierto que el artículo 157 CE, que enumera los recursos de las comunidades autónomas, no menciona las subvenciones, sino que, en el apartado 1.c), se refiere solo a transferencias y asignaciones: “Transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”. Por su parte, el artículo 158 1. CE prevé transferencias del Estado a las comunidades autónomas en función de los servicios, y las califica de asignaciones: “En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las comunidades autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español”. En desarrollo de este artículo, el artículo 15 LOFCA prevé el Fondo de garantía de servicios públicos fundamentales, dotado por el Estado. La LOFCA tampoco emplea el término subvención para designar a las transferencias recibidas por las comunidades autónomas del Estado: el artículo 4 LOFCA enumera los recursos de las comunidades autónomas y, en su apartado 2, reproduce casi literalmente la redacción del mencionado 157.1.c) CE, mencionando: “a) Las asignaciones que se establezcan en los Presupuestos Generales del Estado”, y “b) Las transferencias de los Fondos de Compensación Interterritorial”, pero no se refiere a las subvenciones. Ahora bien, el hecho de que la CE o la LOFCA no mencionen un posible recurso de la Administración no constituye un obstáculo para su reconocimiento. Su omisión sería una razón de peso si se opinase que la enumeración de recursos de las comunidades autónomas del artículo 157 CE tiene carácter cerrado. Pero, a mi juicio, el silencio de la CE no puede interpretarse en sentido prohibitivo. Por un lado porque la Constitución no señala expresamente que las comunidades autónomas

no puedan tener otro tipo de recursos al margen de los enumerados en el artículo 157.1 CE. Es cierto que algún autor ha apreciado un sentido limitativo en este artículo, pero también cabe reconocer que si con el devenir histórico surge una categoría nueva que no había sido imaginada en el período constituyente, lo único que cabe deducir es que el silencio constitucional no implica su reconocimiento, pero tampoco su negación. De otra manera la interpretación obstativa estaría implicando una fosilización del ordenamiento jurídico, y supondría otorgar a la CE una función impeditiva de su evolución. Un ejemplo claro que se puede alegar a favor de este parecer son los fondos comunitarios, que las comunidades autónomas reciben de las instituciones de la Unión Europea, a lo que no cabe oponer un obstáculo constitucional a pesar de que el artículo 157.1 c) solo prevé transferencias del Estado. Lo mismo cabe afirmar, con Aparicio Pérez, del ingreso de los precios públicos por las comunidades autónomas.¹⁵

Además de todo lo anterior, si se atiende al tenor literal del artículo 2.2 LGS no cabe concluir que las ayudas financieras entre Administraciones no puedan ser subvenciones, sino simplemente que no quedan reguladas por esta Ley. Interpretación que se refuerza cuando en el mismo artículo 2, apartado 4, se dice expresamente de otros supuestos, que se enumeran, que “no tienen carácter de subvenciones”. Si la LGS hubiese querido excluir a las ayudas financieras entre Administraciones del concepto de las subvenciones, tendría que haberlas mencionado dentro de este artículo 2.4. De todo ello cabe concluir que las ayudas prestadas por una Administración a otra pueden ser subvenciones, si bien no se sitúan en el ámbito objetivo de regulación de la LGS. Esta es la opinión actualmente mayoritaria en la doctrina (Castells,¹⁶ Lozano Serrano,¹⁷ Fernández Farreres),¹⁸ y puede sintetizarse con las palabras de Sesma: “La práctica confirma, ade-

15. Aparicio Pérez sostiene esta misma postura: “De este artículo (157 CE) nosotros destacaríamos lo siguiente: En primer lugar, que se hace una enumeración abierta de las distintas fuentes de ingresos de las comunidades autónomas. Que esto es así se ha puesto de manifiesto con la incorporación como nueva fuente de ingresos de la categoría jurídica de los precios públicos. En efecto, a partir de la Ley orgánica 1/1989, de 13 de abril, entre los ingresos de las comunidades autónomas se citan los procedentes de los precios públicos”. Cfr. APARICIO PÉREZ, A., “Financiación de las comunidades autónomas. Corresponsabilidad fiscal. Perspectivas futuras de financiación”, *Revista Jurídica de Asturias* (RJA), núm. 19, 1995, p. 65.

16. Cfr. CASTELLS, A., FRIGOLA, R., *Las subvenciones en la financiación de los municipios: análisis, experiencia comparada y propuestas para el caso español*, La Paeria, Ayuntamiento de Lleida, 1986.

17. LOZANO SERRANO, C., *Las subvenciones del Estado a los municipios*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

18. Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G., “La aplicabilidad de la Ley general de subvenciones a las entidades locales y, en particular, a las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5, junio de 2004.

más, que tanto entre diferentes niveles administrativos como dentro del sector público en general, pueden existir subvenciones públicas, siempre y cuando, claro está, se concedan con una finalidad de fomento específica, reúnan los elementos identificativos de la figura y se concedan con carácter ocasional y no como medio ordinario de financiación del ente público".¹⁹ Aunque también se señale que la mayor parte de las entregas de dinero entre Administraciones son transferencias y no subvenciones.

¿Cuándo un entrega de dinero entre Administraciones ha de calificarse de subvención? Cuando cumpla los requisitos señalados por la LGS al explicitar el concepto de subvención (artículo 2.1).²⁰ Es decir, cuando la entrega se realice sin contraprestación, esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo y tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social. Aquí es donde tiene sentido distinguir entre las dotaciones recibidas por un ente público como medio de financiación global y las recibidas para el logro de objetivos concretos. Las primeras, que son frecuentes en el ámbito de la financiación local,²¹ no pueden entrar en el concepto de subvención por carecer de las finalidades concretas exigidas en el artículo 2.1 b) y c) LGS. Pero las segundas lo cumplen cabalmente.

Lo relevante de la inclusión de las ayudas financieras realizadas por una Administración con finalidad singular, recibidas por otros entes públicos, en el concepto de las subvenciones, es que quedan sometidas al

régimen jurídico de la LGS. En sus líneas básicas están la exigencia de destinar los fondos a la finalidad expresada y no a otra, la necesidad de un control para verificar que así se haya hecho y la posibilidad de su reintegro en caso de incumplimiento. La determinación del régimen jurídico de las subvenciones que las diputaciones otorguen a los ayuntamientos, al margen del PUOSC, está expuesta con claridad por Fernández Farreres:²² por un lado expresa con claridad su carácter de subvenciones,²³ y por otro su régimen jurídico está formado por dos piezas fundamentales: la LGS como norma básica²⁴ y la correspondiente ordenanza que las establezca como norma específica.²⁵ No les alcanza lo previsto en la Disposición adicional 8.ª LGS, aplicable al PUOSC, por la cual la LGS es para este solo normativa supletoria.

7.2.2. Las subvenciones y el derecho a la autonomía

La ayuda financiera prestada por las diputaciones no es incondicionada, sino condicionada, pues se da con unas finalidades específicas. La financiación condicionada presenta ventajas e inconvenientes que se pueden sintetizar del siguiente modo:

- a) Permite a los entes receptores mantener la competencia sobre la materia, evitando innecesarias concentraciones de funciones.
- b) Evita que los entes receptores tengan que exigir y aumentar tributos propios cuya elevación se juzgue inconveniente.

19. SESMA SÁNCHEZ, B., *Las subvenciones...*, op. cit., p. 462 y 464.

20. Artículo 2.1 LGS:

"Se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

"a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.

"b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

"c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública".

21. Figura también muy utilizada en ordenamientos extranjeros. Como ejemplo puede consultarse el recurso financiero empleado en Francia a favor de los municipios denominado *dotation globale de fonctionnement*. Cfr. GIRAULT, C., *Les relations financières de l'État et des collectivités locales: mode d'emploi*, Berger-Levrault, París, 1993, p. 49 a 75.

22. Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, "La aplicabilidad...", op. cit.

23. "(...) las aportaciones dinerarias de las diputaciones provinciales a las inversiones de las entidades locales, como instrumentos de cooperación a los municipios, son calificables como subvenciones a los efectos de la Ley general de subvenciones (...)" Cfr. *ibidem*.

24. "Tales subvenciones no pueden desvincularse de las exigencias que con el carácter de normas básicas establece la Ley general de subvenciones (...)" Cfr. *ibidem*.

25. "(...) las diputaciones provinciales, mediante la correspondiente ordenanza general o específica, pueden establecer la normativa específica reguladora de esas subvenciones que, a favor de las inversiones locales, otorguen al margen de los planes provinciales". Cfr. *ibidem*.

- c) Permite que en las áreas menos desarrolladas se alcancen niveles de vida razonables, sin tener que oprimir fiscalmente a los particulares.
- d) Presenta como peligro una disminución de la autonomía de los entes receptores.
- e) También puede disminuir la responsabilidad de la autoridad receptora y ser causa de despilfarro (pero esto podría ocurrir con cualquier transferencia y con las condicionadas en menor medida, pues están sujetas a mayor control).

Más en concreto ha de plantearse el problema de la convivencia entre la actividad subvencionadora por parte de las diputaciones y la autonomía local de los municipios. Es decir, que las competencias de que goza un ente local en virtud de su autonomía no pueden ser invadidas por parte de otro ente público que le conceda subvenciones a través de los requisitos o condiciones asociadas a su otorgamiento. En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional, sintetizada en la STC 13/1992 y también recopilada en la STC 128/1999, FJ 7 b), es la siguiente: "El poder de gasto del Estado no puede concretarse y ejercerse al margen del sistema constitucional de distribución de competencias, pues no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado. La subvención no es un concepto que delimite competencias (SSTC 29/1982 y 179/1985), ni el solo hecho de financiar puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda competencia sobre los variados aspectos a que puede dar lugar la actividad de financiación (SSTC 39/1982, 144/1985, 179/1985 y 146/1986), al no ser la facultad de gasto público en manos del Estado título competencial autonómico (STC 13/1992, FJ 4)". En este punto las diputaciones, al convocar y otorgar subvenciones, han de respetar, por un lado, las competencias sobre régimen local, que en Cataluña están asumidas por la Generalitat, y por otro lado las competencias de los ayuntamientos subvencionados.

En cuanto al respeto a las competencias de la Generalitat, cabe recordar el caso resuelto por la STC 159/2011. La Generalitat alegaba que las subvenciones estatales en apoyo a los proyectos singulares de desarrollo local y urbano debían remitirse a la Generalitat para que esta las gestionase, en aplicación de la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional relativa a las subvenciones: dado que la Generalitat tiene la competencia exclusiva sobre régimen local,²⁶ esta competencia no puede ser invadida por el Estado a través de la actividad subvencional. El Tribunal Constitucional admite en este caso que los fondos han de ser repartidos entre las comunidades autónomas para que estas los gestionen de acuerdo con las normas básicas establecidas por el Estado, porque los proyectos tienen una referencia territorial explícita de carácter intraautonómico. Pero subraya que en Cataluña no resulta obligado que se integren en el PUOSC.²⁷ Pues bien, en el caso de las subvenciones otorgadas por las diputaciones catalanas, aquellas que puedan quedar al margen del PUOSC (según los criterios vistos en páginas precedentes) tampoco han de ser libradas a la Generalitat, pues no es relevante el carácter intraautonómico, dado que se reparten en un territorio inferior, precisamente el coincidente con el ámbito territorial de la Diputación.

En nada se opone a esta conclusión el que la Generalitat tenga la competencia normativa en materia de régimen local, pues esto no quiere decir que pueda sustituir la actuación de los entes locales. El ejercicio de la competencia normativa no puede ser el canal por el que una Administración absorba el ejercicio de la competencia material de otra Administración, pues una cosa es la competencia para la regulación del servicio y otra cosa muy distinta es la prestación material del servicio. La confusión entre la regulación de una materia y su gestión, produciría una especie de bucle jurídico en virtud del cual la competencia de regulación de una

26. STC 159/2011, FJ 7: "En esta materia [régimen local] el Estado tiene atribuido el establecimiento de la normativa básica (art. 149.1.18 CE) y la Comunidad Autónoma de Cataluña la competencia exclusiva (art. 160 EAC 2006), competencia que, según hemos advertido, se enuncia con tal alcance 'de manera impropia y no impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1.18 CE (en los términos ya expuestos en los fundamentos jurídicos 60 y 64)' (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 100)".

27. STC 159/2011, FJ 7: "En todo caso, importa dejar sentado que la remisión a la Generalitat de los fondos que le correspondan en absoluto puede suponer, de acuerdo con lo señalado en el fundamento jurídico 6, la integración de dichos fondos en el Plan único de obras y servicios de Cataluña y su tramitación de acuerdo a la normativa específica de este, sino que, por el contrario, han de tramitarse de acuerdo con los principios generales y criterios establecidos en el art. 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, que regula las subvenciones estatales gestionadas por las comunidades autónomas y, en concreto, según su apartado 2".

materia que gestiona otra Administración supondría de hecho la privación de la gestión a esta Administración, y el vaciamiento de sus competencias ejecutivas. Así, por ejemplo, en virtud de su competencia sobre el régimen local, la Generalitat puede regular los mercados locales, pero ello no implica que tenga asumida directamente la gestión de los mercados municipales.

En cuanto al respeto de las competencias de los ayuntamientos subvencionados, es oportuno traer a colación la doctrina constitucional emitida en esta materia. Fue expresada, por ejemplo, con ocasión de la necesidad de ponderación entre la reserva de ley tributaria, establecida en el artículo 31.3 CE,²⁸ y la capacidad de los municipios de regular sus tributos en virtud de la autonomía local (que no podrá hacerse por ley, pues los ayuntamientos no tienen potestad de emanar leyes). La STC 19/1987 (FJ 4) relativiza la exigencia de la reserva de ley y armoniza ambos principios (reserva de ley y autonomía): “El sentido que hay que reconocer en la reserva introducida por el art. 31.1 de la Constitución no puede entenderse, sin embargo, desligado de las condiciones propias al sistema de autonomías territoriales que la Constitución consagra (art. 137) y específicamente –en el presente proceso– de la garantía constitucional de la autonomía de los municipios (art. 140). (...) Es claro, en suma, que, si bien respecto de los tributos propios de los municipios esta reserva no deberá extenderse hasta un punto tal en el que se prive a los mismos de cualquier intervención en la ordenación del tributo o en su exigencia para el propio ámbito territorial, tampoco podrá el legislador abdicar de toda regulación directa en el ámbito parcial que así le reserva la Constitución”. Se puede extraer como conclusión que las diputaciones pueden ejercer su competencia subvencionadora, con el establecimiento de requisitos y exigencias inherentes a ella, pero sin anular totalmente la capacidad de decisión de los ayuntamientos sobre las actividades subvencionadas que sean de su propia competencia.

8. Tutela financiera de los ayuntamientos

Llegados a este punto del trabajo cabe suscitar una última cuestión. Se trata de evaluar la posibilidad de ligar, al

disfrute de subvenciones por parte de los ayuntamientos, alguna carga o condición que les impongan las diputaciones al hilo del otorgamiento de las subvenciones. Es decir, tratando de ver con una perspectiva amplia la situación financiera de los municipios, sí cabe la posibilidad de que la Diputación les ofrezca una subvención, que les permita salir de una situación de necesidad financiera, pero imponiéndoles, como requisito para la concesión, alguna condición encaminada a que esta situación mejore en el futuro: ya sea de reducción del gasto futuro o de la deuda asumida o del déficit presupuestario, ya sea de la adopción de decisiones para el incremento de los ingresos. En concreto cabe preguntarse si las diputaciones pueden imponer este tipo de condiciones.

No cabe duda de que el establecimiento de condiciones como las mencionadas se enmarca en la existencia de unas funciones de tutela o control por parte de una Administración sobre otra. La tutela administrativa puede definirse, siguiendo a Arias Abellán, como el “conjunto de potestades en virtud de las cuales un ente público puede y debe constatar la adecuación de la actividad de otro ente público a unas reglas determinadas”.²⁹ Puede hablarse de tutela financiera si el control versa sobre el ejercicio de la actividad financiera. A la existencia de una tutela financiera sobre los ayuntamientos parece contraponerse el derecho a la autonomía que les garantiza el artículo 137 CE. No obstante, el Tribunal Constitucional ha señalado que la autonomía es un poder limitado y que cabe ejercer sobre el ente autónomo funciones de control o tutela, pero “los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los propios de la entidad, sean del Municipio, la Provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado”.³⁰ Por tanto, se ha de afirmar la competencia de la Administración que ejerce la tutela sobre el interés salvaguardado con su ejercicio. Después se concretará el órgano y el procedimiento para la práctica de la tutela.

De modo general, en el ámbito de Cataluña, el artículo 218.5 EAC establece la titularidad de la tutela financiera sobre los entes locales a favor de la Generalitat: “Corresponde a la Generalitat el ejercicio de la tu-

28. “Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público mediante ley”.

29. Cfr. ARIAS ABELLÁN, M. D., “La tutela financiera de los entes locales”, en FERREIRO LAPATZA, J. J. (dir.), *Tratado de Derecho financiero y tributario local*, Marcial Pons – Diputación de Barcelona, 1993, p. 78.

30. Cfr. STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3.º.

tela financiera sobre los Gobiernos locales, respetando la autonomía que les reconoce la Constitución". Los aspectos concretos que pueden ser objeto de tutela financiera se refieren al ingreso y al gasto público, con mayor incidencia sobre el segundo. Se pueden citar algunos supuestos como ejemplos más relevantes sobre esta materia en el ámbito municipal. Así, la autonomía financiera implica autonomía en el gasto, pero la decisión de gasto (adoptada mediante la correspondiente aprobación del presupuesto local) y la emisión de deuda pública están limitadas por las normas que regulan la estabilidad presupuestaria: el artículo 135 CE y el Real Decreto Legislativo 2/2007, texto refundido de la Ley general de estabilidad presupuestaria. Como medida concreta de ejecución de esta tutela se prevé la aprobación del Plan económico-financiero de reequilibrio en caso de que el ente local incurra en déficit excesivo. El Ayuntamiento ha de elaborar y presentar este Plan al órgano autonómico que ejerza la tutela financiera, según lo previsto en el artículo 22 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de estabilidad presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.

Otro punto en que se manifiesta la tutela financiera es en la fiscalización y control de las cuentas. En el caso de los entes locales, estos han de someter sus cuentas al Tribunal de Cuentas, como "supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público" (artículo 136.1 CE). En virtud de la competencia asumida por la Generalitat, los entes locales han de someter sus cuentas también a la Sindicatura de Cuentas, según señala el artículo 80 del EAC: "La Sindicatura de Cuentas es el órgano fiscalizador externo de las cuentas, de la gestión económica y del control de eficiencia de la Generalitat, de los entes locales y del resto del sector público de Cataluña".

En todo caso, la conclusión relevante que se puede extraer de los preceptos y las doctrinas examinadas es que las diputaciones no tienen competencias atribuidas de ejercicio de tutela financiera sobre los entes locales, sino que, en el caso de Cataluña, la ejerce la Generalitat. Por lo tanto no hay un título jurídico al que se pueda acoger la Diputación para la imposición de condiciones financieras a los ayuntamientos, por las subvenciones concedidas, salvo los que tengan directamente que ver con la actividad subvencionada o con la aplicación de los fondos.

9. Esbozo de plan de acción: medida de la necesidad financiera

En la parte final de este trabajo puede ensayarse un plan de acción de las diputaciones que deseen acudir en ayuda de los municipios que, en el contexto de la actual crisis económica, sufran dificultades que pongan en peligro su subsistencia. Conviene recordar que, junto a la concesión de ayudas financieras, pueden las diputaciones eventualmente otorgar ayudas no financieras, como así lo hacen de hecho. Este trabajo, que ha abordado el problema desde una perspectiva financiera, no ha desarrollado el tratamiento de este tipo de ayudas, pero cabe mencionar la posibilidad de emplear otras figuras, como la delegación de servicios por parte de un Ayuntamiento a favor de la Diputación o la encomienda de gestión. También se pueden explorar otras vías como la asunción de empleados municipales por parte de la Diputación. Incluso será oportuno, en la puesta en práctica de las ayudas, aplicar conjuntamente las financieras con las no financieras.

Por un lado, las diputaciones catalanas pueden conceder ayudas financieras a los ayuntamientos a través del PUOSC y ejercer su capacidad de decisión con ocasión de su participación en la elaboración del mismo.

En caso de que una Diputación catalana desee canalizar ayudas en primera persona, sin realizar su asignación a través del PUOSC, se ha visto la conveniencia de que se articulen bajo el título de proyectos singulares de desarrollo local. Ahora bien, si la necesidad del Ayuntamiento consiste en la falta de medios económicos para el pago de gastos corrientes, como los suministros (agua, electricidad, teléfono, material de oficina) o las nóminas de los empleados públicos, la Diputación también puede llegar a subvenir estas necesidades a través de los proyectos singulares de desarrollo local.

No se abordan en este trabajo otras medidas de apoyo financiero que son viables, pero pueden tener mayores dificultades de implantación, como la concesión de garantías o la cesión de deudas de los ayuntamientos a las diputaciones.

9.1. Planes singulares de desarrollo local

La actuación posible consistiría en identificar qué servicios, de los que ya realizan los ayuntamientos, pueden ser calificados de actividades de desarrollo local.

A través de la subvención de estas actividades la carga financiera se traslada a la Diputación e, incluso, se liberan recursos para que el Ayuntamiento atienda a otras necesidades igualmente básicas. La Diputación puede entonces realizar una convocatoria para subvencionarlas, incluyendo la financiación de gastos corrientes como los antes citados: nóminas de los empleados que ejerzan sus funciones en dichas actividades, o los gastos de mantenimiento y suministros de los inmuebles dedicados a las mismas.

Para determinar qué actuaciones pueden acogerse a este título de planes singulares de desarrollo local, puede consultarse la iniciativa comunitaria, dentro de los fondos estructurales de la Unión Europea, relativa a la regeneración económica y social de las ciudades y de los barrios en crisis con el fin de fomentar un desarrollo urbano sostenible (URBAN II), que contiene una lista, de carácter ilustrativo y no exhaustivo, de las medidas que pueden subvencionarse en este contexto.³¹

31. *Cfr.* Comunicación de la Comisión a los Estados miembros, DOCE C 141/8, de 19.5.2000. En el Anexo 1 incluye la lista que se reproduce a continuación:

1. Utilización mixta y reurbanización de terrenos abandonados de modo compatible con el medio ambiente
 - Recuperación de solares abandonados y terrenos contaminados.
 - Rehabilitación de espacios públicos, incluidas las zonas verdes.
 - Renovación de edificios para acoger actividades económicas y sociales de modo sostenible y ecológicamente compatible.
 - Conservación y valorización del patrimonio histórico y cultural.
 - Aumento de la seguridad y prevención de la criminalidad; participación de los vecinos en la vigilancia urbana; mejora del alumbrado público; vigilancia mediante circuito cerrado de televisión. No podrán beneficiarse de ayuda las zonas de acceso exclusivo.
 - Formación de personal.
2. Empresariado y pactos en favor del empleo
 - Apoyo a la actividad empresarial, al comercio, las cooperativas, mutuas y servicios para pequeñas y medianas empresas (PYME); creación de centros de negocios y de mecanismos para la transferencia de tecnologías.
 - Colaboraciones entre el sector público y el sector privado, en particular para gestionar los programas de desarrollo económico integrado y fomentar la conciencia ecológica en la actividad empresarial.
 - Creación de una mancomunidad de gestión y consultores de mercadotecnia; asesoramiento personalizado a empresarios; asesoramiento a personas que empiezan un negocio.
 - Formación en nuevas tecnologías, por ejemplo, producción informatizada para tecnologías comerciales o respetuosas con el medio ambiente.
 - Apoyo a proyectos generadores de puestos de trabajo a nivel local.
 - Instauración de servicios culturales, de ocio o deportivos que contribuyan a la creación de empleos estables y a la cohesión social.
 - Conservación y difusión de la cultura.
 - Instauración de servicios de guardería.
 - Instauración de servicios de asistencia sanitaria alternativa y otros servicios, en particular para ancianos y niños.
 - Asesoramiento sobre seguridad y protección contra la delincuencia.
3. Integración de marginados y acceso a los servicios básicos
 - Asesoramiento, planes de formación y formación lingüística personalizados, orientados particularmente a las necesidades específicas de las minorías.
 - Unidades móviles de asesoramiento sobre empleo y formación.
 - Planes de experiencia laboral sobre proyectos locales de rehabilitación.
 - Mejora de los servicios sanitarios; centros de rehabilitación de drogadictos.
 - Inversiones en servicios educativos y sanitarios (incluidos los centros de rehabilitación de drogadictos) a una escala adecuada para el desarrollo y el empleo locales.
 - Fomento de planes de educación y formación integrada y personalizada para la reinserción de colectivos desfavorecidos y marginados.
 - Enlace del transporte público con los puntos de concentración laboral y educativa dentro y fuera de la zona.
4. Integración de transporte público y comunicaciones
 - Reorganización de los sistemas de transporte, incluyendo la introducción del cobro por el uso de las vías urbanas, creación de zonas sin tráfico rodado, sistemas de control de tráfico inteligente y aparcamientos disuasorios.
 - Introducción de un transporte público integrado.
 - Mejora de la seguridad del transporte público.
 - Servicios de información, reservas y pagos por ordenador para viajeros.
 - Vehículos de transporte público de bajo consumo energético.
 - Caminos y paseos en zonas verdes seguros y atractivos para peatones y ciclistas.
 - Formación de personal.

9.2. Índice de necesidad financiera

Para determinar qué ayuntamientos pueden recibir financiación por esta vía, y en qué cuantía, se propone la utilización de un índice de necesidad financiera. Este índice de necesidad puede ser construido en función de diferentes parámetros, pero se propone utilizar aquellos que revelen una alteración significativa e inopinada sea de los ingresos o sea de los gastos. Como principales se enuncian los siguientes:

- a) Porcentaje de descenso de ingresos globales en el ejercicio presente con respecto a ejercicios anteriores.
- b) Porcentaje de descenso de recaudación per cápita (será similar al anterior pero tiene en cuenta las variaciones de población).
- c) Cifra absoluta mínima de recaudación per cápita, que actúe como umbral por debajo del cual habría derecho a subvención.
- d) Evolución del porcentaje del déficit presupuestario o de la cifra de déficit presupuestario per cápita en varios ejercicios.
- e) Evolución de alguna partida significativa del gasto no suuario, como elevación de los intereses de la deuda municipal.

Así, en la convocatoria de la subvención se pueden indicar cifras que constituyan el umbral para recibir la ayuda. Los municipios que arrojen datos inferiores a los establecidos pueden solicitar la ayuda y el montante total de la subvención se repartiría entre los ayuntamientos en función de este índice.

Conclusiones

1. El grave problema financiero que padecen actualmente los ayuntamientos puede dar lugar a la cesación de pagos y amenaza la subsistencia misma de las corporaciones. La solución podría inspirarse en las medidas adoptadas en el ámbito comunitario ante la crisis financiera y de deuda pública de algunos Estados. Pero la finalidad de la intervención de la UE es la estabilidad económica para proteger la moneda única; radicalmente diferente de la finalidad de las diputaciones, que es la de servir de soporte a los ayuntamientos. Además el Consejo de la UE tiene una amplísima legitimación en cuanto a las medidas concretas que puede imponer a cada Estado, que contrasta con el limitado campo de actuación de las diputaciones.

-
5. Reducción y tratamiento de residuos; gestión eficiente del agua y reducción del ruido; reducción del consumo de energías a base de hidrocarburos
 - Fomento de la reducción de residuos, reciclado total, recogida y tratamiento selectivos.
 - Control de la calidad del aire y reducción de la contaminación acústica (planes de acción local).
 - Acciones para reducir el consumo de agua y fomentar el aprovechamiento del agua de lluvia y una gestión más eficaz de los recursos hídricos.
 - Fomento de la eficiencia energética y de la reducción del consumo.
 - Fomento de las fuentes de energía renovables.
 - Formación en gestión y protección medioambiental.
 6. Desarrollo del potencial de las tecnologías de la sociedad de la información
 - Formación y equipamiento para apoyar el teletrabajo y la utilización de Internet y otras aplicaciones telemáticas.
 - Fomento del acceso y uso efectivo de los servicios telemáticos destinados a los ciudadanos.
 - Sistemas de información para la gestión de los recursos humanos y las oportunidades de empleo.
 - Apoyo al uso de las tecnologías de la información y comunicación con fines de formación, empleabilidad, educación y cultura.
 - Desarrollo de servicios de interés público, sobre todo en los ámbitos de la educación y formación, asistencia sanitaria, información sobre medio ambiente y apoyo a las PYME, en particular para el comercio electrónico y los servicios de proximidad.
 - Apoyo a las autoridades locales para la transferencia de conocimientos específicos y tecnológicos adquiridos con las experiencias realizadas en las ciudades de la Comunidad Europea.
 7. Mejoras en el gobierno urbano
 - Estudios y peritajes sobre la reorganización y mejora de los servicios públicos.
 - Fomento de las estructuras de gestión urbana nuevas y modernas; formación de personal.
 - Introducción de indicadores sobre la sostenibilidad local, seguimiento de sus aplicaciones y posibles mejoras.
 - Campañas de información (también con vistas a reducir la estigmatización), medidas para mejorar el acceso a la información, también en materia de medio ambiente, y participación de los ciudadanos en los procesos de decisión.
 - Intercambios de experiencias y buenas prácticas, así como desarrollo de la base de datos comunitaria sobre buenas prácticas en la gestión y sostenibilidad de las ciudades.

2. Para la cooperación con los ayuntamientos, las diputaciones pueden emplear el Plan provincial de obras y servicios y otros instrumentos, como planes de subvenciones y otras fórmulas de asistencia y cooperación. En Cataluña la Generalitat aprueba un Plan único de obras y servicios para su territorio, elaborado con la participación de las diputaciones.
3. El Estado y las comunidades autónomas pueden limitar el ámbito de poder de los entes locales, pero la actuación cooperadora de las diputaciones hacia los municipios y la existencia de una verdadera capacidad decisoria propia del ente local son mínimos indispensables de la autonomía de las diputaciones provinciales.
4. El Tribunal Constitucional reconoce la constitucionalidad del sistema catalán a través del Plan único de obras y servicios (PUOSC), si bien manteniendo la posibilidad de que las diputaciones provinciales doten separadamente otros instrumentos de cooperación que sirvan a objetos distintos.
5. El ámbito material del PUOSC viene dado por las normas básicas (LBRL) que regulan el Plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal (artículo 36.2 a) a los efectos de la coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada (artículo 36.1 a) en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal (31.2 a) y la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.
6. Los fondos destinados al PUOSC, tanto los que tengan origen estatal como los aportados por las diputaciones catalanas, deben ser librados y gestionados por la Generalitat.
7. Otros medios de financiación a los entes locales, con finalidades diferentes a las señaladas en la conclusión 5, pueden otorgarse al margen del PUOSC.
8. La ayuda financiera de las diputaciones catalanas a los ayuntamientos puede realizarse por dos vías:
 - a) Cuando se encuentren integradas en el PUOSC, a través de su participación en la elaboración del mismo, que corresponde a la Generalitat.
 - b) De modo directo, e independiente de la Generalitat, cuando se trate de ayudas que puedan ser canalizadas al margen del PUOSC.
9. Cualquier Plan de las diputaciones catalanas en apoyo a los municipios, para que sea gestionado fuera del PUOSC y sin librar los fondos a la Generalitat, debería poder acogerse al título de “proyecto singular de desarrollo local y urbano”, o bien ser una actuación cofinanciadora de un Plan de la Unión Europea. De esta manera podría gozar del respaldo expresado por el Tribunal Constitucional en la STC 159/2011.
10. En las normas que regulan el gasto público, el término transferencia se usa para referirse a cualquier entrega de dinero que realiza una Administración a otro sujeto. Las dotaciones que un ente público recibe de otro cumplen el concepto de subvención definido en la LGS, y quedan sometidas a su régimen jurídico, si reúnen los siguientes requisitos: que la entrega se realice sin contraprestación, esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo y tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social.
11. Las diputaciones pueden ejercer su competencia subvencionadora sin anular totalmente la capacidad de decisión de los ayuntamientos sobre las actividades subvencionadas que sean de su propia competencia.
12. Por la carencia de competencias de tutela financiera de las diputaciones sobre los ayuntamientos, no hay un título jurídico al que se pueda acoger la Diputación para la imposición de condiciones financieras a los ayuntamientos, por las subvenciones concedidas, salvo los que tengan directamente que ver con la actividad subvencionada o con la aplicación de los fondos.
13. Al margen de las ayudas que canalice a través del PUOSC, la Diputación puede llegar a subvenir, a través de los proyectos singulares de desarrollo local, la falta de medios económicos de ayuntamientos para el pago de gastos corrientes: suministros (agua, electricidad, teléfono, material de oficina) o nóminas de los empleados públicos.
14. El proyecto singular de desarrollo local consistiría en identificar qué servicios, de los que ya realizan los ayuntamientos, pueden ser ca-

lificados de actividades de desarrollo local. La Diputación realizaría una convocatoria para subvencionarlos.

15. Para determinar el derecho a la subvención y su cuantía se propone la utilización de un índice de necesidad financiera, elaborado a partir de la consideración de datos de ingreso o gasto de los ayuntamientos.

Bibliografía

- APARICIO PÉREZ, A., "Financiación de las comunidades autónomas. Corresponsabilidad fiscal. Perspectivas futuras de financiación", *Revista Jurídica de Asturias* (RJA), núm. 19, 1995.
- ARIAS ABELLÁN, M. D., "La tutela financiera de los entes locales", en FERREIRO LAPATZA, J. J. (dir.), *Tratado de Derecho financiero y tributario local*, Marcial Pons – Diputación de Barcelona, 1993.
- CASTELLS, A., FRIGOLA, R., *Las subvenciones en la financiación de los municipios: análisis, experiencia comparada y propuestas para el caso español*, La Paeria, Ayuntamiento de Lleida, 1986.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., "La aplicabilidad de la Ley general de subvenciones a las entidades locales y, en particular, a las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5, junio de 2004.
- GIRAULT, C., *Les relations financières de l'État et les collectivités locales: mode d'emploi*, Berger-Levrault, París, 1993.
- LOZANO SERRANO, C., *Las subvenciones del Estado a los municipios*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.
- REQUERO, J. L., "Nota sobre la nueva Ley general de subvenciones", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5, junio de 2004, p. 34 a 49.
- SESMA SÁNCHEZ, B., *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998. ■

Reformas en la legislación de régimen local en Alemania en el contexto de la crisis económica¹

Julia Ortega Bernardo

Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo (acreditada como profesora titular)
de la Universidad Autónoma de Madrid

1. **El reflejo de la crisis financiera y económica en la estructura de la planta local y en la distribución de competencias entre las diferentes organizaciones que componen el régimen local alemán**
 - 1.1. Elementos esenciales de la estructura de la planta de los Gobiernos locales y de la distribución de competencias locales en el sistema alemán
 - 1.2. Presupuestos constitucionales de la integración del régimen local en los *Länder*
 - 1.3. Los procesos de reforma territorial centrados en las estructuras organizativas supramunicipales, en los *Kreise* (*Kreisgebietsreform*)
2. **El impacto de la crisis en la asignación de competencias a los entes locales y su ejercicio: el “principio de conexión” (*Konnexitätsprinzipien*) y las medidas sobre financiación y equilibrio presupuestario**
3. **La influencia de la crisis en el ejercicio de la actividad empresarial por parte de los municipios**

Resumen

La crisis financiera y económica internacional ha dejado sentir sus efectos sobre el nivel de Gobierno y Administración local en Alemania. Como consecuencia de la misma, se han producido en algunos *Länder* importantes reformas en la estructura territorial local. Especialmente significativo en este sentido ha sido el proceso que ha tenido lugar en el *Land* de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, en donde la legislación que ha realizado la reforma ha sido enjuiciada –en dos ocasiones– por el Tribunal Constitucional del *Land*. Asimismo se analiza el impacto de la crisis sobre la atribución de competencias locales y su ejercicio, en especial sobre la aplicación del principio de conexión. Por último, también se hace referencia a la influencia de la actual situación económica sobre el ejercicio de la actividad empresarial por parte de los municipios alemanes.

Palabras clave: Gobierno y Administración local; reforma de la estructura territorial local; competencias locales; principio de conexión; actividad empresarial de los municipios.

Abstract

The financial and economic international crisis has influenced in the level of Government and local Administration in Germany. As a consequence, relevant reforms in the territorial local structure have taken place in some Länder. Of special significance it has been the process that has been carried out in the Land de Mecklenburg-Vorpommern. There, the legislation that has made up the reform has been judged –in two occasions– by the Land Constitutional Court. Likewise the impact of the crisis is analyzed on the attribution of local competences and his exercise, especially on the application of the principle of connection. Finally, a reference to the influence of the current economic situation on the exercise of the business activity of the German municipalities is also included.

Keywords: Government and local Administration; reform of the territorial local structure; local competences; principle of connection; business activity of the municipalities.

1. Este texto se ofrece como versión escrita de la Ponencia del mismo título con la que la autora participó en el Seminario: *Perspectivas de reforma del régimen local en España y en Europa*, celebrado el 18 de noviembre de 2011 en el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en el marco del Proyecto de

1. El reflejo de la crisis financiera y económica en la estructura de la planta local y en la distribución de competencias entre las diferentes organizaciones que componen el régimen local alemán

La crisis financiera y económica internacional ha dejado sentir sus efectos sobre el nivel de Gobierno y Administración local en Alemania. Según los datos de la Oficina Estadística Federal, se estima que la diferencia entre ingresos y gastos en el año 2010 alcanza en los presupuestos municipales –excluyendo a las ciudades estado de Berlín, Bremen y Hamburgo– un déficit de 7.700 millones de euros.²

La crisis económica es, sin duda, una de las causas de que se hayan producido a día de hoy determinadas modificaciones en el nivel supramunicipal de la planta local alemana y que se haya abierto un debate a ese respecto. Las medidas que se han intentado adoptar en esta dirección no consisten en utilizar las fusiones de municipios como medio de mejorar la eficacia en la gestión y ejecución de las competencias locales. Los actuales desafíos planteados por los problemas de la eficacia y suficiencia financiera en la gestión municipal se han intentado resolver, en aquellos casos en los que se ha acudido a reformas territoriales, por medio de articular procesos en los que lo que se persigue son modificaciones de la planta supramunicipal o bien un fomento de las fórmulas de cooperación regional.

Antes de aludir a las presumibles razones de por qué la crisis económica y financiera no ha provocado en Alemania que se haya generalizado una reflexión en relación con la supresión de municipios, ni con respecto a las competencias sobre las que, con carácter general, estos deban responsabilizarse, y sí ha tenido lugar, por el contrario, en relación con las estructuras organizativas básicas del nivel supramunicipal –tanto en el plano de la discusión teórica como en el estrictamente empírico–, con cambios reales que han afectado al redimensionamiento y consecuente reducción del número de comarcas o condados (como se prefiera traducir a los *Kreise*),

en definitiva, de las organizaciones locales formadas por agrupaciones de municipios dotadas de legitimidad democrática directa, se hará referencia a cuáles resultan ser los elementos básicos de la estructura territorial local, y a la distribución de competencias entre las distintas entidades locales en este Estado europeo.

La referencia a los elementos esenciales de la estructura territorial local y al esquema básico de articulación de competencias locales, permite además explicar por qué los cambios que recientemente ha sufrido la planta local en Alemania no se han extendido por todo el territorio de la República, aunque hayan tenido repercusión en toda la Federación. Esto no se debe a ninguna causalidad. Hay que partir de un dato muy relevante en relación con el Derecho local en la República Federal de Alemania: los artífices de cualquier proceso de reforma de la estructura territorial local son los *Länder*. Es a ellos a quienes, en el marco de las previsiones constitucionales, corresponde la competencia de configuración de la planta local y de asignación de competencias entre los distintos niveles de Gobierno y Administración locales.³ Esta competencia les permite un gran margen de decisión, aunque siempre dentro de ciertos límites, fijados constitucionalmente, que garantizan en todo caso un espacio y una virtualidad característicos al poder local.

Para explicar el actual estado de cosas y entender cuáles son los factores y las razones que están detrás de las soluciones que se han intentado adoptar, hay que tomar en consideración, por tanto, tres datos jurídico-normativos muy relevantes. En primer lugar, el dato de que la estructura de la planta local en Alemania resulta ser producto de un proceso (prácticamente) culminado desde hace décadas de fusiones municipales. En segundo, que el régimen local sea, como ya se ha expuesto, competencia exclusiva de los *Länder*. Y por último, y sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que existen ciertos presupuestos constitucionales que limitan el alcance de las decisiones de los *Länder* sobre los Gobiernos y Administraciones locales.

investigación Santander-UCM (GR35/10-B) y del Proyecto I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2009-13764), integrados en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense: “Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa”, dirigido por el profesor Luis Cosculluela Montaner.

2. Según los datos de la Oficina Estadística Federal, *Pressemitteliung* Nr. 116 de 22.3.2011, accesible desde www.destatis.de, “*Pressemitteliungen*”, “März 2011”.

3. Sobre esta competencia, *vid.* MARCOS FERNÁNDEZ, A. DE, en VELASCO CABALLERO, F. (dir.), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2010, p. 49 y ss.

1.1. Elementos esenciales de la estructura de la planta de los Gobiernos locales y de la distribución de competencias locales en el sistema alemán

En la actualidad la República Federal de Alemania se encuentra dividida territorialmente en un gran número de entidades locales (*Kommunen*): un total de 12.241, entre las que hay que distinguir 12.125 municipios (*Gemeinden*), pequeños y medianos, integrados en el territorio de una de las 307 comarcas (*Kreise*) existentes,⁴ y ciudades que no están integradas en una comarca –o ciudades libres de *Kreis* (*Kreisfreie Städte*), determinadas en función de criterios demográficos o de capacidad de gestión establecidos por la respectiva legislación de régimen local de cada *Land*–, que alcanzan el número aproximado de 110. En el plano competencial esto se traduce en que mientras que las ciudades que no están dentro de una comarca ejercen todas las competencias locales, los municipios incluidos en ellas reparten sus competencias con el nivel comarcal de Gobierno y Administración.⁵

El hecho de que no se haya puesto en marcha ninguna reforma de las estructuras y organizaciones territoriales del poder municipal, podría presumiblemente explicarse por la adecuación de la planta territorial alemana a los retos que plantea la situación actual: a que una gran parte de las competencias locales sea ejercida por un nivel intermedio de Gobierno, que cuenta con una mayor capacidad de gestión y financiera, como es el de los *Kreise*, cuya autonomía local se encuentra, como la municipal, garantizada en la Constitución federal, aunque no con el mismo alcance, y que están asimismo dotados de un Gobierno democrático, garantizado tanto por la Constitución federal como por las Constituciones de los *Länder*.

No obstante, que en la actualidad no exista un debate abierto sobre la reforma de la planta municipal puede presumiblemente también obedecer a razones históricas. A que el proceso de reducción del número de municipios, por medio de su fusión, hubiera tenido lugar desde hace décadas. Mientras que en los antiguos *Länder* este proceso se realizó entre 1967 y 1978 al compás de la modernización industrial y técnica,⁶ en los nuevos Estados federados la integración y fusión de municipios se desarrolló justo después de la reunificación alemana, en 1990. Anteriormente había en la antigua República Federal alrededor de 24.000 municipios, de los cuales 10.760 tenían menos de 5.000 habitantes. Con los procedimientos de fusiones e incorporaciones de los años 60-70 se llegó a reducir el número de municipios a un tercio (8.505). Resulta especialmente interesante el dato de que la modalidad y el alcance con que cada *Land* llevó a cabo la reforma fueran distintos.⁷

Otro de los motivos que explica con mucha probabilidad el actual estado de la reforma, es la mayor flexibilidad que el Derecho dispensa a la constitución de entes locales a nivel supramunicipal. Es claro que desde un punto de vista estrictamente jurídico-positivo, lo que podría justificar la ausencia de debate en torno a la reforma de los municipios como estructuras básicas organizativas del régimen local y de sus competencias, puede ser la gran flexibilidad que ha caracterizado al Derecho local alemán en lo relativo a la constitución de entes locales en un nivel supramunicipal. Esto ha permitido además, en la práctica, que la gestión de los asuntos locales se lleve a cabo por organizaciones que actúan en una escala mayor y más eficiente que la meramente municipal.⁸ Y no solo por lo que respecta a organizaciones que se constituyen como manifesta-

4. Los *Kreise* ocupan el 95% del territorio de Alemania y agrupan a más de 2/3 de su población.

5. BURGI, M., *Kommunalrecht*, C.H. Beck, Munich, 2006, p. 38-39.

6. Sobre las causas de estas reformas, vid. WALLERATH, M., "Steuerung des Wandels durch kommunale Gebiets- und Funktionalreformen", en *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 8, 2011, p. 290.

7. El relato de este proceso, en SCHMIDT-ASSMANN, E. y ROHL, H-C., "Kommunalrecht", en SCHMIDT-ASSMANN, E., *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., De Gruyter, Berlín, 2005, p. 19. En español, también puede consultarse a GRACIA RETORTILLO, R., "El nivel supramunicipal de Gobierno local en Alemania", en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 11, 2010, p. 83-141: Así, mientras que en unos Estados (Renania del Norte-Westfalia) se impuso un sistema intensivo de fusiones obligatorias, otros (Renania-Palatinado o Schleswig-Holstein) partieron de un modelo más flexible de fusiones voluntarias, que se intentó compensar con la constitución de agrupaciones de municipios adicionales y el fomento de las formas de cooperación intermunicipal. Los resultados de estas diferentes políticas sobre la planta municipal se perciben en la distinta demografía de los territorios municipales. Así, mientras que en Renania del Norte-Westfalia solo un 0,8% de los municipios (3 de los 396 existentes) tiene menos de 5.000 habitantes, en Renania-Palatinado y Schleswig-Holstein –para seguir con el ejemplo anterior– los municipios con menos de 1.000 habitantes superan con creces la mitad del total (69,6% y 64,3%, respectivamente).

8. Como en su momento expuso ORTEGA BERNARDO, J., en VELASCO CABALLERO, F. (dir.), *Gobiernos locales...*, op. cit., p. 106 y ss., existen en Alemania agrupaciones muy variadas de municipios. En el Derecho alemán local se engloban bajo este supraconcepto de asociaciones de municipios, o *Gemeindeverbände*, varios tipos de organizaciones supramunicipales que la doctrina

ción de la cooperación intermunicipal,⁹ la cual es vista hoy en día –aunque no siempre tenga por objeto el establecimiento de estructuras organizativas– como una herramienta fundamental en una situación financiera precaria como la que atraviesan los entes locales en Alemania, sino también por la flexibilidad y diversidad de formas jurídicas que se encuentran constituidas en este nivel supramunicipal de la Administración local.

Esta diversidad y multiplicidad de entes locales intermedios no puede, sin embargo, hacer perder de

vista que, a pesar de que no exista en Alemania uniformidad en cuanto a la estructura organizativa territorial, sí hay una cierta homogeneidad en las estructuras e instituciones básicas del régimen local, y en su nivel competencial.¹⁰ Todo esto se observa incluso aunque se haya producido una clara interiorización de los Gobiernos locales por los *Länder*, y aunque, por tanto, la regulación de su organización y funcionamiento, así como la asignación de competencias locales, se lleve a cabo, exclusivamente, desde una perspectiva hete-

agrupa en tres –con independencia de que su base asociativa esté compuesta por los municipios que la integran, o, por el contrario, sus miembros resulten ser simplemente los vecinos, y al margen de que se trate o no de corporaciones territoriales en todos los casos–: *Gesamtgemeinden* (asociación de municipios), *höhere Gemeindeverbände* (asociación de municipios de nivel supramunicipal-regional) y *Zweckverbände* (mancomunidades). En relación con estas últimas se cuestiona si se pueden en todos los casos considerar verdaderas *Gemeindeverbände* o asociaciones de municipios, en la medida en que en ocasiones se constituyen exclusivamente para garantizar el cumplimiento de singulares prestaciones o fines. La creación de las agrupaciones municipales se realiza en ocasiones por Ley, pero en otras se trata de una decisión que las leyes de los *Länder* atribuyen a los municipios y *Kreise* dentro del marco que ellas mismas determinan. Como regla general, cuando las agrupaciones o asociaciones municipales se constituyen como corporaciones de Derecho público, pueden actuar en régimen de Derecho público y ejercer potestades administrativas. Cuáles sean estas, y en qué ámbito material se ejerzan, son cuestiones que se determinan en el acto de su creación. Además de las organizaciones anteriormente descritas, existen entes supramunicipales de un nivel territorial inferior a ellas. En el caso alemán, en un escalón por debajo del *Kreis*, se encuentran diferentes organizaciones intermedias, a las que se conoce con diferente terminología como agrupación de municipios (*Verbandsgemeinden*), municipios-conjuntos (*Samtgemeinden*), o comunidades administrativas (*Verwaltungsgemeinschaften*). Son supuestos de entidades compuestas por municipios pequeños y colindantes de un mismo *Kreis*, cuya finalidad es la realización de tareas administrativas, el asesoramiento e, incluso, el ejercicio de determinadas competencias de aquellos. Se trata de tipos de municipios específicos en los que se produce la formación de un nuevo municipio (*Gesamtgemeinde*) a partir de municipios colindantes (*Ortsgemeinde*) de un mismo *Kreis*, sin que dicha formación suponga la desaparición de estos últimos. Se trata, por consiguiente, de verdaderos “municipios de municipios”, dotados de autonomía para la gestión de las competencias que se les atribuyen o trasladan –tanto por Ley del *Land* como por decisión de los municipios integrantes–, y cuyos órganos de Gobierno pueden resultar incluso producto de la elección directa de los ciudadanos. En todos los casos en los que se constituyen estos tipos de organizaciones autónomas se erige, en definitiva, una estructura local caracterizada por la existencia de varios niveles. No obstante, las previsiones normativas en cuanto a su forma de organización, denominación y constitución difieren en los diferentes *Bundesländer*. Así, en el caso de Renania-Palatinado y Baja Sajonia se trata de una organización local singular con una posición jurídica muy reforzada, entre otras cosas porque su órgano principal es elegido por los vecinos, mientras que en otros *Länder* se trata más bien de simples aunque poderosas mancomunidades municipales. El problema que surge en relación con todo este tipo de organizaciones supramunicipales es de carácter constitucional. En este sentido la cuestión se plantea en los términos de si la garantía de la autonomía municipal constitucionalmente reconocida (artículo 28 II GG) puede seguir sirviendo para proteger a los municipios integrantes de la comunidad municipal, y si las comunidades municipales solo son titulares de la garantía que la Constitución alemana dispensa a las asociaciones de municipios, cuando en realidad el peso de estas comunidades municipales es mucho mayor en la vida local que el de los municipios integrados en ellas. Adicionalmente, en Alemania concurre, por razones históricas, la existencia de un tercer escalón de la Administración local, constituido por una serie de entes, con variada denominación y estructura, que se encuentran situados en un nivel superior al del *Kreis*. Su ámbito territorial es, en efecto, el de varios *Kreise*. Aunque hay alguna excepción, no suelen ocupar la totalidad del territorio del *Land*. Se trata de entes con cierto condicionamiento histórico, que no están presentes en todos los *Länder*. Sus competencias se ejercen, fundamentalmente, en los campos social, cultural y sanitario (asistencia social de carácter supramunicipal y supracomarcal, mantenimiento de hospitales especializados, protección del patrimonio artístico, etc.).

9. BURGI, M., en “Cuestiones actuales del Derecho local alemán”, *Anuario de Derecho Municipal 2010*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 226-227, pone de manifiesto cómo la oportunidad y legalidad de una fórmula cooperativa se analizan en función de la existencia de una mejora del ejercicio de las competencias por parte de los municipios participantes –que tenían una deficitaria capacidad de gestión por separado– y del mantenimiento de un nivel razonable de capacidad de dirección en el ejercicio de las competencias. Esto último lo tienen en cuenta para que las fórmulas cooperativas no alejen la toma de decisiones de sus ciudadanos y de sus órganos representativos directos.

10. En todos los *Länder* alemanes se atribuyen de manera sustantiva a los *Kreise* competencias sobre asuntos que, por su naturaleza, son propios de las organizaciones supramunicipales, en la medida en que exceden claramente el actual núcleo duro de competencias municipales. Esta competencia resulta similar a la competencia legal atribuida a la provincia en España [artículo 36.1.c) LRBRL]. Las demás competencias que se atribuyen a los entes locales intermedios alemanes se traducen *grasso modo* en funciones de asistencia y cooperación municipal. Se trata también de funciones análogas a las que en el sistema español se reconocen genéricamente a la provincia por el artículo 36.b) LRBRL. Cada una de ellas tiene un régimen o unas características

rónoma, a través de las leyes de régimen local que aprueban los propios *Länder* (*Gemeindeordnungen*, *Kreiseordnungen*, *Kommunalordnungen*).¹¹

1.2. Presupuestos constitucionales de la integración del régimen local en los *Länder*

La interiorización del régimen local por los *Länder*, y, por consiguiente, la mayor heterogeneidad y multiplicidad de las organizaciones supramunicipales, parecen haber conducido a una mayor eficacia de los entes locales intermedios, situados entre los municipios y los Estados federados en Alemania. Se entiende así que los entes locales supramunicipales justifiquen en gran medida su existencia en la necesidad de que la ejecución de las tareas y servicios de las organizaciones locales satisfaga las exigencias derivadas del principio de eficacia, que rige el funcionamiento de las Administraciones Públicas. Por ello, no es de extrañar que, aunque el Gobierno local hunda globalmente sus raíces en razones históricas, sociales, demográficas, y deba la preservación de su existencia actual a la garantía de la autonomía local, su nivel superior resulte ser un ámbito, por ello, más flexible, y heterogéneo.

Que ese poder de configuración sea de mayor alcance cuando tiene por objeto el nivel local intermedio que cuando se trata de la regulación de las competencias y del funcionamiento de los municipios (*Gemeinden*), se explica teniendo en cuenta, claro está, los presupuestos jurídico-constitucionales.

El primero del que habría que partir, como se ha expuesto ya, sería el de la posibilidad de que las organizaciones supramunicipales sean ampliamente configuradas por el legislador territorial, esto es, de cada *Land*. A ello hay que sumar que la Federación no puede atribuir directamente competencias a los entes locales.¹² Como es sabido, desde la Reforma constitucional de 2006, se ha suprimido incluso la competencia de la Federación para atribuir o transferir directamente competencias a los entes locales. De esta forma, a los Estados federados les corresponden las competencias legislativas y ejecutivas sobre el Derecho local (*Kommunalrecht*).¹³ En consecuencia, el diseño de la organización local, así como la determinación de las competencias locales en cada nivel de Gobierno local, dependen de la legislación de cada *Land*, y de su densidad normativa, y en absoluto de la Federación.

El alto grado de interiorización territorial-estatal de la Administración local no solo se manifiesta a través de

diferenciadas, pero para todas ellas rige la nota de que, en principio, se trata de tareas atribuidas al municipio, que por diferentes razones y bajo diversas condiciones pasan a ser ejercidas por el *Kreis*. Es el caso de las llamadas competencias complementarias (*ergänzende Aufgaben*), en las que la asistencia y cooperación parecen deberse, más que a cualquier otra causa, a la naturaleza del servicio que ha de ser objeto de prestación. También el de las competencias compensatorias (*ausgleichende Aufgaben*) y la competencia de la competencia (*Kompetenz-kompetenz*), que constituyen, al parecer, supuestos en los que la intervención de la organización supramunicipal se justifica más en la falta de capacidad de gestión o presupuestaria de los municipios. El último supuesto, el de asunción como competencia propia de una concreta competencia municipal, es análogo al previsto en el Derecho español, en el artículo 26.2 LRRL, cuando se regula el régimen de dispensa, o delegación de abajo a arriba de una competencia originariamente municipal, si se realiza voluntariamente a petición del municipio, o al régimen de la subrogación previsto en el artículo 60 LRRL, en caso de que no medie la voluntad municipal. Por otra parte, el *Kreis* carece de competencias en materia de planificación, programación y coordinación, que sí se atribuyen en el modelo de ejercicio de competencias español [artículo 36.1.a) y d) LRRL] a la provincia.

11. Se regula, como parte del Derecho local, por los *Länder*, a través de varios tipos de leyes: las leyes de régimen municipal (*Gemeindeordnungen*) y de régimen supramunicipal que regulan la asociación o agrupación de municipios conocida como *Kreis* (*Landkreisordnungen*) en la mayoría de los casos; en otros, en leyes sobre Gobierno y Administración que comprenden e integran los diferentes niveles locales (*Kommunalordnungen*). Al margen de estos tipos de leyes que se aprueban alternativamente, dependiendo del *Land* en cuestión, también hay que hacer referencia a las leyes, siempre de cada *Land*, que regulan la cooperación interadministrativa a nivel local (*Gesetze über kommunaler Zusammenarbeit*), y que afectan señaladamente al ejercicio de competencias de las organizaciones supramunicipales.

12. Con anterioridad existían competencias atribuidas a los municipios por leyes relevantes del *Bund*. Es el caso del Código Federal de Urbanismo (*Baugesetzbuch*), que regulaba tradicionalmente la intervención del municipio en la aprobación del planeamiento urbanístico; y el Código de las prestaciones públicas sociales (*Sozialgesetzbuch*), que regula prestaciones materiales de carácter social, en cuya realización también intervienen las entidades locales. Se citan ejemplos extraídos de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., "El régimen local de la República Federal Alemana antes y después de la reforma del federalismo de 2006", en COSCULLUELA MONTANER, L., CARBONELL PORRAS, E. (dir.), MEDINA ALCOZ, L. (coord.), *Reforma Estatutaria y Régimen Local*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 267.

13. No es un supuesto de competencia expresamente atribuida a la Federación, ni como exclusiva (artículos 71 y 73 GG) ni como concurrente (artículos 72 y 74 GG). Se configura entonces como una competencia de los Estados federados o *Länder* en virtud de la cláusula general de atribución del artículo 70.1 GG y la declaración general del artículo 30 GG.

dos datos fundamentales, como son el de que la regulación local sea competencia de los *Länder*; o que la garantía de la autonomía local prevista en la *Grundgesetz* se vea reforzada y aumentada en el nivel territorial, por las Constituciones y leyes de los respectivos *Länder*, sino también por el dato jurídico-normativo de que la relación entre el nivel local y el regional-estatal resulte muy intensa, hasta el punto de que la Administración supramunicipal, concretamente el *Kreis*, ejerce, con carácter ordinario, funciones como Administración del *Land*, como Administración delegada o desconcentrada de la organización estatal (*Aufgaben der unteren Verwaltungsbehörden*).¹⁴ Estas dos dimensiones, corporación local con el derecho a la autonomía constitucionalmente garantizado, y nivel inferior de la Administración desconcentrada del *Land*, configuran una doble naturaleza del *Kreis*. También en relación con los controles, como es conocido, se pone de manifiesto esta incorporación de las entidades locales supramunicipales a la estructura de cada *Land*. En términos generales, el alcance de la tutela que ejerce el *Land* puede ser muy intenso, dependiendo de la naturaleza de dichas competencias.

En segundo lugar, también resulta determinante para explicar la flexibilidad del régimen local alemán que el marco constitucional en relación con los entes locales supramunicipales resulte más abierto. La *Grundgesetz* se refiere a ellos con la categoría genérica de asociaciones de municipios (*Gemeindeverbände*).¹⁵ Como en el caso de España, en Alemania la Constitución consagra

un modelo dual de organizaciones territoriales locales dotadas de autonomía. En el supuesto de Alemania, el artículo 28.II de la Constitución alemana (*Grundgesetz, GG*) garantiza la autonomía a los municipios (*Gemeinde*) y a las agrupaciones de municipios (*Gemeindeverbände*), aunque, a diferencia de lo que ocurre en España con la provincia, tanto los municipios como las organizaciones de ámbito supramunicipal tienen legitimación democrática directa. El presupuesto relevante, que no se debe pasar por alto, y del que se puede derivar esa flexibilidad que caracteriza al legislador territorial configurador del régimen local alemán, es el de que la garantía de la autonomía local referida a las organizaciones supramunicipales no resulta del mismo alcance que cuando se predica de los entes municipales. Y esta concepción rige tanto con respecto a la autonomía local garantizada en la Constitución federal (artículo 28.2 GG), que sería una garantía de mínimos, como en la autonomía reforzada garantizada en las Constituciones de los *Länder*.¹⁶ En Alemania, siempre se ha interpretado que la vertiente objetiva de la autonomía local garantizada a los entes locales intermedios no se extiende a todos los asuntos de la comunidad local (*Allzuständigkeit*), sino a aquellos que determine el legislador (*gesetzliche Aufgabenbereich*). De este modo, las materias legalmente atribuidas a las organizaciones supramunicipales provienen con frecuencia de competencias originariamente ejercidas como propias por los municipios, que, con posterioridad, y debido a la evolución técnica,

14. Las funciones que el *Kreis* desarrolla, como Administración delegada –aunque cabría decir, con más propiedad, encomendada– del *Land* (*unter staatliche Verwaltungsbehörde*), se ejercen, en ocasiones, a través de la Asamblea, pero sobre todo, como regla general, por medio del presidente o consejero estatal (*Landrat*). ORTEGA BERNARDO, J., en VELASCO CABALLERO, F. (dir.), *Gobiernos locales...*, *op. cit.*, p. 112-113, §§ 187-188. En la mayoría de los *Länder*, las competencias encomendadas al *Kreis* se sujetan a la tutela de oportunidad e incluso a la tutela orgánica de la Administración del *Land* (*Fach und Dienstaufsicht der übergeordneten Staatsbehörden*), que es totalmente distinta y queda al margen de la tutela general (*Kommunalaufsicht*). El ejercicio de esta competencia delegada se realiza, por tanto, por cuenta ajena. De esta manera, la responsabilidad administrativa por daños derivados del ejercicio competencial (*Amtspflichtverletzung*) se exige ante el propio *Land* y no ante el *Kreis*. Esta transferencia de competencias se realiza en concepto de encomienda de gestión o préstamo de órganos (*Organleihe*). Suelen ser objeto de este tipo de delegación o encomienda de gestión las competencias relativas a los asuntos policiales (*Polizeiangelegenheiten*) y el control estatal sobre los municipios integrados en el *Kreis* (*Kommunalaufsicht über kreisangehörige Gemeinden*). Junto con estas, también se delegan otras muchas competencias, conforme a lo previsto en las leyes de organización de cada *Land* o en la legislación sectorial.

15. Como advierte GRACIA RETORTILLO, R., “El nivel supramunicipal...”, *op. cit.*, p. 83-141, la dificultad reside en determinar el alcance de la expresión “agrupación de municipios”, que puede referirse a más de un tipo de organización local, en el que, en todo caso, se encuentran los *Kreise*. También señala que la doctrina alemana suele convenir en que el sentido de dicha expresión no se refiere a toda corporación local de Derecho público que actúa territorialmente por encima del municipio, siendo su sentido mucho más restringido.

16. SCHMIDT-ASSMAN, E. y RÖHL, H.-C., *op. cit.*, p. 33-34, y las referencias allí contenidas. Buena parte de ellas (Baden-Württemberg, Brandeburgo, Hesse, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sarre, Schleswig-Holstein, Turingia) garantizan la autonomía a las “agrupaciones de municipios” en general (*Gemeindeverbände*), sin especificar qué tipos de entidades supramunicipales cabe incluir en ellas, trasladando, por tanto, la inicial indeterminación de la *Grundgesetz*. Solo en casos excepcionales, se explicita que dicha garantía se proyecta necesariamente sobre el *Kreis*, sea de forma exclusiva, sin nombrar a ninguna otra agrupación de municipios (Mecklemburgo-Pomerania Occidental), o incluso distinguiéndola de dicha categoría genérica (Baja Sajonia, Sajonia y Sajonia-Anhalt). También puede consultarse en castellano GRACIA RETORTILLO, R., *op. cit.*, p. 123.

social y económica, resultan ser objeto de transferencia a favor de los entes locales intermedios, al considerarse que se trata de asuntos que no pueden incluirse dentro de la competencia propia de los municipios, debido a que estos no constituyen ya la organización jurídico-pública que puede ejercerla de la forma más adecuada a los intereses de los vecinos.

La gran flexibilidad que caracteriza el Derecho local alemán en lo relativo a la constitución de entes locales en un nivel supramunicipal, es muy posible que permita en la práctica que la gestión de los asuntos locales se lleve a cabo por organizaciones que actúan en una escala mayor y más eficiente que la meramente municipal, y esto, sin duda, justifica que los intentos de reforma se dirijan en esta dirección, en la que no está en juego con la misma intensidad el papel de las identidades político-territoriales que cuando se trata de modificaciones del mapa municipal.

1.3. Los procesos de reforma territorial centrados en las estructuras organizativas supramunicipales, en los *Kreise* (*Kreisgebietsreform*)

Lo que en los últimos tiempos ha suscitado, por tanto, el debate sobre la reforma de la planta local, ha sido la configuración y el redimensionamiento de los *Kreise* y de las agrupaciones de municipios que se sitúan por encima de ellos, tanto desde el punto de vista territorial como funcional. En el contexto de creciente competitividad derivado de la globalización económica, y en atención al ámbito en que se desarrolla la política estructural europea, se apuesta por nuevas divisiones de ámbito regional (entre el *Land* y los *Kreise*) como el nivel idóneo en el que llevar a cabo funciones estratégicas como la planificación económica y territorial.

Estos procesos de reforma territorial están, además, inminentemente ligados a las reformas funcionales,¹⁷ e implican, en general, la descentralización de competencias de los *Länder* en los *Kreise* u otras agrupaciones de municipios superiores, y, en ocasiones, la transferencia de competencias de los municipios a aquellos,

fenómeno que se ha denominado como de relocalización o remunicipalización de las tareas públicas (*Rekommunalisierung staatlicher Aufgaben*).

Se trata de reformas que se proyectan sobre el nivel supramunicipal, y, más específicamente, sobre los *Kreise* y las agrupaciones municipales de ámbito territorial equivalente a ellos, esto es, las ciudades no integradas en ninguna comarca.

Después de Sajonia-Anhalt (2007) y Sajonia (2008), ha sido Mecklemburgo-Pomerania Occidental, en el este de Alemania, el tercer Estado federado en el que se ha llevado a cabo una nueva reforma de la estructura territorial. En concreto, la reforma territorial en este *Land* se ha producido a través de la aprobación de una nueva norma el 12 de julio de 2010, concretamente de la "Ley de creación de estructuras sostenibles en los *Kreise* de Mecklemburgo-Pomerania Occidental", que a su vez forma parte como artículo 1 de la Ley "sobre la reorganización de los *Kreise*". Esta Ley reduce el número de *Kreise*, que pasan a ser 6 en lugar de 12. De hecho, con la excepción de uno de ellos, todos los *Kreise* pasan a tener un tamaño más grande y completamente distinto al anterior. Asimismo, mantienen su estatus de *Kreisfreistädte* dos de las seis ciudades libres de *Kreis* (Rostock y Schwerin). Las otras cuatro ciudades independientes se convierten en ciudades integradas en un *Kreis*.

Resulta este un caso curioso y controvertido porque la reforma territorial llevada a cabo ha sido objeto de un proceso discutido y, por ello, dilatado en el tiempo. Primero tuvo lugar un intento de reforma, con la aprobación de una Ley en el año 2006, que fue anulada por sentencia del Tribunal Constitucional del *Land* de 26 de junio de 2007.¹⁸ Posteriormente se aprobó la citada Ley de reforma de julio de 2010, que ha sido, asimismo, objeto de un pronunciamiento por parte del mismo Tribunal, en sentencia de 18 de agosto de 2011. La Ley en cuestión había sido impugnada por 5 de los *Kreise* suprimidos y por 2 de las ciudades independientes que perdían su condición de tales.

En esta última sentencia el Tribunal ha dado luz verde a la reforma, en un veredicto muy discutido, con votos a favor de cuatro de los siete jueces. Los jueces

17. Sobre la imbricación de estas dos dimensiones, *vid.* WALLERATH, M., "Steuerung des Wandels durch kommunale Gebiets- und Funktionalreformen", en *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 8, 2011, p. 289 y ss.

18. La sentencia del Tribunal Constitucional de Mecklemburgo-Pomerania Occidental de 26 de julio de 2007 se pronunció ante los recursos constitucionales de varios *Kreise* y ciudades libres, así como ante un recurso de control abstracto de la norma interpuesto por 24 diputados, en el que se alegaba, en esencia, que la nueva estructura territorial resultaba incompatible con la Constitución del *Land*.

que no se han sumado al parecer de la mayoría han formulado un voto particular, en el que sostienen la inadmisibilidad de la solución legislativa adoptada, basándose fundamentalmente en el dato de que el legislador no ha podido tomar realmente en consideración las consecuencias que se puedan derivar del diseño de nuevas comarcas (*Kreise*) cuyas dimensiones territoriales resultan, en algunos casos, superiores a los 4.000 km². Para que la solución resultara aceptable hubiera sido necesario, a su juicio, que en la práctica se hubieran llevado a cabo ya con anterioridad experiencias similares en otros lugares o rincones de la República Federal, que pudieran corroborar los beneficios de un diseño territorial semejante.

En todo caso no hay que perder de vista que la finalidad que se persigue con esta reforma es adaptar la estructura territorial a la nueva situación demográfica, caracterizada por un descenso considerable del número de habitantes, y a las nuevas circunstancias de deterioro financiero y económico surgidas en el actual contexto de crisis. No es la primera modificación territorial que se ha llevado a cabo en este *Land*. Pero, como ha ocurrido en los otros *Länder*, las reformas territoriales de los años 90 no resultaban ya suficientes.¹⁹ En términos muy sintéticos, el dato de que la población resulte ser cada vez más escasa, implica claramente un aumento del gasto administrativo por habitante. Asimismo, y con el objetivo de hacer la Administración más eficiente, se persigue reactivar el proceso de descentralización. Algunas de las funciones del Estado deben ser, consecuentemente, transferidas a los nuevos *Kreise*, y al mismo tiempo se pretenden trasladar tareas de los *Kreise* a los municipios.

Además, si en un primer momento la reforma de 2006 se declaró inconstitucional fue fundamental-

mente porque, aunque se juzgó que el legislador había actuado exclusivamente con el objetivo de realizar una distribución razonable de las funciones públicas, la Ley –se trataba de la Ley de modernización de la Administración del *Land* de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, de 23 de mayo de 2006, que pretendía sustituir los doce *Kreise* existentes por cinco de mayor tamaño, en los que también se integraban las seis ciudades libres de *Kreis*, que desaparecían, por tanto, como tales– no había tomado en consideración, al menos con la intensidad suficiente, la autonomía garantizada constitucionalmente. En concreto se objetó frente a la decisión del legislador que este no había barajado alternativas menos restrictivas para la autonomía, y, sobre todo, que no había tenido en cuenta el peso de esta garantía durante el procedimiento legislativo. En términos generales, la sentencia del Tribunal Constitucional del *Land* del año 2007 que anuló la división entonces propuesta, declaraba que el respeto al interés general, al que se debe cualquier reforma territorial, implica valorar todas las alternativas posibles que sean menos gravosas para la autonomía local, y hace primar la dimensión democrática (*bürgerschaftlich-demokratisches Element*) sobre cualquier otro tipo de consideraciones de eficacia o racionalización administrativas.

Esta primera decisión del Tribunal Constitucional del *Land* anulando la reforma territorial tuvo, como es lógico, una gran repercusión en todo el territorio de la República Federal.²⁰ También ha sido objeto de un controvertido debate doctrinal, en su mayoría crítico con la misma, aunque no faltan autores que la han defendido.²¹

En la sentencia también se criticó la dimensión territorial de los nuevos *Kreise* que se diseñaron. Sin

19. Ya en 1994 se habían llevado a cabo reformas en este Estado de Mecklemburgo-Pomerania Occidental. En ese momento, el 12 de junio de 1994, de los 31 *Kreise* se pasó a 12, y mantuvieron su estatus las 6 ciudades independientes.

20. Sobre todo en aquellos *Bundesländer* en los que se había previsto llevar a cabo reformas cuando la sentencia se dictó. Por ejemplo en Sajonia y en el *Land* de Brandeburgo.

21. BÜCHNER, C., FRANZKE, J., NIERHAUS, M., *Verfassungsrechtliche Anforderungen an Kreisgebietsreformen. Zum Urteil des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern*, Universitätsverlag Potsdam, 2008. ERBGUTH, W., "Zur gescheiterten Kreisgebietsreform in Mecklenburg-Vorpommern – Anmerkungen zum Urteil des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 26. Juni 2007 (LVerfG 906-1706)", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 2008, p. 152-155. HENNEKE, H-G. y RITGEN, K., "Aktivierung bürgerschaftlicher Selbst-Verwaltung in Städten, Kreisen und Gemeinden – zur Bedeutung der Lehren des Freiherrn vom Stein für die kommunale Selbstverwaltung der Gegenwart", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2007, p. 1253-1266. KATZ, A., RITGEN, K., "Bedeutung und Gewicht der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie – Ist das Recht auf Selbstverwaltung verfassungsrechtlich wegwägbare?", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2008, p. 1525-1536. MEYER, H., "Lehrstück über Demokratie in überschaubaren kommunalen Strukturen, MVVerfG kippt Regionalkreise", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungrecht*, 2007, p. 1024-1025. SCHÖNFELDER, H. – SCHÖNFELDER, A., "Selbstverwaltung ist Verwaltung in überschaubaren Räumen – Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern erklärt die Verwaltungs- und Kreisgebietsreform für verfassungswidrig", en *Sächs Verwaltungsblatt*, 2007, p. 249-256. STÜER, B., "Verwaltungsreform auf Kreisebene – Effektivitätsgewinn nur bei bürgerschaftlichem Engagement", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2007, p. 1267-1274.

embargo, el juicio del Tribunal Constitucional no se basa en las proporciones elegidas para los nuevos *Kreise* o que estas pudieran resultar contrarias al principio de autonomía local,²² sino que se centró en la constitucionalidad del procedimiento seguido, en la medida en que en el proceso legislativo no se habrían tomado suficientemente en consideración los intereses locales.

Por su parte, la segunda reforma aprobada en el año 2011, considerada como urgente por los expertos –y cuyos ejes básicos se encuentran en determinadas previsiones demográficas (en concreto en que la población de cada *Kreis* pueda rondar en el año 2020 los 175.000 habitantes) y en el mantenimiento de ciertas ciudades no integradas en un *Kreis* (el caso de Rostock y Schwerin)–, resulta más garantista con respecto a la autonomía local. Así, a diferencia de la primera reforma, se determina desde el principio la incorporación de la representación de los nuevos *Kreise* al Parlamento del *Land*, y al mismo tiempo se deja abierta la decisión sobre la sede de los órganos de las nuevas organizaciones territoriales a un momento posterior, en el que resultase adoptada democráticamente por la Asamblea de cada *Kreis* o incluso por referéndum.²³ También queda claramente constancia de que en el procedimiento de la reforma se abrió el trámite de audiencia a los municipios, ofreciéndoles la posibilidad de votar su pertenencia al *Kreis*.

A la vista de que la reforma persigue objetivos legítimos de interés general, y de que ha sido posible dar audiencia a las instituciones del Gobierno local afectadas, el Tribunal Constitucional del *Land*, en la citada sentencia del pasado 18 de agosto, ha considerado que se cumplen los requisitos sustantivos y procedimentales y se respetan los requisitos fijados por la Constitución del *Land* con respecto a la autonomía local (artículo 72.1). Con este pronunciamiento se pone de todas formas de manifiesto que, aunque un Tribunal pueda juzgar la constitucionalidad de una reforma territorial de gran calado como esta, se deja un gran margen de

apreciación al legislador, a quien corresponde realmente realizar el diseño de la reforma territorial, y para ello valorar y evaluar los efectos que previsiblemente, en todos los órdenes, van a producirse con la modificación de los elementos estructurales de la organización supramunicipal. Con esta sentencia se respalda una decisión legislativa en la que se ha tratado de llegar a un punto de equilibrio en la tensión existente entre crear estructuras organizativas duraderas y sostenibles, que puedan llevar a cabo una gestión eficiente, y la necesidad de garantizar que esto no resulte incompatible con un ejercicio efectivo de la autonomía local, cuya garantía incumbe al propio legislador.

Una reforma territorial como la que se ha acometido en el *Land* de Mecklemburgo-Pomerania Occidental no puede ser valorada sin matices. Se valora positivamente que con ella se haya realizado una distribución uniforme del territorio en el nuevo diseño de los *Kreise*. Asimismo se puede considerar un acierto que los límites territoriales y los nuevos nombres reflejen en gran medida las divisiones históricas. Pero también se la critica. Así, en el informe elaborado sobre dicha reforma por la Oficina local para la gestión administrativa [*Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement (KGSt)*] para el Parlamento y el Gobierno del *Land*, se llega a la conclusión de que el beneficio neto que estaba previsto obtener por la fusión era demasiado bajo para justificar una reforma de la estructura territorial. El ahorro anual ascendía, en principio, solo a un 0,8 por ciento de los gastos anuales del presupuesto de cada *Kreis*. Asimismo es público el dato de que para posibilitar la implantación de la nueva reforma de la planta en este *Land* se realizarán, durante los próximos años, aportaciones económicas que ascienden a 36 millones de euros. Por otra parte, también se ha dicho (en el voto particular de la sentencia) que la reforma carece de una base sólida y de previsiones fiables, pues en Alemania no hay datos empíricos que demuestren los beneficios de una división territorial en *Kreise* superior a los 4.000 km², ya que

22. Sin embargo, sobre estas cuestiones sí que insiste la doctrina científica. Se considera (así NIERHAUS, M., en BÜCHNER, C., FRANZKE, J., NIERHAUS, M., *op. cit.*) que con un *Kreis* de grandes dimensiones la autonomía local queda desnaturalizada, en la medida en que desborda la naturaleza de asociación de municipios a la que la Constitución vincula esa garantía. Esta puede verse desvirtuada desde el punto de vista del principio democrático, en la medida en que los representantes directamente elegidos por el pueblo no van a estar en condiciones de mantenerse suficientemente próximos a los asuntos locales en cuya decisión deben participar. También se ve peligrar el ejercicio de las competencias complementarias y compensatorias de las municipales (*Ergänzungs- und Ausgleichsaufgaben der Landkreise*) que como parte fundamental de sus funciones desarrollan los *Kreise*.

23. El 4 de septiembre de 2011 tuvieron lugar las elecciones tanto del órgano legislativo del *Land* como de los órganos de representación directa de los *Kreise*. Se han votado tanto su Asamblea (*Kreistag*) como su consejero (*Landrat*), así como las nuevas denominaciones que han recibido las organizaciones territoriales que se han constituido.

nunca, por lo visto, se ha barajado esa posibilidad en otras partes del territorio federal.

Las consecuencias de una reforma territorial de este calado son bien visibles. Merece la pena detenerse en los efectos automáticos que en el plano competencial-funcional lleva aparejados. Es obvio que la desaparición de las ciudades libres de comarca, y su simultánea integración en los nuevos *Kreise*, conducen a que estas organizaciones municipales pasen a compartir con estos el conjunto de tareas que corresponden a los Gobiernos y Administraciones locales. De este modo, y en comparación con la situación anterior, las tareas supramunicipales son asumidas en mayor proporción por los *Kreise*. Además, en la reforma se establece que a estos corresponderán competencias, que hasta ahora no tenían asignadas, en materia de programación y planificación económica y estratégica, así como funciones que antes ejercían los órganos de la Administración periférica o desconcentrada del Estado federado.

2. El impacto de la crisis en la asignación de competencias a los entes locales y su ejercicio: el "principio de conexión" (*Konnexitätsprinzipien*) y las medidas sobre financiación y equilibrio presupuestario

Como es propio en los tiempos de crisis, el legislador federal aprobó a principios del año 2009 una Ley para garantizar el empleo y la estabilidad en Alemania, en la que se contiene un conjunto de medidas para hacer frente a la crisis económica y financiera. En este segundo paquete de estímulo económico (*Konjunkturpaket II*), se preveía gastar 10 mil millones de euros para la inversión en entidades locales y *Länder*, de los cuales un 75% proviene directamente de la Federación, y el 25% restante de cada *Land*.²⁴ En coherencia con ello, la Ley ha previsto facultades de supervisión y vigilancia por parte de la Federación y del Tribunal Federal de

Cuentas. Esta concreta previsión legislativa no ha sido bien acogida por los *Länder*, y varios han interpuesto ante el Tribunal Federal Constitucional el correspondiente recurso de inconstitucionalidad.²⁵

No obstante, en relación con las competencias que han asumido y pueden en un futuro asumir los entes locales, la principal novedad se produjo hace años: la introducción de un instrumento permanente para reforzar la posición financiera de las entidades locales en cualquier circunstancia, y más ahora frente a la crisis. Se trata de la incorporación, a partir de 2004, en los textos de las Constituciones de los *Länder*, del "principio de conexión" (*Konnexitätsprinzipien*).²⁶ En virtud de este principio se exige que la atribución de competencias a los entes locales vaya acompañada de una compensación económica ligada a los costes que supone su ejercicio. La incorporación de este principio ha producido una tensión permanente entre los entes locales y los Estados federados, que se ha traducido en el planteamiento de numerosos conflictos ante los tribunales constitucionales de los *Länder* en relación con su cumplimiento. Los entes locales están interesados, como es lógico, en obtener una remuneración económica lo más generosa posible, mientras que los Estados federales tendrían interés en, obviamente, lo contrario. A juicio de Burgi,²⁷ los problemas derivados de esta cuestión y el interés de los entes locales en aumentar su esfera competencial, han desviado la atención de una de las premisas básicas para la transferencia de competencias al nivel local: que se trate del nivel más adecuado para ejercer la competencia.

En cualquier caso, la aplicación de este principio se produce en relación con aquellas competencias que se transfieren a la organización local directa y expresamente por el *Land*, y cuyo ejercicio va a suponer una mayor carga para aquella, de modo que desde parámetros económicos y financieros se pueda calcular una diferencia real. Se requiere que exista un antes y un después en los gastos que la entidad local va a tener

24. Las prioridades de esta inversión, reguladas en virtud de una Ley (*Gesetz zur Umsetzung von Zukunftsinvestitionen der Kommunen und Länder*), han sido la educación, sobre todo guarderías, escuelas, universidades, y la infraestructura, especialmente el transporte, hospitales, desarrollo urbano y tecnología de la información. También se incluían medidas para reducir las emisiones de CO₂ e incrementar al mismo tiempo la eficiencia energética.

25. Sobre esta cuestión, PORZUEK, J., "Die Kontrolle der Finanzhilfen des Bundes. Zur Verfassungsmässigkeit der Prüfungsrechte des Bundes bei Ländern und Kommunen bei Finanzhilfen aus dem Konjunkturpaket II", en *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 20, 2010, p. 838 y ss. MEYER, H. – FRIESE, H., "Konjunkturpaket II: Art. 104b GG als Ärgernis und Garant des Föderalismus", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2009, p. 609.

26. Por ejemplo, en el artículo 57.4 de la Constitución de Baja Sajonia, desde 2006. En Westfalia del Norte, en el artículo 78, a partir del año 2004. Y desde enero de ese mismo año en la Constitución de Baviera (artículo 83.3 y 7).

27. BURGI, M., "Cuestiones actuales...", *op. cit.*, p. 222-223.

que sufragar, de modo que se origine una necesidad de reequilibrar su situación económica.²⁸ Asimismo, este principio de conexión se activa exclusivamente cuando la transferencia de competencias la realiza el *Land* –pues no hay que olvidar que el *Bund* (como se ha expuesto *supra*), después de la reforma del Federalismo II, ya no puede atribuir directamente competencias a las entidades locales–, y se produce bien cuando el ordenamiento del *Land* asigna nuevas tareas,²⁹ bien cuando se amplía el alcance de las anteriormente atribuidas. En algunos *Länder* –así en Turingia y en Sajonia–, se limita la aplicación de este principio a la transferencia de competencias fuera del círculo propio, esto es, cuando se trata de competencias que no se ejercen en régimen de autonomía,³⁰ sino que se ejercen bajo dirección (*Aufgaben nach Weisung*) –en el caso de Turingia, al tratarse de un *Land* con un sistema monista de competencias–; o bien de competencias estatales que se delegan (*Auftragsangelegenheiten*) –en el caso de Sajonia, dado que el sistema de atribución de competencias locales responde al tipo dualista–.³¹

Con el impacto de la crisis, se alude a la necesidad urgente de que se limite el traspaso de tareas a los municipios y de que se hable, por parte de los gestores públicos, de plantearse incluso la supresión de algunas de ellas.³²

3. La influencia de la crisis en el ejercicio de la actividad empresarial por parte de los municipios

Otro rasgo muy característico de los Gobiernos locales en Alemania, y que resulta, evidentemente, relevante en los momentos de crisis que se atraviesan, es el

dato de que en la práctica la actividad económica local tenga una gran importancia. En Alemania hay *grasso modo* 2.500 empresas de propiedad municipal, que dan trabajo a aproximadamente 530.000 empleados.³³

Esta iniciativa empresarial de las entidades locales, desarrollada en múltiples sectores, se entiende protegida por la garantía constitucional de la autonomía local (como en nuestro caso). Asimismo, la doctrina mayoritaria reconoce el carácter económicamente neutral del texto constitucional en este sentido. No se opta por ningún sistema económico específico, ni por ningún tipo de orden político-económico.

Lo más destacable de esta actividad económica de los municipios, además de su dimensión desde un punto de vista cuantitativo, resulta ser su extensión desde una perspectiva material y espacial.

Desde un punto de vista material, esta actividad municipal abarca no solo los servicios relacionados con la asistencia vital básica (*Daseinvorsorge*), que comprende algunos como el abastecimiento de electricidad, gas, calefacción y agua, así como la canalización y depuración de aguas residuales, sino también otros servicios como los de transporte público, cajas de ahorro, y recogida de residuos o gestión de infraestructuras de transporte.³⁴

La doctrina y la jurisprudencia se han hecho eco de esta expansión de las actividades municipales, que pasan a cubrir servicios tan variados como el cuidado de jardines particulares, escuelas públicas que ofrecen clases de repaso de inglés en concurrencia con academias privadas, ambientación de bodas en el Registro Civil a cambio de un precio, evento para el que también se ofrecen servicios de *catering* por parte de las cantinas municipales, o constitución de empresas municipales en materia de telecomunicaciones.³⁵

28. Lo explican ENGELKEN, K., *Das Konnexitätsprinzip im Landesverfassungsrecht*, Nomos, 2009, párrafos 63-67, y ENGELKEN, K., "Wenn der Bund seine alten Aufgabenzuweisungen an Kommunen aufhebt – Konnexitätsfragen an die Länder nicht nur zur Kinderförderung und nicht nur in Nordrhein-Westfalen", en *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 19, 2011, p. 749.

29. Ejemplo de una nueva competencia atribuida a las entidades locales en el *Land* de Renania del Norte-Westfalia por una Ley de 2008 sobre prestaciones a la infancia (*Kinderförderungsgesetz*) sería la de asistencia y cuidado de los menores de tres años. Sobre ella ha recaído asimismo una sentencia del Tribunal Constitucional del respectivo Estado, de 12 de octubre de 2010, en la que se enjuició si la referida competencia estaba protegida por el principio de conexión.

30. ENGELKEN, K., "Wenn der Bund...", *op. cit.*, p. 749.

31. Sobre los modelos de articulación de competencias locales en el Derecho alemán, puede consultarse a MARCOS FERNÁNDEZ, A. DE, y ORTEGA BERNARDO, J., en VELASCO CABALLERO, F. (dir.), *Gobiernos locales...*, *op. cit.*, p. 87 y ss., y 120 y ss., respectivamente.

32. Así en "Auswirkungen der Wirtschaftskrise auf die Gemeinden. Wie beurteilen die Thurgauer Gemeinden die Auswirkungen der Wirtschaftskrise auf ihre Finanzen? 'direct' fragte bei drei Gemeinden von unterschiedlicher Grösse nach", en *Direkt. Kommunikation unter den Thurgauer Gemeinden*, Nr. 62., November 2009, p. 2 y ss.

33. BURGI, M., "Cuestiones actuales...", *op. cit.*, p. 227.

34. BURGI, M., "Cuestiones actuales...", *op. cit.*, p. 227-228.

35. Da cuenta de ello MAGALDI, N., "Iniciativa económica local y tutela judicial de los competidores privados: una aproximación crítica al ordenamiento alemán", en *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, p. 324.

Esta actividad económica local se extiende incluso fuera del territorio municipal en el que la entidad ejerce competencias. Así se reconoce en la mayoría de las leyes de régimen local de los *Länder*,³⁶ lo cual acaba con el respeto del principio de territorialidad (*Örtlichkeitsgrundsatz*) en el ejercicio de las competencias.³⁷ Esto se pone de manifiesto en materia de gestión de residuos, en la que hay municipios que se ocupan de la eliminación de basuras en otros municipios. También en relación con el suministro de energía, actividad que tiene un gran potencial y resulta muy significativa desde el punto de vista económico. Así, por ejemplo, en el *Land* de Renania del Norte-Westfalia, mediante la aprobación de la Ley para la revitalización del Derecho económico local de 21 de diciembre de 2010 (artículo 107a GO), se estableció un régimen privilegiado para esta actividad –junto con la de suministro de gas y agua caliente–, que se considera desde entonces como “actividad económica” (“*wirtschaftliche Tätigkeit*”),³⁸ y que, de ese modo, puede prestarse siempre que queden garantizados los legítimos intereses de la entidad local, y que incluso puede llevarse a cabo, con autorización municipal, en territorio no alemán.³⁹ Junto a este Estado, Schleswig-Holstein y Sajonia-Anhalt han introducido también modificaciones legislativas en esta dirección: hacer posible la actividad económica más allá de los límites territoriales alemanes. Como puede imaginarse, esta expansión ha recibido críticas por parte de la doctrina.⁴⁰

Las razones que han llevado a los municipios a expandir su actividad y concurrir con las empresas privadas respetando las condiciones del mercado, han sido, fundamentalmente, tanto la eliminación de los tradicionales monopolios locales como la necesidad de buscar nuevas vías de financiación para mejorar su precaria situación financiera, que ya era grave desde mediados de los noventa.⁴¹

Es llamativa esta iniciativa empresarial en manos de las entidades locales alemanas, a pesar de los criterios jurídico-administrativos a los que la legislación de régimen local de los *Länder* condiciona su puesta en marcha. Los criterios a los que a continuación se va a hacer referencia, bien podrían ser interpretados como condiciones cuyo cumplimiento conduce a una restricción de la iniciativa local, y, sin embargo, esta tradicionalmente ha resultado ser de bastante calado. Se trata del cumplimiento de tres requisitos: que la actividad económica esté justificada por un interés público,⁴² que sea adecuada y proporcional a la capacidad financiera y de gestión del municipio,⁴³ y un tercer criterio que se identifica con el principio de subsidiariedad, esto es, que el municipio solo puede llevar a cabo una actividad económica cuando los operadores económicos privados no puedan realizar la actividad y satisfacer el interés general de forma adecuada, o cuando el municipio pueda desarrollar la actividad con mejores resultados y mayor racionalidad económica que los operadores privados. No obstante, hay que tomar en consideración el dato de que se excluye de la aplicación de estos

36. Artículo 121.5 HGO, artículo 71.r ThürKO, artículo 87.2 BayGO, artículo 108.4 SaarKSVG, artículo 85.2 Rheinl-Pf GemO, artículo 102.7 GemO BW.

37. También entre nosotros este principio encuentra matices en el ámbito de la prestación de los servicios públicos locales. Así, SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 7.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 46, con cita de jurisprudencia al respecto.

38. Estudié la distinción entre actividades económicas y no económicas (*wirtschaftliche Betätigung und nicht wirtschaftliche Betätigung*) en el Derecho local alemán, y sus consecuencias, en ORTEGA BERNARDO, J., *Estado, comunidades autónomas y entidades locales ante la gestión de los residuos*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 147 y ss. Me remito a la doctrina allí citada.

39. Numerosos ejemplos recientes de la actividad en el extranjero de empresas alemanas pueden leerse en WOLFF, J., “Verfassungs- und europarechtliche Fragen der wirtschaftlichen Betätigung deutscher Kommunen im Ausland”, en *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 18, 2011, p. 721-722.

40. Se refiere a ello WOLFF, J., “Verfassungs- und europarechtliche...”, *op. cit.*, p. 721 y ss. Alude a esta cuestión también MAGALDI, N., *op. cit.*, p. 324 y 337: El que las actividades económicas municipales se extiendan más allá del territorio municipal significa, en principio, ejercer competencias más allá del ámbito espacial de competencias, y, por tanto, fuera del artículo 28.2 GG, salvo que se trate de un asunto que guarde una especial relación con la comunidad. Asimismo, desde el punto de vista del principio democrático, se pone en entredicho su realización, puesto que la comunidad solo puede legitimar tareas que la impliquen a ella misma, con independencia de que los otros municipios presten su consentimiento.

41. MAGALDI, N., *op. cit.*, p. 326.

42. Se entiende que, aunque puedan obtenerse beneficios económicos con el ejercicio de la actividad, la mera finalidad lucrativa no puede considerarse como una finalidad pública.

43. No abstractamente considerada, sino en relación con la capacidad económica prevista. Este criterio de la capacidad económica sirve como instrumento de autoprotección del municipio, que no debe extralimitarse financieramente en sus funciones. MAGALDI, N., *op. cit.*, p. 335.

requisitos un conjunto de actividades incluidas dentro de las prestaciones obligatorias que los municipios han de realizar, y que coinciden con tradicionales servicios públicos de carácter económico.

En algunos Estados federales, así en Brandeburgo (artículo 91.33 GO), Turingia (artículo 71.4 GO), Sajonia (artículo 95.3) o Hesse (artículo 121.6 GO), y temporalmente en el *Land* de Renania del Norte-Westfalia, el legislador estableció (artículo 107.5 GO) en su momento un procedimiento para verificar el cumplimiento de este último requisito, exigiendo un análisis o estudio de mercado en el que verificar los efectos que puede tener en la economía general del municipio, a fin de sopesar los costes que la actividad local puede originar sobre los profesionales y pequeñas y medianas empresas locales.⁴⁴

La novedad es que estos criterios tradicionales se han reformulado o se han interpretado de modo distinto en las actuales circunstancias económicas y financieras. Su regulación se ha hecho depender de la ideología política de quien tenga la mayoría parlamentaria.⁴⁵ De esta manera, en algún Estado alemán, como Renania del Norte-Westfalia, se ha dado la vuelta en 2007 a las previsiones inicialmente incorporadas por el legislador de régimen local: así, se ha querido reducir la intervención de los municipios en la economía con la finalidad de proteger los intereses de las empresas privadas, mediante la introducción, como requisito adicional, de que el fin de interés público para justificar la actividad empresarial municipal debía ser un fin de interés público "urgente". Posteriormente, esta restricción ha sido suprimida después de las elecciones, con la Ley para la renovación del Derecho económico local de diciembre de 2010, por el nuevo Gobierno de socialdemócratas y verdes,⁴⁶ pues se consideraba que la anterior regulación dificultaba injustificadamente el desarrollo de la actividad económica municipal, y no producía ni mayores beneficios ni rendimientos a los consumidores. Por las mismas razones esta Ley eliminó la cláusula de subsidiariedad, con el objetivo de ampliar la libertad de actuación municipal, fortaleciendo la posición de la Hacienda Pública municipal y haciéndola más flexible, esto es, reforzando la posición pública frente a los privados. ■

44. BURGI, M., "Cuestiones actuales...", *op. cit.*, p. 230. Un análisis de este tipo puede llevar a la corporación a una motivación más detallada, al tiempo que incrementa su legitimidad para intervenir económicamente. Al respecto, la doctrina citada por MAGALDI, *op. cit.*, p.336.

45. BURGI, M., "Cuestiones actuales...", *op. cit.*, p. 230-231.

46. §§ 107a und 108 introducidos por el artículo 1 de la Ley de régimen local de 21 de diciembre de 2010.

El ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión. Su concreción en la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*

Marc Vilalta Reixach

Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

1. **Introducción: delimitación del objeto de estudio**
2. **El carácter bilateral de la encomienda de gestión**
3. **El encomendante**
 - 3.1. La noción de "órgano administrativo"
 - 3.2. La noción de "entidades de Derecho público"
 - 3.2.1. La exclusión de las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones del sector público
 - 3.2.2. La aplicación de la encomienda de gestión a los organismos públicos
 - 3.2.3. La extensión de la encomienda de gestión a las llamadas entidades públicas de régimen singular
4. **El encomendado**
 - 4.1. Órganos administrativos... no relacionados jerárquicamente
 - 4.2. Las "entidades de la misma o distinta Administración". La discusión acerca de la aplicación de la encomienda de gestión a las personas sujetas al Derecho privado
5. **La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña**
 - 5.1. El encomendante
 - 5.2. El encomendado
6. **Conclusión**

Resumen

A pesar de su amplia utilización, el régimen jurídico de la encomienda de gestión sigue planteando, hoy en día, aún muchas dudas interpretativas. Una de ellas, y de una relevancia muy notable, reside en la determinación de su concreto ámbito de aplicación subjetivo. Y es que ¿qué tipo de Administraciones Públicas resultan habilitadas por nuestro ordenamiento para hacer uso de esta institución? ¿Quién puede ser su destinatario? Partiendo de estas preguntas, el objeto del presente trabajo consiste en realizar una breve aproximación a la figura de la encomienda de gestión, con el propósito de concretar qué operadores jurídicos resultan habilitados para la utilización de la figura de la encomienda de gestión en nuestro sistema administrativo; para pasar, seguidamente, a comprobar si la regulación autonómica catalana prevista actualmente en la nueva Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, se ajusta adecuadamente a las previsiones contenidas en la legislación básica estatal.

Palabras clave: *encomienda de gestión; relaciones interadministrativas; Administraciones Públicas; Ley 26/2010, de 3 de agosto.*

* Este trabajo ha sido realizado con la colaboración de la Diputación de Barcelona y en el marco del Proyecto de Investigación: "La reforma de los Gobiernos locales y el fortalecimiento de la garantía de la autonomía local" (DER2009-14265-CO2-01), del que es investigador principal el Dr. Alfredo Galán Galán.

Abstract

Despite its widespread use, the legal framework of delegation of management still presents important interpretative doubts. One of them is the determination of its concrete scope of application: What type of public administration can use this legal tool? Who could be the recipient of the delegation of management? In the light of these questions, the object of this article is to briefly explore the delegation of management as a legal tool with the aim of specifying which legal actors can use it in our administrative legal system. After that, I will examine whether or not the Catalan legislation (specifically, Act nº 26/2010 of 3 August of Administrative Procedure of Catalan Public Administration) complies with basic state laws.

Keywords: delegation of management; inter-administrative relations; public administrations; Act 26/2010 of 3 August.

1. Introducción: delimitación del objeto de estudio

El estudio de los diferentes mecanismos de colaboración entre Administraciones Públicas existentes en nuestro ordenamiento jurídico ha sido una de las cuestiones que ha centrado buena parte de la atención de nuestra doctrina *ius publicista*.¹ No obstante, a pesar del notable desarrollo doctrinal en esta materia, es posible encontrar una figura que sigue planteándonos aún hoy muchas dudas interpretativas, no solo acerca de su concreto régimen jurídico, sino también acerca de su correcta aplicación práctica. Nos referimos a la figura de la “encomienda de gestión”.

Como es sabido, la encomienda de gestión aparece definida con carácter básico en el artículo 15.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), en el que se prevé que “la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración por

razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”. De este modo, la encomienda de gestión se nos presenta como un mecanismo racionalizador de la organización administrativa, que permitiría hacer compatible la irrenunciabilidad de las competencias que tienen atribuidas como propias las diferentes entidades públicas con la carencia de los medios materiales para su ejercicio o para conseguir una mayor eficacia en su gestión.²

Sin embargo, el imparable desarrollo y la creciente complejidad de las estructuras administrativas actuales han puesto de relieve la dificultad de concretar hoy día algunos de los elementos más característicos de esta institución; muy especialmente, la determinación de qué entidades públicas pueden hacer uso de esta figura. En efecto, como veremos con más detalle a continuación, la amplitud y parquedad con que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha regulado esta institución, hace ciertamente difícil poder identificar *a priori* cuáles son los órganos o entidades concretas que pueden hacer uso de esta figura. Problemática que se complica aún más por el hecho de que, muchas veces, la legislación autonómica o sectorial que ha desarrollado esta figura no siempre se expresa de forma clara y

1. Las referencias bibliográficas en este caso podrían ser muchas, por lo que sirvan simplemente a modo de ejemplo, entre otros, RIVERO YSERN, Enrique, “Las relaciones interadministrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 80, mayo-agosto 1976, p. 39-81; MORELL OCAÑA, Luis, “Una teoría de la cooperación”, en *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre 1994, p. 51-70; MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “La cooperación, ¿un concepto jurídico?”, en *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre, 1994, p. 11-49, o FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael, *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

2. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”, en *Anuario de Gobierno Local 1997*, Institut de Dret Públic – Marcial Pons – Diputació de Barcelona, Barcelona, 1998, p. 148. En el mismo sentido, SÁNCHEZ SAEZ, Antonio José, “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, 2004, p. 227-265, y VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Madrid, 2012 (en preparación).

coherente, dando lugar a duplicidades o contradicciones difíciles de afrontar.

Este es el caso, por ejemplo, de la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña (en adelante, LRJCat), que, al regular el “encargo de gestión” en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma,³ parece expresarse en unos términos más amplios que los previstos inicialmente por el artículo 15.1 LRJPAC. Así, el artículo 10.1 de la nueva Ley catalana señala que “la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos, los organismos o las entidades públicas puede ser encomendada a otros órganos, organismos o entidades públicas de la misma Administración o de otra distinta, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”. Como puede fácilmente observarse, la redacción de ambos preceptos es sensiblemente diferente, por lo que se nos plantean una serie de dudas, como por ejemplo: ¿el hecho de que la Ley catalana haga referencia a “los órganos administrativos, organismos o entidades públicas” supone realmente alguna consecuencia en cuanto a los sujetos habilitados para hacer uso de esta figura? Si esto fuera así, ¿puede realmente el legislador catalán ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión?

Es en la búsqueda de una respuesta lo más detallada posible a todas estas preguntas donde queremos situar principalmente el objeto de nuestro trabajo. De este modo, aunque sea necesariamente de forma sintética, nos ocuparemos, en primer lugar, de intentar concretar qué operadores jurídicos resultan habilitados por nuestro ordenamiento para hacer uso de la figura de la encomienda de gestión; para pasar, seguidamente, a comprobar si la regulación autonómica catalana prevista actualmente en la citada Ley 26/2010, de 3 de agosto, se ajusta adecuadamente a las previsiones contenidas en la legislación básica estatal.

En todo caso, antes de pasar a analizar específicamente todas estas cuestiones, creemos oportuno realizar una primera reflexión previa y general acerca de la configuración subjetiva de la encomienda de gestión, al efecto de destacar el carácter bilateral que, en nuestra opinión, caracterizaría siempre dicha institución.

2. El carácter bilateral de la encomienda de gestión

La encomienda de gestión presupone siempre el establecimiento de una relación jurídica entre dos partes diferenciadas: el “encomendado” y el “encomendante”. El propio artículo 15.1 LRJPAC –así como el artículo 10.1 LRJCat– pone el acento en este elemento, configurando a esta figura como un mecanismo relacional de carácter bilateral, a través del cual se atribuye a un determinado órgano o entidad (al que denominamos “encomendado”) la realización de algunas actuaciones materiales concretas de la competencia de otro (al que designamos como “encomendante”). Así, la alteridad a la que se refiere este precepto nos pone de relieve, sin duda alguna, la necesidad de que la encomienda de gestión se formalice siempre entre dos partes diferenciadas.

Ahora bien, nótese que el carácter bilateral con el que definimos legalmente la encomienda de gestión lo circunscribimos, por el momento, a la mera existencia de dos partes diferenciadas, pero no a la necesidad de que esta se formalice entre dos personas jurídicas diferenciadas, porque, como veremos más adelante, tanto la LRJPAC como la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, admiten la posibilidad de que la encomienda de gestión se concluya entre órganos pertenecientes a un mismo departamento administrativo (artículos 15.3 LRJPAC y 10.3 LRJCat). Por lo que debe quedar claro que el requisito de la personalidad jurídica propia y diferenciada de los sujetos intervinientes no se configura

3. Como hemos tenido ocasión de determinar más detalladamente, las diferencias terminológicas entre la legislación catalana y la legislación estatal básica no responden a la voluntad de diferenciar jurídicamente ambas figuras, sino que obedecen solamente a la adaptación del lenguaje jurídico a los usos lingüísticos de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Sobre esta cuestión puede verse VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 80-83. Asimismo, con carácter más general y en relación con la regulación de los mecanismos de colaboración administrativa previstos en la nueva Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, puede verse GRACIA RETORTILLO, Ricard y VILALTA REIXACH, Marc, “Las relaciones interadministrativas de las Administraciones Públicas de Cataluña”, en TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Ed. Iustel, Madrid, 2012 (en preparación).

como un requisito obligatorio para la validez o existencia de una relación de encomienda.

Hecha esta matización inicial, podemos pasar ya a concretar qué órganos o entidades pueden participar en la relación de encomienda; tarea esta que, como avanzábamos, se nos presenta como uno de los grandes interrogantes que nos plantea el régimen jurídico de esta institución y sobre el cual se han manifestado las mayores discrepancias. En este sentido, a efectos de ofrecer una clara exposición, partiremos de las indicaciones generales que nos ofrece la LRJPAC para identificar los dos grandes actores que intervienen en la relación de encomienda de gestión y a los que nos referíamos anteriormente, esto es, el “encomendado” y el “encomendante”; poniendo de relieve la disparidad de posibilidades existentes al respecto; pasando, posteriormente, a estudiar la concreción que la legislación autonómica catalana realiza también de estos mismos sujetos.

3. El encomendante

Empezaremos nuestro análisis refiriéndonos en primer lugar al encomendante, es decir, a aquella parte que realiza el encargo y que adquiere, en virtud de la relación de encomienda, el derecho a la ejecución de la prestación material de la que está necesitado y que, por carencia de medios o por razones de eficacia, no puede realizar por sí mismo. Como fácilmente puede pensarse, la posibilidad de ser parte activa de la relación de encomienda no se reconoce incondicionalmente a toda clase de sujetos, sino que el artículo 15.1 LRJPAC establece una doble titularidad para esta figura, reservándola a los órganos administrativos y a las entidades de Derecho público.

No creemos necesario profundizar mucho más en esta idea general, pues entendemos que el tenor literal de

la Ley en este punto resulta lo suficientemente claro, y se muestra como una conclusión unánimemente compartida por la doctrina.⁴ No obstante, sin perjuicio de ello, para precisar el ámbito subjetivo de la encomienda de gestión se nos plantea una duda elemental: ¿qué debemos entender por “órgano administrativo”? ¿Y por “entidades de Derecho público”?

3.1. La noción de “órgano administrativo”

Como es sabido, la noción de “órgano administrativo”, aunque viene siendo utilizada de forma habitual en nuestro Derecho público, queda lejos de tener un significado claro e inequívoco, pues su definición ha sido objeto de múltiples y complejas interpretaciones doctrinales.⁵

Así, sin poder entrar ahora más detalladamente en este debate, entendemos, con SANTAMARÍA PASTOR, que la LRJPAC (artículo 11) ha optado por utilizar una noción funcional de órgano administrativo, mediante la cual se designarían como tales las diferentes unidades de actuación con capacidad para actuar de forma jurídicamente eficaz en las relaciones frente a terceros a través de las que se organizan las Administraciones Públicas. Ahora bien, ¿a qué Administraciones Públicas se refiere el artículo 15.1 LRJPAC? ¿Se refiere únicamente a los órganos propios de las Administraciones territoriales o se extiende también a la organización de las llamadas Administraciones institucionales? Y es que en este punto no podemos olvidar que el artículo 2.2 LRJPAC reconoce a las entidades de Derecho público la condición de Administraciones Públicas, por lo que, en rigor, estas se organizarían internamente también mediante “órganos administrativos”.

Para salvar este escollo terminológico, debemos acudir a una interpretación sistemática de la Ley, que nos llevará a la conclusión de que la noción de “órgano

4. Podemos citar, entre otros, HERNANDO OREJANA, Luis Carlos, *La encomienda de gestión*, Colegio Universitario de Segovia, 1998, p. 131; MESEGUER YEBRA, Joaquín, “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, *Revista Galega de Administración Pública* (REGAP), núm. 38, Septiembre – Diciembre 2004, p. 129, o SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José, “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, *op. cit.*, p. 235-236.

Sobre esta cuestión puede verse también con más detalle VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, *op. cit.*, p. 102-103.

5. Sobre la discusión teórica en torno a la noción de órgano administrativo pueden verse, entre otros, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 20-57; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 40-41, 1984, p. 43-55, o SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, volumen I, Ed. Iustel, Madrid, 2004, p. 403-413.

administrativo” que maneja el artículo 15.1 LRJPAC se limita solamente a las unidades funcionales a través de las cuales se estructuran las Administraciones Públicas de carácter territorial. En efecto, si partimos de la idea de que, como decíamos anteriormente, la voluntad del artículo 15.1 LRJPAC es reconocer una doble titularidad activa de la encomienda de gestión, permitiendo encomendar la realización de determinadas actividades tanto a “órganos administrativos” como a “entidades de Derecho público”, no tendría ningún sentido destacar tal diferenciación en su tenor literal si pudiera entenderse fácilmente que las segundas –las entidades de Derecho público– pueden ya subsumirse dentro de los primeros –órganos administrativos–.

Por lo tanto, debemos considerar que la noción de “órgano administrativo” del artículo 15.1 LRJPAC se utiliza, precisamente, para diferenciar a estos “órganos” de las “entidades de Derecho público”. De este modo, y de forma coherente con la propia redacción del artículo 2 LRJPAC, llegaríamos a la conclusión de que cuando se refiere a los “órganos administrativos” la Ley nos está remitiendo a aquellas Administraciones Públicas que no tengan la consideración de entidades de Derecho público. Por lo tanto, nos remite a las Administraciones Públicas territoriales a las que se refiere el artículo 2.1 LRJPAC.

Desde esta perspectiva, y de acuerdo con el artículo 2.1 LRJPAC, la condición de encomendante se reconocería genéricamente a los diferentes órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las comunidades autónomas, así como de las entidades que integran la Administración local. En este último caso, y según el artículo 3 de la Ley de bases del régimen local de 1985, deberíamos incluir como tales no solo a los municipios, provincias e islas (artículo 3.1 LBRL), sino también a las entidades inframunicipales constituidas por las comunidades autónomas, a las comarcas, en aquellas comunidades autónomas que las hayan instituido, a las áreas metropolitanas y a las mancomunidades de municipios, pues a todos ellos se les reconoce también la condición de entidades locales (artículo 3.2 LBRL).

3.2. La noción de “entidades de Derecho público”

Junto con la anterior, la determinación de qué debemos entender por “entidades de Derecho público”

no se nos plantea tampoco como una tarea menos problemática ni confusa, si bien es cierto que, a diferencia de la noción de órganos administrativos, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sí que contiene algunas previsiones generales que pueden ayudarnos a delimitar más fácilmente qué entidades se incluyen dentro en esta categoría. Así, si volvemos nuestra mirada nuevamente al citado artículo 2.2 LRJPAC, comprobaremos cómo para que pueda hablarse de una “entidad de Derecho público” la Ley exige la concurrencia simultánea de tres requisitos definitorios: en primer lugar, la existencia de una organización dotada de personalidad jurídica propia y, por lo tanto, susceptible de ser titular de derechos y obligaciones; en segundo lugar, su constitución con arreglo a las formas previstas por el Derecho público, y, finalmente, su vinculación o dependencia de una Administración Pública.

3.2.1. La exclusión de las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones del sector público

De la observancia de los dos primeros requisitos del artículo 2.2 LRJPAC –personalidad jurídica propia y forma de personificación de Derecho público– podemos extraer ya una primera consecuencia importante: y es que quedarían fuera de la posibilidad de constituirse como parte activa de la encomienda de gestión no solo todas aquellas organizaciones jurídicas no personificadas, sino también todas aquellas entidades del sector público constituidas de acuerdo con formas jurídico-privadas. Lo que supone dejar fuera del ámbito de aplicación de la encomienda de gestión a las “sociedades mercantiles públicas” y también a las “fundaciones del sector público”.

Siguiendo este razonamiento, ni las sociedades mercantiles públicas ni las fundaciones del sector público podrían encomendar la gestión material de las competencias que tengan asignadas a otras entidades públicas a través del artículo 15 LRJPAC. La razón de esta exclusión la encontraríamos, inicialmente, en un simple elemento formal: su personificación jurídico-privada, que quedaría fuera de la definición de “entidades de Derecho público” prevista por la LRJPAC –que, como hemos visto, se fundamenta en el dato de la personificación pública–. Pero a pesar de que, desde un punto de vista práctico, la anterior afirmación nos resultaría del todo suficiente para entender la exclusión de dichas entidades, dogmáticamente, nos

resulta poco convincente. Por ello, en otro momento nos hemos planteado si sería posible encontrar otras razones de fondo que pudieran explicar el porqué de esta separación; y la conclusión a la que hemos llegado es que sí que es posible encontrar un argumento sólido que justificaría dicha exclusión.⁶

Como prevé el artículo 15.2 LRJPAC, la encomienda de gestión se caracteriza por no suponer la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones jurídicas den soporte o en los que se integre la actividad material objeto de encomienda. De ahí que, con acierto, se haya afirmado que la posición de encomendante solamente podrían asumirla aquellos órganos o entidades con capacidad para dictar actos administrativos.⁷ Desde esta perspectiva, y en términos estrictamente jurídicos, teniendo presente que tanto la Disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE) como el artículo 46.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, impiden a las sociedades mercantiles públicas y a las fundaciones del sector público ejercer potestades administrativas que supongan autoridad –sometiendo, con carácter general, su régimen jurídico al ordenamiento privado–, podríamos identificar claramente un límite a su capacidad para constituirse como parte activa de la encomienda de gestión, puesto que dichas entidades no estarían habilitadas para dictar las resoluciones jurídicas necesarias para articular la relación de encomienda.⁸ Por lo que, más allá de impedimentos de carácter formal, podríamos encontrar también una limitación jurídica a la posibilidad de constituirse como parte activa de la encomienda de gestión.

Ahora bien, si la determinación en negativo de qué instituciones quedan fuera de la posibilidad de actuar la encomienda de gestión puede parecer más asequible, la precisión de aquellas a las que sí debe reconocerse dicha titularidad resulta un poco más compleja, puesto que la Ley nos remite a una amplia tipología de entes instrumentales al servicio de las Administraciones Públicas que se caracterizan por la diversidad de sus regímenes jurídicos y por la dificultad de reconducirlos a categorías dogmáticas unitarias. Aun así, y a efectos de clarificar nuestra exposición, tomaremos como punto de referencia el modelo organizativo de la Administración General del Estado, a partir del cual intentaremos identificar aquellas entidades públicas a las que podría resultar de aplicación la figura de la encomienda de gestión.

3.2.2. La aplicación de la encomienda de gestión a los organismos públicos

La anteriormente citada LOFAGE, con la voluntad de ordenar y sistematizar el régimen jurídico de las diversas entidades públicas en las que se había organizado tradicionalmente la Administración estatal y cuya regulación se encontraba dispersa en diferentes normas legales (especialmente, en la Ley de entidades estatales autónomas de 1958 y en la Ley general presupuestaria de 1977), acuñó un nuevo concepto o categoría organizativa –la de los “organismos públicos”– que, según su artículo 1, comprende todas aquellas “entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta”. Categoría general que, posteriormente, la propia LOFAGE subdivide en tres tipos concretos de organismos: los organismos autónomos,

6. Nuevamente debemos referirnos a VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 106-108.

7. En este sentido se expresan, entre otros, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Las encomiendas de gestión”, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 1995*, volumen I, Institut de Dret Públic, Barcelona, 1996, p. 672, o HERNANDO OREJANA, Luis Carlos, *La encomienda de gestión*, op. cit., p. 131.

8. Debemos añadir, sin embargo, que la práctica administrativa a menudo nos ofrece ejemplos en los que se flexibiliza dicha prohibición o incapacidad, encontrando numerosos casos en los que, por ejemplo, las sociedades mercantiles realizan funciones que suponen ejercicio de autoridad pública. En este sentido, pueden verse CUETO PÉREZ, Miriam, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Ed. Thomson – Civitas, Navarra, 2008, p. 45-91; CANALS AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Ed. Comares, Granada, 2003; GALÁN GALÁN, Alfredo y PRIETO ROMERO, Cayetano (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Ed. Huygens – Ayuntamiento de Madrid, Barcelona, 2010, o MONTOYA MARTÍN, Encarnación, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, quien, ante tal situación, ha llegado a proponer una interpretación amplia del artículo 2.2 LRJPAC que incluyera también a las sociedades mercantiles (p. 487).

las entidades públicas empresariales y las agencias estatales (artículo 43.1 LOFAGE).

Sin poder entrar más detalladamente en el régimen jurídico de cada uno de ellos, nos interesa solamente destacar la definición de organismo público establecida por la LOFAGE, por cuanto de ella se desprende con claridad que en cada uno de estos tres supuestos (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias) nos encontramos ante organizaciones personificadas, que adoptan una forma propia del Derecho público y que, además, se hallan ligadas por una relación de instrumentalidad o dependencia con la Administración General del Estado. Por lo que, en principio, al cumplir con los tres requisitos del artículo 2.2 LRJPAC, no habría muchas más dudas sobre su consideración como “entidades de Derecho público”. De hecho, el artículo 1 de la propia LOFAGE así nos lo confirma expresamente, puesto que al fijar su ámbito de aplicación define a estos organismos, precisamente, como “entidades de Derecho público”.

De manera que, en nuestra opinión, no habría inconveniente para reconocer a los tres tipos de organismos públicos previstos por la LOFAGE, en cuanto que Administraciones Públicas (artículo 2.2 LRJPAC), la posibilidad de acudir a la figura de la encomienda de gestión.⁹

Podría plantearse, quizá, si el hecho de que las entidades públicas empresariales deban someter su régimen jurídico al Derecho privado (artículo 53.2 LOFAGE) tiene alguna incidencia de cara a su posible acceso a la figura de la encomienda de gestión, pero consideramos que no. En nuestra opinión, la propia LOFAGE establece límites muy notables a la aplicación del Derecho privado por parte de dichas entidades, afirmando que cuando estas ejerzan potestades administrativas deberán ajustarse a lo previsto por el

ordenamiento jurídico-público (artículo 53.2 y 54 LOFAGE). De este modo, cuando las entidades públicas empresariales actúan en ejercicio de funciones públicas lo hacen en su calidad de Administraciones Públicas y, en consecuencia, con sujeción plena al Derecho Administrativo.

Por consiguiente, podríamos entender que en estos supuestos las entidades públicas empresariales no solo estarían plenamente habilitadas para dictar actos administrativos, sino también para acudir a los mecanismos de colaboración que nuestro ordenamiento jurídico diseña para el conjunto de Administraciones Públicas. Y entre ellos, obviamente, también la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC. Más cuando ya la propia LOFAGE declara aplicables a dichas entidades –en cuanto que organismos públicos– la delegación y la desconcentración de sus competencias (Disposición adicional decimotercera LOFAGE), así como los principios de organización y funcionamiento previstos en el Título I de dicha Ley (artículo 44.2 LOFAGE), entre los que se incluyen el principio de eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión, y, sobre todo, la cooperación y coordinación con las otras Administraciones Públicas; principios todos ellos previstos en el artículo 3 de la LOFAGE.¹⁰

Sin embargo, en nuestra opinión, resulta necesario realizar una valoración crítica de la posible extensión de la utilización de la figura de la encomienda de gestión a los organismos públicos. Y es que si, como se afirma habitualmente, la creación de dichas entidades responde verdaderamente a un supuesto de descentralización funcional de la Administración Pública, que se justifica principalmente en razones de eficacia

9. La inclusión de dichos organismos públicos en el ámbito de aplicación de la encomienda de gestión, según Lucas Murillo de la Cueva, estaría plenamente justificada, ya que su creación obedece a una opción organizativa prevista en las leyes como alternativa a las unidades administrativas típicas y, de hecho, ejercen funciones de la Administración. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, “Órganos de las Administraciones Públicas (artículos 11 a 29)”, en PENDAS GARCÍA, Benigno (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos (Comentario sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común)*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, p. 245.

10. Sobre estas cuestiones se ha pronunciado Menéndez Rexach, quien entiende que la previsión del artículo 54.1 LOFAGE –que establece que “las potestades atribuidas a las entidades públicas empresariales solo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de estas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad”– no debe entenderse como una exclusión de las entidades públicas empresariales de acudir a la delegación o desconcentración de sus funciones públicas, sino como la reafirmación del principio de irrenunciabilidad de las competencias previsto en el artículo 12 LRJPAC y el establecimiento del criterio de que, en virtud de la presunción de que dichas entidades actúan en régimen de Derecho privado, la atribución de competencias administrativas no se presume, sino que tiene que venir expresamente determinada en los estatutos. MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “La aplicación de la Ley 30/1992 a las entidades públicas empresariales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 1997, p. 47-48.

y de especialización,¹¹ resulta cuanto menos discutible reconocerles la posibilidad de acudir a la figura de la encomienda de gestión. Y es que, a nuestro entender, no resulta del todo compatible o explicable la naturaleza instrumental con la que se configuran legalmente estos organismos con el hecho de que, a su vez, puedan encontrarse en la situación de falta de medios materiales o de insuficiencia de capacidad de gestión que exige el artículo 15.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como presupuesto esencial para acudir a la figura de la encomienda de gestión.¹²

En efecto, si realmente la justificación teórica de la existencia de dichos organismos se basa en la voluntad de incrementar la eficacia o la flexibilidad en la gestión pública, lo que correspondería en el supuesto de que concurrieran efectivamente las circunstancias de falta de capacidad de gestión o de mejora de la eficacia previstas en el artículo 15 LRJPAC, no sería el recurso a la figura de la encomienda de gestión, sino un completo replanteamiento de la propia existencia de dichas entidades y de los medios humanos y materiales puestos a su disposición para el ejercicio de sus funciones públicas.

De este modo, podríamos concluir afirmando que el papel principal de los organismos públicos en relación con la encomienda de gestión no debería buscarse tanto en su papel como entidades encomendantes, sino todo lo contrario, como posibles receptores de los encargos efectuados por otras entidades públicas. Es aquí donde la especialización y singularidad de estos organismos puede alcanzar una mayor aplicación práctica, puesto que podrían aportar a las Administraciones territoriales los conocimientos técnicos o los me-

dios humanos y materiales concretos de los que, quizá, aquellas se encuentren desprovistas.

3.2.3. La extensión de la encomienda de gestión a las llamadas entidades públicas de régimen singular

A pesar del esfuerzo realizado por el legislador estatal por agrupar bajo determinadas categorías homogéneas los diferentes organismos públicos existentes en nuestro ordenamiento, la enorme diversidad de sujetos en los que se organiza nuestra Administración Pública ha hecho que la LOFAGE, en sus disposiciones adicionales sexta a décima, haya tenido que regular un conjunto de entidades que, aunque se caracterizan por su creación bajo una forma de personificación pública y por regirse principalmente por un estatuto jurídico-público, a diferencia de los organismos públicos “nominados” o “típicos” (organismos autónomos, entidades públicas empresariales o agencias, así como sus equivalentes autonómicos y locales), se dotan de un régimen jurídico singular, en el que los preceptos reguladores de los organismos públicos no les son directa y primariamente aplicables, sino a título supletorio.¹³

Ciertamente resulta difícil explicar los motivos que justifican la singularidad de su régimen jurídico, puesto que junto con las estructuras organizativas integrantes de la Seguridad Social nos encontramos, por ejemplo, con las llamadas Administraciones independientes; de modo que su posición responde a fundamentos muy diversos. Es por ello que, sin entrar en un análisis más detallado, no interesa simplemente poner de relieve que, en nuestra opinión, puede hacerse extensible también a

11. En este sentido, se ha afirmado que la llamada Administración institucional no es más que un simple instrumento de actuación en manos de la Administración para la gestión de un servicio que le es propio, a través del cual se pretende compensar el aumento constante de funciones administrativas, evitando así la congestión paralizante de las organizaciones administrativas territoriales y mejorando la eficacia en la prestación de dichos servicios. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, undécima edición, Madrid, 2002, p. 399-400 y 409.

12. De hecho, la propia LOFAGE articula medidas concretas para evitar que se puedan producir dichas situaciones, previniendo el sometimiento de los organismos públicos a controles de eficacia, con la finalidad de verificar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados. Véanse los artículos 51 y 59 LOFAGE. En el caso de las agencias estatales es aún más evidente, por cuanto la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, prevé que la actuación de las agencias debe producirse de acuerdo con su plan de acción anual y de acuerdo con el contrato plurianual de gestión, que, entre otros aspectos, debe concretar los recursos materiales, humanos y presupuestarios necesarios para la consecución de sus objetivos (artículo 13 Ley 28/2006, de 18 de julio).

13. Entre dichas entidades podemos encontrar, por ejemplo, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Disposición adicional novena de la LOFAGE), la Comisión del Mercado de Valores o la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (Disposición adicional décima de la LOFAGE). Con carácter general, sobre el régimen jurídico de dichas entidades pueden verse, entre otros, MAGIDE HERRERO, Mariano, *Limites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, colección Estudios, Madrid, 2000, y BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

estos organismos la posibilidad de actuar la encomienda de gestión. No solo su forma de personificación jurídico-pública o su creación dirigida a la satisfacción de los intereses generales ampararía dicha extensión, sino que, como ha señalado López Ramón, la exigencia normativa de que se trate de entidades de Derecho público “vinculadas o dependientes” de las Administraciones territoriales no excluiría estas últimas entidades del ámbito de aplicación del artículo 2.2 LRJPAC, puesto que todas, aun las que puedan haber merecido cierto grado de “independencia”, están vinculadas, siquiera solo financieramente, a alguna Administración territorial.¹⁴ De ahí que, desde una perspectiva jurídico-formal, estas organizaciones puedan ser consideradas plenamente como Administraciones Públicas a efectos de la LRJPAC.

4. El encomendado

Una vez delimitadas las entidades que pueden actuar como sujetos encomendantes, debemos pasar ahora a analizar la figura del “encomendado”. Cuando hablamos del encomendado nos referimos a aquel sujeto que, mediante la formalización de la encomienda de gestión, se compromete a llevar a cabo, en nombre del encomendante, la actuación material que constituye el objeto de la relación de encomienda. En este caso, como el anterior, la determinación de quiénes pueden actuar en esta posición jurídica debemos buscarla nuevamente en el artículo 15.1 LRJPAC, cuya redacción resulta, también en este punto, ambigua y carente del rigor técnico necesario.

Si partimos del tenor literal de este precepto podemos comprobar cómo, al señalar que la realización de las actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de las Administraciones Públicas puede encomendarse a “otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración”, la Ley nos está diferenciado otra vez un doble ámbito de aplicación subjetivo de la encomienda: referido, por un lado, a los “órganos”, y por otro, a las “entidades”. Por lo que, como en el caso anterior, a continuación

trataremos de averiguar a qué se refiere la LRJPAC con dichas denominaciones.

4.1. Órganos administrativos... no relacionados jerárquicamente

En primer lugar, el artículo 15.1 LRJPAC señala que la encomienda podrá realizarse en favor de “otros órganos [...] de la misma o de distinta Administración”. Por lo tanto, se está refiriendo, como en el apartado anterior, a la noción de órgano administrativo que ya hemos examinado. De este modo, podemos hacer extensivas las consideraciones que exponíamos en el epígrafe anterior sobre el significado concreto que debíamos dar a dicha terminología. En resumen, si el artículo 15.1 LRJPAC prevé de forma expresa que la encomienda de gestión pueda recaer sobre entidades de Derecho público, siguiendo el razonamiento que exponíamos anteriormente, debemos entender también que los órganos a los que se refiere en este momento son solamente aquellos órganos de las Administraciones Públicas territoriales, puesto que las encomiendas realizadas a las entidades de Derecho público –o, más concretamente, a los órganos de estas que pudieran resultar competentes– podrían encuadrarse ya dentro de la previsión específica del artículo 15.1 LRJPAC referida a dichas entidades.

Ahora bien, en este punto podríamos añadir que, como ha recalcado mayoritariamente la doctrina, la encomienda de gestión debería recaer normalmente sobre órganos administrativos no vinculados por una relación de jerarquía. Aunque es verdad que el artículo 15.1 LRJPAC no se opone expresamente a que la encomienda de gestión pueda realizarse incluso entre órganos jerárquicamente dependientes, en estos casos el recurso a la figura de la encomienda de gestión puede resultar del todo artificioso y forzado, por cuanto la realización de las actividades materiales que pretenden encomendarse podría articularse fácilmente a través de una orden del superior sobre el inferior en los términos del artículo 21 LRJPAC.¹⁵

14. Véase LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993, p. 116.

15. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”, *op. cit.*, p. 148. En el mismo sentido se expresan también unánimemente otros muchos autores, por ejemplo PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 118, o MESSEGUER YEBRA, Joaquín, “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, *op. cit.*, p. 133-134.

Como es sabido, la emanación de órdenes e instrucciones de servicio constituye una regla de funcionamiento típica de la relación de jerarquía a través de la cual se estructura una determinada organización administrativa, por lo que a través de estos instrumentos se puede ordenar fácilmente el funcionamiento interno de los servicios sin necesidad de acudir a la figura de la encomienda de gestión; no requiriéndose tampoco, por lo tanto, declaración alguna de voluntad por parte de los órganos implicados en la relación de encomienda.¹⁶ La opción contraria, como se ha afirmado, supone admitir que el órgano superior negocie con el inferior la realización de determinadas actividades, y que sería irrelevante la hipotética negativa del inferior a asumir tales tareas o la modulación de su contenido, puesto que el principio de jerarquía colocaría siempre al órgano superior en situación de imponer su parecer.¹⁷

4.2. Las “entidades de la misma o distinta Administración”. La discusión acerca de la aplicación de la encomienda de gestión a las personas sujetas al Derecho privado

La determinación de qué otros sujetos –junto a los órganos administrativos– pueden ser receptores de la encomienda de gestión, resulta esta vez mucho más confusa y problemática. Al referirse a la figura del encomendado, el artículo 15.1 LRJPAC prevé que la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios podrá ser atribuida a otras “entidades de la misma o distinta Administración”, por lo que parecería que, más allá de la mera exigencia de personalidad jurídica propia y la vinculación a una Administración Pública, no se añadiría ningún otro requisito a su concreto régimen jurídico.

No obstante, dicha apariencia no resulta del todo cierta, porque cuando se regulan las encomiendas de gestión en el seno de una misma organización administrativa (las que podríamos denominar como enco-

mienzas “intradministrativas”) se habla nuevamente de “entidades de Derecho público” (artículo 15.3 LRJPAC); mientras que, por su parte, el artículo 15.5 LRJPAC viene a excluir de forma expresa del ámbito de aplicación de dicho precepto los supuestos en que la realización de las actividades objeto de encomienda de gestión haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, cuya regulación se remite entonces a lo establecido, en lo que proceda, en la legislación contractual. Por lo tanto, como en el apartado anterior, se nos plantea una duda fundamental: cuando el artículo 15.1 LRJPAC habla de “entidades de la misma o distinta Administración”, ¿a qué está haciendo referencia? ¿Se refiere solamente a las entidades jurídico-públicas previstas en el artículo 2.2 LRJPAC o debemos entender que abarca también a las personas jurídicas constituidas de acuerdo al Derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración?

La respuesta a esta pregunta no resulta nada fácil, no solo por la propia dificultad jurídica derivada de la evidente incoherencia de la Ley, sino también por el hecho de que la determinación de su ámbito de aplicación subjetivo resulta un elemento muy importante tanto para explicar y justificar el particular régimen jurídico de esta figura, como para evitar su uso fraudulento. En cualquier caso, teniendo esto muy presente, entendemos que la resolución de esta problemática debe partir de una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación subjetivo de la encomienda de gestión, que nos llevará a limitar el uso de esta figura solamente a las personas jurídico-públicas, en sentido estricto. Por las razones siguientes.

Como hemos tenido ocasión de analizar más detalladamente en otro lugar,¹⁸ con la introducción de la figura de la encomienda de gestión lo que se pretendía era dotar al sistema administrativo –entendido como un todo funcional dirigido a la satisfacción de unas mismas finalidades de interés general– de una herramienta ágil y flexible con la que poder reaccionar ante supuestos de falta de medios o de capacidad de ges-

16. Sobre estas cuestiones pueden verse, por ejemplo NIETO GARCÍA, Alejandro, “La jerarquía administrativa”, en *Documentación Administrativa*, núm. 229, enero-marzo 1992, p. 11-64, o GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, op. cit., p. 27-29.

17. En este punto, recordar simplemente que entre los principios de conducta que se imponen a los funcionarios públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público encontramos, precisamente, el de obedecer “las instrucciones y ordenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico [...]” (artículo 54.3 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).

18. VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 129-134.

tión en el cumplimiento de sus objetivos. Partiéndose de una visión casi organicista, se quería dotar al conjunto de Administraciones Públicas de un instrumento más que permitiera colmar las posibles insuficiencias gestoras, o que les permitiera desarrollar sus funciones de un modo más eficaz; sin que fuera necesario, para ello, alterar la distribución de competencias establecida en nuestro ordenamiento, ni acudir al mercado o a la colaboración con terceros particulares. Sería la propia Administración Pública, en definitiva, la que a través de esta técnica organizativa, fundada sobre el principio de eficacia y colaboración, podría afrontar directamente la gestión de todas las actividades de interés público que le hubieran sido asignadas.¹⁹

Así, la lógica contractual o de mercado a la que responden principalmente las entidades jurídico-privadas que, con sus respectivos intereses económicos individuales, operan en el tráfico mercantil en concurrencia con los empresarios particulares, podría resultar completamente ajena a la voluntad de colaboración administrativa que caracterizaría la encomienda de gestión. Y es que la posible extensión de la encomienda de gestión a una sociedad mercantil, aunque de capital público, se tornaría extraña en cuanto que, como decimos, la encomienda tomaría solo en consideración la realización más eficaz de las competencias administrativas, pero no los intereses privados del mercado en los que se mueve esta última; en consecuencia, en cuanto que institución ajena a la lógica del mercado y a los intereses mercantiles, su utilización debería recaer solamente respecto de aquellas entidades que, de forma ordinaria, se sitúan fuera de la órbita del sector privado. Toda vez que ello contribuiría a evitar también que mediante la atribución de dichos encargos a empresas o instituciones privadas se pudiera alterar el juego de la libre competencia, u otorgar una posición de preferencia a una determinada entidad por encima del resto de particulares y sin sujetarse a los principios de objetividad, transparencia e igualdad que rigen la contratación pública.

Por lo tanto, nuestra argumentación se justificaría en atención a una interpretación finalista del artículo 15 LRJPAC, que nos llevaría a interpretar la referencia a las “entidades de la misma o distinta Administración” prevista en el artículo 15.1 LRJPAC como limitada únicamente a las Administraciones Públicas a las que se refiere el artículo 2 LRJPAC. En efecto, si como decíamos la encomienda de gestión se nos presenta como un instrumento de auxilio para garantizar la coherencia y eficacia del sistema administrativo, es solamente a las Administraciones Públicas integrantes de dicho sistema organizativo a quienes debería corresponder su ejercicio.

De tal manera, según esta interpretación, sería posible reconocer la condición de encomendado tanto a las Administraciones territoriales (ya sean de carácter estatal, autonómico o local) como a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de dichas Administraciones reguladas por la LRJPAC. Como hemos visto más arriba, estas últimas entidades se consideran, a todos los efectos de la LRJPAC, como Administraciones Públicas (artículo 2.2 LRJPAC), por lo que no solo podemos configurarlas como titulares activos de la encomienda de gestión, sino también, y sobre todo, como potenciales receptores de los encargos efectuados por las Administraciones Públicas territoriales a las que se vinculan. En este sentido, hay que precisar que en esta categoría podríamos incluir tanto a los organismos públicos típicos existentes en nuestro ordenamiento jurídico (es decir, a los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las agencias reguladas por la LOFAGE; así como a sus equivalentes autonómicos y locales) como a las entidades de régimen singular a las que nos referíamos anteriormente. Como hemos visto, y a pesar de la singularidad de su régimen jurídico, su consideración como Administraciones Públicas queda fuera de toda duda.

Asimismo, esta interpretación que proponemos a partir de una visión finalista de la Ley nos permitiría dotar de un significado coherente la regulación de esta figura,²⁰ y muy especialmente al artículo 15.5 LRJPAC,

19. Se refiere también al carácter de gestión *directa* que podría suponer la figura de la encomienda de gestión, por ejemplo, ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, “Órganos de las Administraciones Públicas”, en LEGUINA VILLA, JESÚS y SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (dirs.), *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 77-78.

20. Y es que, por ejemplo, si optáramos por una interpretación más literal del precepto analizado, ¿cómo podría justificarse que, cuando la encomienda de gestión se formaliza en el seno de una misma organización administrativa, el artículo 15.3 LRJPAC prevea que solamente puede realizarse entre personas de Derecho público, mientras que cuando la encomienda de gestión se concluye entre dos Administraciones Públicas diferenciadas su ámbito de aplicación se amplía y esta puede celebrarse incluso respecto de personas jurídico-privadas?

debiendo entender que la referencia a “personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado” se refiere no solo a los particulares en sentido estricto, sino que alcanza a todas las entidades constituidas con formas de personificación privada. Como hemos visto anteriormente y como se ha apuntado por la doctrina, es el carácter de gestión “directa” por la propia organización administrativa implícito en la encomienda de gestión lo que nos llevaría a excluir la posibilidad de aplicar su régimen jurídico a una relación de prestación de servicios en la que interviniera una persona jurídico-privada, ajena a la organización pública.²¹

De ahí que, como resultado, debamos dejar fuera del régimen jurídico de la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC a las sociedades mercantiles públicas y a las fundaciones del sector público. Remitiendo, en su caso, los posibles encargos que estas entidades puedan recibir de las Administraciones Públicas a lo establecido por la legislación contractual.

Y, como veremos a continuación, resulta muy importante remarcar esta segunda idea, por cuanto debe quedar claro que la limitación de la posible utilización de la figura de la encomienda de gestión de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a las personas jurídico-públicas que estamos defendiendo, no implica, en ningún caso, que las Administraciones Públicas no puedan atribuir la realización de algunas de las tareas que tengan asignadas a otras personas con forma jurídico-privada, sino que supone simplemente que el régimen jurídico de dicha atribución no debe buscarse en el artículo 15 LRJPAC.

En efecto, a diferencia de lo que en algunas ocasiones se ha afirmado,²² el artículo 15 LRJPAC en ningún momento prohíbe la posibilidad de encomendar la realización de determinadas tareas materiales de la competencia de las Administraciones Públicas a las entidades jurídico-privadas. Al contrario, el propio artículo 15.5 LRJPAC parece presuponer su existencia, si bien excluye dichas relaciones del régimen jurídico, y

en especial de la posibilidad de adjudicación “directa” que diseña la LRJPAC; debiéndose de someter entonces a lo que corresponda según la legislación de contratos. En este sentido, cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual ha venido previendo históricamente, y al margen de la figura de la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC, diferentes mecanismos a través de los cuales encargar la realización de actividades materiales de la competencia de las Administraciones Públicas a personas jurídico-privadas, algunos de los cuales también han discurrido tradicionalmente al margen de los procedimientos de adjudicación competitiva. Sería el caso, por ejemplo, de los convenios de colaboración que las Administraciones Públicas pueden celebrar con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado de acuerdo con el artículo 4.1 d) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP); de la gestión de servicios públicos mediante la creación de sociedades privadas de titularidad totalmente pública (artículo 8.1 TRLCSP), o, sobre todo, de los negocios jurídicos que puedan celebrarse con entidades –especialmente entidades jurídico-privadas– que tengan la consideración de medios propios a efectos del artículo 4.1 n) TRLCSP.

Otra cosa es que –y de ahí derivan buena parte de los problemas que se plantean en la actualidad– en ocasiones algunos de los mecanismos a través de los cuales se ha venido a encargar directamente a personas jurídico-privadas la realización de determinadas tareas administrativas hayan recibido –si no incorrectamente, sí de forma técnicamente poco rigurosa– la denominación de “encomiendas de gestión”.²³ Planteándose, entonces, serias dudas en torno a qué figura se está haciendo referencia y acerca de cuál debiera ser su régimen jurídico.

Como ha puesto de relieve la doctrina,²⁴ aunque ciertamente la encomienda de gestión del artículo 15

21. ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, “Órganos de las Administraciones Públicas”, *op. cit.*, p. 78.

22. ÁVILA ORIVE, José Luis, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 103-123.

23. La aprobación del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, por el que se modificaba el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas del año 2000, explica, en buena medida, el porqué de esta confusión. Dicho Real Decreto-ley, a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento el régimen jurídico de los encargos de tareas contractuales a entidades instrumentales de la Administración derivado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vino a utilizar una terminología (en concreto la expresión “encomienda de gestión”) que ya venía siendo empleada para denominar una institución jurídico-administrativa específica.

24. En este sentido, por ejemplo, BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) del

LRJPAC y los negocios jurídicos contractuales con personas jurídico-privadas responden a un mismo supraconcepto y pueden tener elementos comunes, nos encontraríamos ante dos figuras distintas, con presupuestos y requisitos diferenciados. En efecto, no solo el carácter excepcional que justifica la utilización de la encomienda de gestión –limitándose solamente a los supuestos de carencia de medios materiales o de falta de eficacia en la gestión (artículo 15.1 LRJPAC)– nos permite diferenciar esta institución de las figuras contractuales anteriores, que se prevén como supuestos ordinarios de contratación, sino que la posibilidad de que la encomienda de gestión recaiga sobre simples órganos de una misma Administración Pública (artículo 15.3 LRJPAC), la limitación de la encomienda de gestión únicamente a la realización de actividades de carácter meramente material (artículo 15.2 LRJPAC), o la exigencia de determinados requisitos de forma para la conclusión de la relación de encomienda –como, por ejemplo, la necesidad de publicar los acuerdos de encomienda de gestión “intradministrativos” (artículo 15.3 LRJPAC), o la exigencia de celebrar un convenio entre las diferentes Administraciones Públicas intervinientes (artículo 15.4 LRJPAC)–, se nos presentan como límites subjetivos, objetivos y formales no previstos expresamente para los posibles encargos que se realicen respecto de personas jurídico-privadas al amparo del TRLCSP, y que, por lo tanto, nos pueden servir para distinguir jurídicamente ambos supuestos.

En definitiva, sin poder detenernos más en estas cuestiones, debemos concluir este apartado afirmando que la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC solamente sería aplicable a los encargos realizados a entidades jurídico-públicas; excluyendo, de este modo, de su ámbito de aplicación no solo a los particulares, sino también a las sociedades mercantiles públicas y a las fundaciones del sector público, cuyo régimen jurídico se remitiría a la legislación contractual. En consecuencia, es también a partir de estas constataciones que debemos pasar ahora a analizar la legislación autonómica catalana y, en particular, cuál ha sido la concreción que la mencionada Ley 26/2010, de 3 de

agosto, ha hecho del ámbito subjetivo del “encargo de gestión”.

5. La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña

Una de las consecuencias de la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006 (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) es la paulatina –pero necesaria– adaptación del ordenamiento catalán a las nuevas competencias estatutarias asumidas por la Generalitat. Uno de los ámbitos en los que, de momento, dicha adaptación se ha hecho más evidente, ha sido el de la organización y funcionamiento de la Administración Pública. Como ya hemos avanzado anteriormente, la aprobación de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, ha supuesto un primer intento de establecer un régimen jurídico común al conjunto de Administraciones Públicas catalanas, concretando, por ejemplo y entre otros muchos aspectos de interés, las especialidades procedimentales y organizativas propias de la Administración catalana, o abordando la regulación de las relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas existentes en Cataluña.²⁵

Sin embargo, como ya hemos avanzado en la Introducción, de entre las muchas novedades previstas por la Ley 26/2010, de 3 de agosto, a nosotros nos interesa solamente un aspecto muy concreto de ella: el relativo a la figura del “encargo de gestión” y, más específicamente, el del ámbito subjetivo de aplicación de esta institución. Así, para aproximarnos a todas estas cuestiones tomaremos como referencia el mismo esquema expositivo que hemos venido utilizando hasta ahora, analizando separadamente, en primer lugar, cuáles son los operadores jurídicos que la legislación catalana habilita para hacer uso de esta figura, para pasar, en segundo lugar, a examinar qué órganos o entidades pueden ser susceptibles de recibir un encargo de gestión.

TRLCAP”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, enero-mayo 2006, p. 79-80; AMOEDO SOUTO, Carlos, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto 2006, p. 270-272, o PASCUAL GARCÍA, José, *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Boletín Oficial del Estado, Estudios Jurídicos 13, Madrid, 2010, p. 94-97.

25. Un estudio general y exhaustivo de la nueva Ley catalana puede verse en TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Ed. Iustel (en preparación).

5.1. El encomendante

Mencionábamos hace un instante cómo el artículo 10.1 LRJCat, al regular la figura del encargo de gestión, señalaba que podía ser objeto de encargo de gestión la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia “de los órganos administrativos, los organismos o entidades públicas”. Si hacemos una lectura rápida de este precepto podríamos llegar a la conclusión de que la voluntad del legislador catalán ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la encomienda de gestión, puesto que, junto a la referencia a los órganos administrativos, la utilización del término “organismos y entidades públicas” resultaría mucho más abierta que la noción de “entidades de Derecho público” utilizada por la LRJPAC, a la vez que prescindiría de cualquier referencia a la personalidad jurídica, pública o privada, de los entes de que se tratara, con lo que podríamos pensar que admitiría también la formalización de encomiendas de gestión respecto de personas constituidas con arreglo al Derecho privado.

No obstante, más allá de esta primera impresión, creemos que no resulta posible mantener esta interpretación por una razón muy simple. Como apuntábamos más arriba, el artículo 15.2 LRJPAC limita la capacidad para ocupar la posición activa de la encomienda de gestión únicamente a aquellos órganos o entidades de Derecho público con capacidad suficiente para dictar actos o resoluciones jurídicas con eficacia *ad extra*, susceptibles de modificar la posición subjetiva de la Administración Pública; capacidad que, por ejemplo, no puede predicarse de las sociedades mercantiles ni las fundaciones del sector público.

Esta previsión básica de la LRJPAC se recoge y se reitera expresamente también en la Ley catalana, señalando que es responsabilidad del órgano, organismo o entidad pública que haya realizado el encargo “dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico lo apoyen o en los que se integre la actividad material concreta objeto del encargo” (artículo 10.2 LRJCat), por lo que tendríamos que admitir que en dicha Comunidad Autónoma sería posible también llegar a la misma conclusión que manteníamos entonces. Considerando, por lo tanto, que solo las personas jurídico-públicas resultan habilitadas activamente para hacer uso de la figura del encargo de gestión.

Para ahondar aún más en nuestra argumentación, si acudimos al Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la empresa pública catalana, podremos comprobar cómo –a pesar de que se sigue previendo la misma tipología de entidades instrumentales existente en la Ley 11/1977, de 4 de enero, general presupuestaria– el Estatuto de la empresa pública catalana solamente atribuye el ejercicio de potestades administrativas a las entidades constituidas mediante formas de personificación de Derecho público (ya sean entidades autónomas administrativas o entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado).²⁶ En este sentido, podríamos entender que el hecho de que el legislador catalán haya optado por esta terminología más amplia –incluyendo no solo a los órganos administrativos, sino también a “organismos y entidades”– responde a la voluntad de dar cabida a la “atipicidad” propia de este ordenamiento jurídico, que sigue ordenándose al margen de las categorías “típicas” previstas en la LOFAGE.

26. El cuadro de entidades que delimita el ámbito de aplicación del Estatuto de la Empresa Pública catalana lo integran: a) las “entidades autónomas” de la Generalitat que realicen operaciones o presten servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero; b) las empresas de la Generalitat, que se subdividen, por un lado, entre las “entidades de Derecho público” con personalidad jurídica propia sometidas a la Generalitat, pero que deben ajustar su actividad al ordenamiento jurídico-privado, y, por el otro, las “sociedades civiles o mercantiles” con participación mayoritaria de la Generalitat, de sus entidades autónomas o de las sociedades en las que la Generalitat o las mencionadas entidades posean también participación mayoritaria; y, finalmente, c) las “sociedades civiles o mercantiles” vinculadas a la Generalitat. Dentro de este complejo organizativo, como decíamos, solamente se reconocen a las entidades autónomas de la Generalitat y a las entidades de Derecho público la disposición de potestades administrativas y la capacidad para dictar actos administrativos. Véanse los artículos 6, 22 y 43, a *sensu contrario*, del Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la empresa pública catalana. Igualmente, artículo 4 del Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña.

Sobre la organización institucional en Cataluña, FONT I LLOVET, Tomàs, “La Administración institucional de las comunidades autónomas: notas sobre la Generalitat de Cataluña”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 93, 1980, p. 313-340; PITA GRANDAL, Ana M.^a, “L’empresa pública en l’ordenament jurídic de Catalunya”, en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 2-3, 1985, p. 70-84, o, más recientemente, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis e YSA FIGUERES, Tamiko, *Les personificacions instrumentals locals a Catalunya: organismes autònoms, consorcis, mancomunitats i societats públiques*, EAPC, segunda edición, Barcelona, 2003.

A la vez que mediante esta denominación, y de forma similar a lo que ocurre con los organismos públicos previstos en las disposiciones adicionales de la LOFAGE, se podrían incluir también dentro del ámbito de aplicación de la encomienda de gestión una gran variedad de entidades públicas existentes en Cataluña, con muy variadas denominaciones, y que, aunque caracterizadas por gozar de personalidad jurídica propia, por someter su actuación al Derecho Administrativo y por el hecho de atribuírseles la gestión de tareas de interés público, su régimen jurídico resulta notablemente heterogéneo (como, por ejemplo, la *Agència de Suport a l'Empresa Catalana*, prevista en la Ley 9/2009, de 30 de junio, o el *Institut Superior de les Arts*, regulado en la Ley 12/2009, de 10 de julio).

Finalmente, por lo que se refiere a la noción de “órganos administrativos” utilizada por el artículo 10.1 LRJCat, podríamos incluir en ella no solo a los órganos administrativos integrados dentro de la estructura organizativa de la Generalitat catalana, sino también a los órganos de las entidades que integran la Administración local en Cataluña [artículo 3 b) LRJCat], esto es, a los municipios, provincias y comarcas (artículo 3 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 adelante TRLMRLC) y a las entidades municipales descentralizadas, las entidades metropolitanas y mancomunidades de municipios (artículo 2 TRLMRLC).²⁷

5.2. El encomendado

En segundo lugar, siguiendo con nuestra argumentación, debemos referirnos a la posición jurídica del encomendado, que, como en el caso anterior, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, parece regular con mayor amplitud que la prevista en el artículo 15 LRJPAC. Así, en Cataluña se prevé que el encargo de gestión puede recaer no solo sobre los órganos administrativos, sino

también sobre “otros órganos, organismos o entidades públicas de la misma o distinta Administración” (artículo 10.1 LRJCat).

En este caso, como ya hiciéramos en el apartado anterior, podríamos intentar forzar una interpretación de la Ley catalana que nos permitiera concluir que, efectivamente, la encomienda de gestión se refiere solamente a las entidades jurídico-públicas. De hecho esta sería la conclusión más coherente, puesto que si anteriormente entendíamos que la referencia a los “órganos, organismos o entidades públicas” prevista para el sujeto encomendante en el artículo 10.1 LRJCat se limitaba a las personas jurídico-públicas, no tendría mucho sentido que ahora modificáramos sustancialmente dicha interpretación para el encomendado, dando una lectura mucho más amplia a la misma expresión y admitiendo que esta pudiera englobar también a las personas jurídico-privadas.

Sin embargo, en este punto nos encontramos con una dificultad añadida, puesto que si anteriormente teníamos un argumento que nos parecía sólido para defender dicha hipótesis, ahora nos encontramos con que el tenor literal de la LRJCat nos lleva a la situación inversa. Y es que si acudimos al artículo 10.7 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, se nos dice: “Si el encargo de gestión tiene un objeto propio de un contrato incluido en el ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, solo puede hacerse a organismos o entidades públicas que tengan la condición de medio propio de la Administración, organismo o entidad pública [...], de conformidad con lo dispuesto por dicha legislación”. En nuestra opinión, la referencia a las entidades que tengan la condición de medio propio, aun sin mencionarlas expresamente, nos remite claramente a la discusión sobre la posibilidad de encomendar actividades administrativas a sociedades mercantiles instrumentales. Por lo que parecería que el artículo 10.7 de la Ley catalana estaría abriendo la puerta a supuestos de encomienda de gestión realizados a personas jurídico-privadas.²⁸

27. No podríamos incluir en este ámbito, en cambio, las comunidades de municipios, por cuanto, como prevé el artículo 123.2 TRLMRLC, carecen de personalidad jurídica propia.

28. Obviamente, sería posible entender que la mención a los medios propios contenida en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, no hace referencia, necesariamente, a personas jurídico-privadas, pues tan instrumentales pueden llegar a ser aquellas entidades constituidas de acuerdo con el Derecho privado como aquellas constituidas con arreglo al Derecho público. Pero esta interpretación, aun siendo posible, nos alejaría de la realidad de la práctica administrativa, caracterizada por el recurso cada vez más habitual de las Administraciones Públicas a ese primer tipo de personificaciones, a la vez que demostraría un desconocimiento total de la problemática planteada en el ámbito comunitario en torno a esta cuestión. Por lo tanto, entendemos que una interpretación en este sentido no sería razonable.

El problema, sin embargo, es que, desde nuestro punto de vista, esta última afirmación no puede considerarse admisible. Por una razón fundamental, y es que no podemos olvidar que la LRJPAC se aprobó con carácter de legislación básica al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, es decir, como una norma dirigida a fijar un mínimo común denominador obligatorio, a partir del cual las diferentes comunidades autónomas pudieran establecer sus propias regulaciones particulares.²⁹ Desde esta perspectiva, si entendemos que, como decíamos anteriormente, la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC encuentra la justificación de su peculiar régimen jurídico en la expresa consideración “jurídico-pública” de los sujetos que intervienen en ella, no podemos más que deducir que el elemento subjetivo se configura entonces como un elemento esencial y definitorio de esta figura.

En consecuencia, si como hemos interpretado previamente la LRJPAC limita expresamente su ámbito de aplicación únicamente a las personas jurídico-públicas (artículo 15.5 LRJPAC), el hecho de que una Comunidad Autónoma prevea lo contrario no podría sino definirse como una vulneración de la legislación básica. De ahí que tuviéramos que concluir que la referencia a los “órganos, organismos o entidades públicas” prevista en la Ley catalana alude solamente a las personas jurídico-públicas a las que nos referíamos anteriormente; excluyéndose, nuevamente, la posibilidad de formalizar dichos encargos respecto de personas jurídico-privadas, como pudieran ser las sociedades mercantiles o las fundaciones del sector público.

Como decíamos entonces, ello no supone en ningún caso que las Administraciones Públicas catalanas no puedan atribuir la gestión de determinadas actividades administrativas de su competencia a las entidades con forma de personificación de Derecho privado, sino que implica simplemente que este encargo no puede articularse de forma directa a través del mecanismo previsto por el artículo 10 LRJCat, debiéndose de acudir en estos supuestos a lo establecido en la legislación contractual. En cualquier caso, creemos oportuno

destacar que lo que, en nuestra opinión, subyace en la regulación catalana, es la confusión que antes mencionábamos entre el desarrollo normativo de la figura de la encomienda de gestión prevista en la LRJPAC, y la voluntad del legislador catalán de positivizar también la capacidad de las Administraciones Públicas de dicha Comunidad Autónoma de realizar directamente encargos a sus propias entidades instrumentales privadas, tal y como admite también el TRLCSP. Como dijimos, ambas instituciones, aunque derivadas de un mismo supraconcepto, tienen un régimen jurídico y unos requisitos sustancialmente diferentes que, sin embargo, en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, se mezclan indistintamente. Efectivamente, de la redacción del precepto nos resulta difícil poder encontrar una interpretación jurídica alternativa que nos permitiera separar ambos supuestos y reconducir correctamente la aplicación de la norma, y es que la generalidad con la que se expresa el precepto parece hacer referencia indudablemente a una sola institución.

En este punto, debemos indicar que el artículo 178.1 de la recientemente aprobada Ley 10/2011, de 29 de diciembre, de simplificación y mejora de la regulación normativa (BOE núm. 12, de 14 de enero de 2012), ha modificado por completo la redacción inicial del artículo 10.7 LRJCat, estableciendo que el régimen jurídico del encargo de gestión no será de aplicación si el encargo tiene un objeto propio de un contrato del sector público; añadiéndose que: “De acuerdo con lo dispuesto por dicha legislación, el encargo solamente puede hacerse a organismos o entidades públicas que tengan la condición de medio propio de la Administración, organismo o entidad pública”. No obstante, la modificación introducida no altera nuestra conclusión anterior. Al seguir vinculando esta institución con la condición de medio propio, nuevamente, parece tener más en mente la discusión acerca de la problemática de los encargos de tareas contractuales realizados a entes instrumentales en forma privada, que la voluntad de precisar el régimen jurídico del encargo de gestión.

29. En este punto, debemos recordar la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2010, de 28 de junio, que, entre otros aspectos, ha venido a recordar que la regulación autonómica sobre las relaciones entre Administraciones Públicas –especialmente en el ámbito local– debe respetar, en todo caso, la normativa básica del Estado en esta materia. Sobre ello, más extensamente, GALÁN GALÁN, Alfredo y GRACIA RETORTILLO, Ricard, “Estatuto de Autonomía de Cataluña, Gobiernos locales y Tribunal Constitucional”, en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12, 2011, p. 237-301, y GRACIA RETORTILLO, Ricard y VILALTA REIXACH, Marc, “Las relaciones interadministrativas de las Administraciones Públicas de Cataluña”, en *TORNOS MAS, Joaquín (coord.), Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Ed. Iustel (en preparación).

Aun así, con la modificación de 2011 se nos plantean algunas dudas importantes: ¿Se refiere este precepto –como sucedía con la redacción anterior– a los supuestos de encomienda que tengan un objeto contractual, o, por el contrario, limita “toda” posible encomienda de gestión únicamente a los sujetos que tengan la consideración de medio propio? La redacción de este precepto, ciertamente, no resulta nada clara, toda vez que las consecuencias que podría tener en cuanto a su aplicación práctica no resultarían nada despreciables.³⁰

Pero, al mismo tiempo, la Ley 10/2011, de 29 de diciembre, añade un nuevo apartado 8 a la regulación de la encomienda de gestión contenida en la LRJCat, previendo la posibilidad de que las diferentes Administraciones Públicas puedan delegar funciones a los colegios profesionales competentes por razón de la materia (artículo 178.2 Ley 10/2011, de 29 de diciembre). En este punto, las dudas surgen por la concreta terminología empleada por la Ley: “delegar”. ¿Por qué, a pesar de que los artículos 8 y 116.1 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, regulan específicamente la figura de la delegación de competencias, se introduce un apartado relativo a esta figura en el artículo regulador de la encomienda de gestión? ¿La opción prevista en dicho apartado estaba pensando realmente en la delegación de competencias o quería referirse, quizá, a la encomienda de gestión? Al mismo tiempo ello nos plantea la duda de si la encomienda de gestión resulta también aplicable a los colegios profesionales. Y ¿solo a los colegios profesionales? ¿Qué sucede con las restantes corporaciones de Derecho público representativas de intereses?

No nos resulta posible en este momento abordar detenidamente estas cuestiones, que requieren de un estudio mucho más detallado. Simplemente indicar que, como hemos analizado en otro momento,³¹ la

doctrina mayoritaria parece haber admitido el carácter público de los colegios profesionales y su sujeción al Derecho Administrativo cuando estos ejercen funciones públicas.³² De ahí que, siendo coherentes con las conclusiones a las que llegábamos al referirnos a las entidades públicas empresariales, podríamos considerar que, en la medida en que los colegios profesionales se configuran como personas jurídico-públicas que ejercen funciones de interés público, podrían acudir a los principios e instrumentos de organización y funcionamiento reconocidos por nuestro ordenamiento a las diferentes entidades públicas, y, entre ellos, a los mecanismos de colaboración administrativa como la encomienda de gestión.

6. Conclusión

Las afirmaciones anteriores nos sirven para poner punto y final a este trabajo, en el que hemos intentado poner de relieve cómo la determinación de qué entidades concretas resultan habilitadas en nuestro ordenamiento jurídico para hacer uso de la figura de la encomienda de gestión no resulta una cuestión nada fácil. Seguramente, la escasa atención doctrinal que ha merecido la figura de la encomienda de gestión, objeto normalmente de estudios muy amplios en el marco de los mecanismos de colaboración administrativa o de transferencia del ejercicio de las competencias, sea una de las razones que explicarían el porqué de esta indefinición; pero, sobre todo, el hecho de que se trate de una institución todavía con unos contornos normativos escasamente definidos, que se mueve en la estrecha frontera que separa la colaboración administrativa y la contratación pública, es otro de los motivos que contribuyen a dificultar al operador jurídico la tarea de delimitar con facilidad su régimen jurídico.³³

30. Piénsese, por ejemplo, en los convenios de encomienda entre dos Administraciones Públicas territoriales diferenciadas. La autonomía que se reconoce constitucional y estatutariamente a cada una de ellas haría ciertamente difícil poder atribuir a una de ellas el carácter de medio propio respecto de la otra; con la consiguiente imposibilidad –según una interpretación literal de dicho precepto– de formalizar una relación de encomienda entre ellas. Nuevamente, sobre todas estas cuestiones, VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 325-330.

31. VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 117-120.

32. En este sentido, por ejemplo, SALOM PARETS, Aina, *Los colegios profesionales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 83-113, o GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 398-400, quienes califican dichas corporaciones como Administración *secundum quid* en la medida de que sean titulares de funciones públicas.

33. Sobre estas cuestiones pueden verse, entre otros, GIMENO FELIU, José María, “Problemas actuales de la Administración municipal desde la perspectiva del Derecho comunitario: incidencia en la organización de las normas de contratación pública”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 71-72, 2008, p. 139-188, o VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 339-362.

En todo caso, como hemos visto a lo largo de nuestra exposición, la respuesta a las preguntas que nos planteábamos inicialmente ha partido siempre de una interpretación restrictiva de nuestro ordenamiento jurídico, que, justificándose en la consideración de la encomienda de gestión como un instrumento dirigido a garantizar la eficacia de la actuación pública y la necesaria colaboración entre el conjunto de Administraciones Públicas existentes para la satisfacción de los intereses generales (artículo 103.1 CE), nos ha llevado a limitar la aplicación de esta institución solamente a las personas jurídico-públicas. ■

28_{QDL}

Ponencias, crónicas y notas



La integración de la solvencia con medios externos en los contratos del sector público

Juan Carlos Gris González

Secretario general de la Diputación Provincial de Zamora

1. Introducción
 2. Clases de solvencia que pueden integrarse con medios externos
 3. Vínculo entre el operador económico y la entidad externa
 4. La solvencia de las personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades
 5. La subcontratación en la fase de selección del adjudicatario
 6. La solvencia de las personas jurídicas pertenecientes a una agrupación de interés económico
 7. Conclusiones
- Bibliografía

Resumen

El presente estudio aborda, desde una óptica eminentemente práctica, la integración de la solvencia con medios externos en el ámbito de la contratación pública, tal y como ha sido configurada en la normativa comunitaria y nacional. Particularmente, analiza la evolución de la legislación en la que se regula esta materia, las clases de solvencia susceptibles de ser integradas con medios de terceros, los vínculos que deben existir entre el licitador y la entidad externa y la integración de la susodicha solvencia por medio de los grupos de sociedades, la subcontratación y las agrupaciones de interés económico.

Palabras clave: *solvencia; medio externo; integración; grupo de sociedades; subcontratación; agrupación de interés económico.*

Abstract

The present study approaches, from an eminently practical optics, the integration of the solvency with external means in the area of the public contracting, as been formed in the community and national regulation. Particularly, he analyzes the evolution of the legislation in which there are regulated this matter, the classes of solvency capable of being integrated by means of third parties, the links that must exist between the bidder and the external entity and the integration of the above-mentioned solvency by means of the groups of companies, the subcontracting and the groups of economic interest.

Keywords: *solvency; external way; integration; group of companies; subcontracting; group of economic interest.*

1. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en interpretación de las Directivas del Consejo 71/305/CEE y 92/50/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, respectivamente, admitió la posibilidad de que los licitadores acrediten la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado basándose en medios de otras entidades. Así, este Tribunal advirtió que un candidato no puede ser excluido porque, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que sean propiedad de una o varias entidades distintas de él, pudiendo referirse a las capacidades de organismos o empresas a los que está unido por vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, viniendo en tal caso obligado a probar que puede efectivamente disponer de tales medios que no son de su propiedad, pero que son necesarios para la ejecución del contrato.¹

Esta doctrina jurisprudencial, así como la normativa europea a la que aquella sirve como regla de interpretación (Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios –ya citada–, 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras), fueron incorporadas en el artículo 15.1, párrafo segundo, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, cuando dispone que, en el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, a efectos de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o de la correspondiente clasificación, en su caso, de la persona jurídica dominante, siempre y cuando esta acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.

El sentir citado de la jurisprudencia comunitaria tuvo su reflejo en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 18/2004/CEE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, la cual deroga la Directiva 92/50/CEE (excepto a su artículo 41) y las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE. En este sentido, los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 18/2004/CEE disponen que, en su caso y para un contrato determinado, el operador económico pueda basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal supuesto –continúan diciendo esos artículos–, el operador económico deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, procedió a transponer estos preceptos al Derecho interno en su artículo 52, el cual establece que para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios. Actualmente, a causa de la unificación de las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley que ha efectuado el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, este artículo ha quedado derogado, pero ha sido reproducido literalmente en el artículo 63 de esta última norma.

2. Clases de solvencia que pueden integrarse con medios externos

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se mostró favorable a la acreditación de la solvencia con medios ajenos a los del licitador, bien es cierto que esta postura contaba con matices.² Así, este órgano consultivo, en línea con los postulados

1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 1994, asunto C-389/92 (Ballast Nedam Groep/Belgische Staat), 18 de diciembre de 1997, asunto C-5/97 (Ballast Nedam Groep/Belgische Staat), 2 de diciembre de 1999, asunto C-176/98 (Holst Italia), y 18 de marzo de 2004, asunto C-314/01 (Siemens y ARGE Telekom).

2. Informe 45/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

que venía manteniendo la jurisprudencia comunitaria al respecto, consideraba que, aunque “una empresa que prueba que, para ejecutar un contrato, dispone de manera efectiva de los medios que son necesarios y que pertenecen a otra empresa u organismo con la que mantiene vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe ser admitida para concurrir a la adjudicación”, aquellos medios de solvencia que se refieren a aspectos propios del licitador (los que están inequívocamente unidos a este o, si se quiere, los personalísimos) no pueden ser admitidos a tal fin.³ En consecuencia y a nivel práctico, esta doctrina aceptaba el apoyo de medios externos para cumplir determinados requisitos de solvencia como, por ejemplo, la disponibilidad de personal técnico cualificado, de medios materiales tales como maquinaria, material, instalaciones y equipo técnico, o de la experiencia, pero se opone a que otros requisitos, como el de la solvencia financiera, puedan ser cumplidos en base a medios de otras personas distintas del licitador.

La Directiva 18/2004/CEE y el propio texto refundido de la Ley de contratos del sector público –y su antecesora, la Ley de contratos del sector público–, por su parte, se refieren a la acreditación de la solvencia con medios ajenos sin mayores distinciones ni restricciones. Esto nos conduce, inevitablemente, a convenir que la interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que acabamos de apuntar no es ahora conforme con el tenor literal de la normativa actualmente vigente –ni con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas–, la cual habilita a que con la integración ajena se pueda avalar tanto la solvencia económica y financiera como la profesional o técnica. Sin embargo, a pesar de esta conclusión, no puede dejarse de reconocer que es difícil imaginar la integración con medios externos en los supuestos relativos a la capacidad económica y financiera del operador económico.⁴

No obstante, aunque, con los matices que se acaban de exponer, todas las clases de solvencia sean susceptibles de ser integradas con medios externos, hay algunas, como pone de manifiesto Escrihuela Morales, que pueden entrañar cierta problemática. Así, cuando esa integración se refiera a los recursos humanos, habrá que tener en cuenta que, bajo nin-

gún concepto, puede incurrirse en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores contemplados en el artículo 43.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el cual, entre otras, veda las cesiones cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria (el Tribunal Supremo, de modo reiterado, entiende que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la relación se limita a suministrar mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman la estructura empresarial).⁵

3. Vínculo entre el operador económico y la entidad externa

El reiterado artículo 63 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público –y también su inmediato predecesor, el artículo 52 de la Ley de contratos del sector público–, en consonancia con los criterios plasmados en la normativa y en la jurisprudencia comunitaria, aprueba la utilización de la integración de la solvencia con medios ajenos “independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos” que unan al operador económico y a la entidad externa en que este hace descansar la justificación de su solvencia.

Por consiguiente, hay que subrayar que lo trascendental ahora, al objeto de cumplimentar la solvencia con medios de terceros, no es el tipo de vínculo que el licitador posee con la entidad en que se basa para tal acreditación, sino la efectiva accesibilidad a tales medios, de tal suerte que se garantice la correcta ejecución del contrato en el supuesto de que el susodicho licitador sea el adjudicatario del mismo, lo cual, en definitiva, es lo que se persigue con dicha previsión. Y ese acceso a recursos ajenos, para el legislador actual, es factible por cualquier cauce admitido por nuestro ordenamiento jurídico, con lo que no solo se puede dar el aludido acceso cuando entre el licitador y el tercero existan enlaces directos, sino también cuando las vinculaciones sean meramente indirectas, siempre que

3. *Idem*.

4. Informe 29/2008, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

5. Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009, rec. 57/2008.

permitan a aquel disponer efectivamente de los medios de este que sean necesarios para la ejecución del contrato. En definitiva, la legislación vigente autoriza la integración con medios externos más allá del concepto de “grupo de sociedades” (vinculación directa), que era la frontera en que se había parado el artículo 15.1 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, y acepta que la misma pueda efectuarse por otros mecanismos como, por ejemplo, la subcontratación o las agrupaciones de empresarios (vinculación indirecta).

Es más, cabe afirmar que puede integrar su solvencia tanto el que necesita completarla, puesto que no la posee en su totalidad, como aquel que prefiere complementarla para garantizar una mejor ejecución del contrato, aunque por sí mismo posea la solvencia exigida para un contrato determinado.⁶ No obstante, existen otras posiciones doctrinales que, si bien toleran que una empresa sea admitida a licitar cuando pruebe la disposición de los medios necesarios para ejecutar un contrato basándose en los de otra con la que mantiene vínculos directos o indirectos, exigen que tal licitador justifique un mínimo de solvencia mediante recursos propios.⁷ Argumentan los favorables a este segundo parecer que, pese a que el artículo 52 de la Ley de contratos del sector público –actual artículo 63 del texto refundido– no parece establecer limitación a la acreditación de la solvencia con medios externos, ha de tenerse en cuenta que la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, o, en su caso, la clasificación, es una de las condiciones de aptitud que ha de poseer el empresario para poder contratar con el sector público, conforme a lo dispuesto en el artículo 43.1 de la citada Ley –ahora artículo 54 del texto refundido–, con lo que, de la interpretación conjunta de esos artículos, se ha de considerar que, si bien el empresario puede acudir a medios ajenos para acreditar su solvencia, ha de cumplir con el requisito indispensable para contratar con el sector público de acreditar un mínimo de solvencia mediante mecanismos propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos, pues, de lo contrario, no se le podría considerar apto para contratar con el sector público.⁸

De cualquier forma, la Directiva 18/2004/CEE indica expresamente que la admisibilidad de la integración de solvencia con medios externos queda condicionada a que el operador económico demuestre ante el poder adjudicador que dispondrá de los recursos necesarios para la ejecución del contrato. En ese mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hace hincapié en que corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado, y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados.⁹

Ello no obstante, hay opiniones, como la de Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., que consideran que, a la hora de motivar la solvencia con recursos de otras entidades, no se necesita la previa existencia del vínculo jurídico que une al operador económico con el ente externo. Este sentir, sin embargo, se adivina como complicado de compatibilizar con esta exigencia comunitaria de justificación del acceso a los recursos ajenos.

Así pues, parece más apropiado entender que la integración de solvencia con medios externos es una posibilidad admisible únicamente cuando quede totalmente garantizada la ejecución del contrato, siendo recomendable que en los pliegos de cláusulas administrativas se recoja expresamente que si los licitadores acuden a la posibilidad que les brinda el artículo 63 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, se les exigirá demostrar que para la ejecución del contrato dispondrán de los medios aportados a través de otra entidad mediante la exhibición del correspondiente documento de compromiso y que, en el supuesto de resultar adjudicatario del contrato, el licitador se compromete a ejecutar el mismo con los mismos mecanismos que ha aportado para acreditar su solven-

6. Informe 1/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

7. Informe 6/2010, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid.

8. *Idem*.

9. Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, *op. cit.*, en nota al pie núm. 1.

cia.¹⁰ Asimismo, en estos supuestos, de conformidad con la misma línea doctrinal, debería recogerse específicamente en el contrato dicha circunstancia, adjuntando los compromisos debidamente formalizados.¹¹

En todo caso, los vínculos entre el operador económico y el ente externo pueden instrumentalizarse –como ya se apuntó– a través de cualquiera de los sistemas legitimados en Derecho, siendo lícitos, en consecuencia, tanto los oportunos acuerdos o convenios celebrados de conformidad con la normativa legal aplicable al caso, como las declaraciones evacuadas al efecto por parte de los representantes de la entidades externas con poder bastante (siempre que se justifique la suficiencia del poder para adquirir tales compromisos). Por el contrario, no sería una vía adecuada para hacer efectivos los susodichos compromisos la mera manifestación del licitador invocando la disposición de medios ajenos, ya que –como es evidente– aquí no estaría enteramente asegurada la accesibilidad de este a los recursos alegados.

4. La solvencia de las personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades

En primer lugar, hay que precisar que, atendiendo al artículo 42.1 del Código de Comercio, existe un grupo de sociedades cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

Aclarado esto, debemos, seguidamente, poner el acento en el criterio que en torno a este extremo ha venido manteniendo la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al examinar una solicitud de clasificación presentada por una persona jurídica que domina un grupo, dispone que, para apreciar los criterios a que debe responder un contratista, se tendrá en cuenta a las sociedades que pertenezcan al grupo, siempre y cuando la persona jurídica de que se trate acredite, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo jurídico que la une a sus filiales, que posee efectivamente a su disposición

los medios de dichas sociedades que sean necesarios para la ejecución de los contratos.¹² Aclara también ese mismo Tribunal que, cuando se acredite que la mencionada persona tiene efectivamente a su disposición los medios de las sociedades pertenecientes al grupo que sean necesarios para la ejecución de los contratos, la autoridad competente está obligada a tener en cuenta las referencias de dichas sociedades para apreciar la aptitud de la persona jurídica interesada.¹³

Haciéndose eco de esta doctrina jurisprudencial, la Directiva 18/2004/CEE, en su artículo 52.1, establece que los Estados miembros adaptarán las condiciones de inscripción en las listas oficiales de contratistas, proveedores o prestadores de servicios autorizados y las de expedición de certificados por parte de organismos de certificación, a la posibilidad de integrar la capacidad con medios externos en relación con las solicitudes de inscripción presentadas por los operadores económicos que formen parte de un grupo y utilicen los medios puestos a su disposición por las demás sociedades del grupo. Estos operadores –sigue diciendo la Directiva– deberán en este caso probar a la autoridad que establece la lista oficial que disponen de dichos medios durante toda la validez del certificado que acredite su inscripción en la lista oficial, y que dichas sociedades siguen cumpliendo durante ese mismo periodo los requisitos en materia de selección cualitativa a que se acogen dichos operadores para su inscripción.

Este precepto comunitario, fue transpuesto en el Derecho nacional por medio del artículo 56.3 de la Ley de contratos del sector público –ahora sustituido por el artículo 67.3 del texto refundido–, el cual preveía que, a los efectos de la valoración de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de las personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el artículo 59.2 de la misma norma –actualmente sería el artículo 70.2 del texto refundido–, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.

10. Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, *op. cit.*, en nota al pie núm. 4.

11. *Idem.*

12. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 1994, asunto C-389/92 (Ballast Nedam Groep/Belgische Staat).

13. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 1997, asunto C-5/97 (Ballast Nedam Groep/Belgische Staat).

El antecedente de este precepto en el ordenamiento español es el artículo 15.1 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, mientras en base a este último se podían tener en consideración las sociedades pertenecientes al grupo para valorar la solvencia o clasificación de la empresa dominante del grupo, el actual artículo 67.3 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, en coherencia con lo recogido por el artículo 63 de la misma norma, prevé la posibilidad de tener en cuenta a las sociedades del grupo para la evaluación de la solvencia o clasificación de cualquiera de las sociedades del grupo, y no únicamente para beneficio de la dominante.

Asimismo, aunque el señalado artículo 67.3, al usar la forma verbal “podrá”, parece que deja en manos del poder adjudicador la decisión de tomar en consideración a las sociedades del grupo a la hora de evaluar la solvencia de las empresas incluidas en un grupo de sociedades, lo cierto es que, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hay que deducir que, más que una opción, es una obligación si se cumple el último de los requisitos del precepto, esto es, que la sociedad justifique que tiene acceso efectivo a los recursos de las susodichas sociedades, durante un año si se trata de integrar la solvencia económica y financiera, y tres si se trata de la técnica o profesional.¹⁴

5. La subcontratación en la fase de selección del adjudicatario

La doctrina española ha venido relacionando, de modo nada infrecuente, a la integración de la solvencia con medios ajenos con la institución de la subcontratación, bien es cierto que sus conclusiones no son siempre coincidentes.

Mismamente, Escrihuela Morales, partiendo de que el texto refundido de la Ley de contratos del sector público consiente que la integración de medios ajenos pueda hacerse tanto a través de vínculos directos como indirectos, considera a la subcontratación como una de las posibles opciones que legalmente existen para acreditar la solvencia con recursos externos, poniendo

a disposición del licitador los medios del subcontratista, para lo cual tendrán que otorgarse los oportunos documentos con el objeto de garantizar y probar la efectiva accesibilidad a los reseñados medios por parte de aquel, en la ejecución del contrato.

Otros autores, como Gimeno Feliu, han sido firmes defensores de la posibilidad de valorar la subcontratación en la fase de solvencia –hasta el punto de proponer que la subcontratación se regulase en la Ley de contratos del sector público con la solvencia y no con la fase de ejecución–, ya que este criterio podría permitir que realmente se seleccionara a las empresas más capaces desde una óptica íntegra del contrato, con lo que, a la vez de garantizar una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual. Sin apartarse de este camino doctrinal, las Juntas Consultivas de Contratación de las Islas Baleares y de Aragón vienen a colegir que la subcontratación encuentra un respaldo indirecto en el artículo 63 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de diciembre, al regular la integración de la solvencia del licitador con medios externos, llevándola así en la práctica al momento procedimental de selección del adjudicatario.¹⁵

Expresamente, la primera de esas Juntas Consultivas subraya la estrecha correlación que hay entre los artículos 52 y 54.1 de la Ley de contratos del sector público –ahora artículos 63 y 65.1, respectivamente, del texto refundido–, por una parte, y a su vez, de estos con los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CEE, por otra.¹⁶ El hecho de que el segundo párrafo del artículo 54.1 de la Ley 30/2007, referido a la ejecución de una parte del contrato por otra entidad (caso en que se prevé la subcontratación), se haya incluido en un precepto general relativo a la clasificación, no impide, de acuerdo con la Junta Consultiva de Contratación de las Islas Baleares, que se tenga que interpretar, en los términos fijados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia *Holst Italia*, como un corolario del artículo 52 de la misma Ley, relativo a la acreditación de la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado (supuesto que implica la ejecución de la totalidad del contrato por medios propios).¹⁷ En efecto –sigue diciendo este órgano consultivo de las Islas Baleares–, no se debe

14. Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, *op. cit.*, en nota al pie núm. 1

15. Informe 10/08, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación de las Islas Baleares, e informe 1/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

16. Informe 10/08, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación de las Islas Baleares.

17. *Idem*.

olvidar que la Directiva comunitaria se refiere genéricamente a la capacidad de los operadores económicos, mientras que en nuestro ordenamiento interno solvencia y clasificación son lo mismo, si bien la exigencia de clasificación no es necesaria, en todos los casos, para acreditar la solvencia de cara a la ejecución de un determinado contrato.¹⁸ Esto permite pensar a esta Junta Consultiva que la ubicación, en sede de clasificación, de este segundo párrafo del artículo 54.1 de la Ley de contratos del sector público, constituye una transposición no especialmente meditada de la Directiva comunitaria, ya que se refiere a la prestación de un contrato en concreto y no realmente a la “clasificación”, la cual nunca se predica respecto de un contrato en concreto.¹⁹ Además, hace notar el órgano consultivo balear que el mismo párrafo habla de “(...) la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias (...)”, lo cual refleja que no se limita al conjunto de contratos para los cuales se exige clasificación.²⁰ Todo esto permite concluir a la Junta Consultiva de Contratación de las Islas Baleares que la referencia que contiene este párrafo a “(...) la clasificación en el grupo correspondiente (...)” debe entenderse referida, en general, a la solvencia, constituyendo así una secuela del artículo 52 anterior, de forma que cuando el artículo 54.1 se refiere a la acreditación de la clasificación de la empresa, debe entenderse que igualmente puede ser aplicable para el caso de la solvencia técnica.²¹

A esto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón añade que el criterio de la jurisprudencia comunitaria por el que se otorga a la subcontratación la habilitación para integrar externamente a la solvencia está llamado en la práctica a jugar una gran importancia, pues permitiría que realmente se seleccionara a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que garantizar una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución.²² Es más, en muchos supuestos –entiende el órgano consultivo aragonés–,

el principio de buena administración, aconsejaría la práctica habitual de esta opción.²³ En cualquier caso, y por la lógica del procedimiento, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón precisa que los subcontratistas aportados en fase de solvencia –que figurarán en el contrato a formalizar tras la adjudicación– no podrán ser objeto de sustitución en fase de ejecución salvo por circunstancias excepcionales sobrevenidas, requiriendo la autorización expresa del ente contratante de cara a comprobar la adecuación –cumplimiento de los requisitos de solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar– del nuevo subcontratista propuesto.²⁴

Gallego Córcoles, por su parte, señala que, de la normativa de contratación del sector público, parece desprenderse que para acreditar su solvencia los licitadores pueden recurrir a la de los empresarios con los que pretendan subcontratar la prestación, sin límite alguno. Sin embargo –advierte la profesora–, esa misma normativa, al regular la subcontratación, permite, en principio, que los pliegos o el contrato restrinjan la facultad de subcontratar por parte del contratista.

Pues bien, Gallego Córcoles expone que, pese a lo establecido en el artículo 210 de la Ley de contratos del sector público –al día de hoy, artículo 227 del texto refundido–, los pliegos y el contrato no pueden coartar el recurso a la subcontratación a la hora de valorar la solvencia. Hace notar la autora citada que, para mantener esta solución, es preciso interpretar ese precepto en el sentido de que se refiere exclusivamente a la fase de ejecución del contrato (y no a la selección del contratista), y que su objeto es evitar precisamente que la ejecución de partes esenciales del contrato se encomiende a entidades cuyas capacidades técnicas y económicas no haya podido comprobar la entidad adjudicadora con ocasión de la selección del adjudicatario. Esta, por lo demás, es –en su opinión– la única interpretación adecuada al Derecho comunitario, según se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2004 en el asunto C-314/01 (Siemens y ARGE Telekom).

18. *Ibidem*.

19. *Ibidem*.

20. *Ibidem*.

21. *Ibidem*.

22. Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, *op. cit.*, en nota al pie núm. 6.

23. *Idem*.

24. *Ibidem*.

Similar convencimiento es el que expresa Garayar Asociados Abogados, quienes, al estudiar la cuestión, concluyen que la acreditación de la solvencia de un licitador a través de la solvencia y medios de otras entidades no influye en modo alguno para el cómputo del porcentaje del valor del contrato que puede subcontratarse. Y ello, añaden, incluso aunque la empresa licitadora decida subcontratar, para la ejecución del contrato, al tercero de cuyos medios dispone la licitadora para acreditar su solvencia, lo que, por otra parte, parecería lógico –más que lógico, obligado, precisaría yo–.

La integración de la solvencia con recursos ajenos y la subcontratación, a juicio de este despacho de abogados, son acciones muy diferentes. Y esto por varios motivos.

En primer lugar, porque desde el punto de vista del tercero, se trata de dos acciones de naturaleza distinta, pues una consiste en comprometer la puesta a disposición de unos medios al contratista, pero sin necesidad de involucrarse en el contrato público (la integración), y otra supone la realización, por dicho tercero, de alguna de las prestaciones contractuales (la subcontratación).

En segundo término, porque cada acción tiene incidencia en un momento distinto del procedimiento de adjudicación, ya que la acreditación de la disposición de los medios de tercero es un requisito para acreditar la solvencia del licitador, hecho que se valora en la fase de selección de los licitadores, mientras que la subcontratación atañe a la forma de realización del contrato y es una cuestión con relevancia en la fase de adjudicación del contrato, pues forma parte de la oferta del adjudicatario –siempre que así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, añadido–.

Finalmente, porque los requisitos de acreditación de una y otra también son distintos y responden a criterios diferentes, pues mientras que la disposición de medios no requiere más que la acreditación de la efectividad objetiva de dicha disposición mediante la existencia de un vínculo de cualquier naturaleza, la subcontratación requiere –cuando se establezca de este modo en los pliegos o en el anuncio de licitación, vuelvo a puntualizar– que el adjudicatario haya identificado al tercer subcontratista en la fase de licitación, especificando la parte de la prestación que debe ejecutar, y justificando su aptitud por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia o mediante su clasificación, todo ello con vistas a su involucración subjetiva a través de

la suscripción de un contrato relativo a una concreta prestación.

Por consiguiente, para esta corriente de opinión, solamente si el licitador ha sido admitido a la fase de adjudicación podrá estudiarse el porcentaje del precio del contrato que pretende subcontratar. Y para que dicha admisión se produzca, el licitador habrá debido poder acreditar su solvencia, para lo que habrá podido recurrir al mecanismo del artículo 63 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

Para corroborar su tesis, Garayar Asociados Abogados acude a la opinión de la Comisión Europea que, en un recurso interpuesto frente a la trasposición de la Directiva 18/2004/CEE efectuada por la República de Hungría, expresa que, de la regulación del artículo 48.3 de la nombrada Directiva, se desprende que “una entidad que aporta sus medios puede acreditar que posee los medios que deberá poner a disposición en el momento de la ejecución del contrato, sin tener que participar directamente en la ejecución del contrato”.

Ante este confuso panorama doctrinal, los aplicadores del Derecho nos encontramos en este punto –como en otros muchos de nuestro ordenamiento jurídico– con importantes incertidumbres, que no serán resueltas hasta que el legislador clarifique este asunto o los tribunales, en particular aquellos que pueden crear jurisprudencia, fallen al respecto. En todo caso, si de tomar partido en esta discusión se trata, mi modesto parecer se sitúa entre los defensores de la tesis de que es factible, amén de conveniente, que en fase de solvencia se concrete el nivel de subcontratación para la ejecución de un contrato.

6. La solvencia de las personas jurídicas pertenecientes a una agrupación de interés económico

Las agrupaciones de interés económico están reguladas en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, la cual las conceptúa como asociaciones, con personalidad jurídica y carácter mercantil, constituidas exclusivamente por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales, cuya finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la activi-

dad de sus socios, sin que tengan ánimo de lucro para sí mismas.

Esta definición implica separar a las agrupaciones de interés económico de otras figuras asociativas como son las uniones temporales de empresarios y los grupos de sociedades, las cuales no gozan de personalidad jurídica propia y diferenciada de los entes que las integran (sin embargo las uniones temporales sí tienen capacidad de obrar en las contrataciones públicas, cosa que no sucede con los grupos de empresas).

El hecho de que las agrupaciones de interés económico tengan un objeto limitado (desarrollar una actividad auxiliar con respecto a la actividad de sus socios) ha generado que estas se puedan tropezar con dificultades para probar la idoneidad de su capacidad de obrar en relación al objeto prestacional a licitar, tal como así afirman Monge Gil y Fenellós Puigcerver, lo cual, a su vez, ha dado lugar a trabas a la hora de admitirlas a las licitaciones públicas, llegando incluso a denegárseles la posibilidad de ser clasificadas.²⁵

Hay otras opiniones, como la expresada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que, sin embargo, no comparten los postulados que se acaban de exponer, consintiendo que estas agrupaciones, si están válidamente constituidas, puedan participar en una licitación pública en la cual el objeto prestacional a ejecutar fuera acorde con su objeto social, e incluso que puedan ser clasificadas como entidad jurídica independiente, en el caso de que demuestren que pueden ejecutar por sí mismas la actividad propia del grupo y subgrupo de clasificación al cual quiere acceder y que, por ende, disponen de los medios para realizarlo.²⁶ Ahora bien, esa misma Junta Consultiva también manifiesta que no resulta de aplicación a las agrupaciones de interés económico aquello previsto en el –entonces vigente– párrafo segundo del artículo 15 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, referido a la posibilidad de que, a efectos de la clasificación empresarial, una sociedad dominante de un grupo pueda acreditar la efectiva disposición de medios de las sociedades dominadas, ya que el artículo 2, en su apartado

3, de la Ley 12/91, de 29 de abril, establece que estas agrupaciones no podrán poseer ni directamente ni indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros de las mismas.²⁷

No obstante, a pesar de reconocer los inconvenientes que las agrupaciones de interés económico puedan tener para ajustarse al objeto del contrato, dado su carácter meramente auxiliar, y hasta para lograr la oportuna clasificación empresarial, en el parecer de algunos autores, como Escrihuela Morales, nada impide que sus medios puedan ponerse a disposición de alguna de sus empresas en la ejecución de un contrato determinado, con el fin de alcanzar los niveles de solvencia exigidos, objetivo que se corresponde con la verdadera naturaleza y finalidad de estas agrupaciones, que es auxiliar y ayudar en la actividad de sus integrantes. Esta parece, sin duda, la posición más acorde tanto con el espíritu de la legislación actualmente vigente en este terreno como con los criterios marcados al respecto por la jurisprudencia comunitaria.

7. Conclusiones

De conformidad con todo lo explicado, podemos establecer, a modo de recopilación, las siguientes conclusiones:

- El artículo 63 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público permite al licitador acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, basándose en los medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que aquel demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.
- La integración con recursos ajenos puede abarcar tanto a la solvencia económica y financiera como a la profesional o técnica, aunque algunos requisitos de solvencia, por sus peculiares características, pueden presentar ciertas dificultades para su cumplimentación por esta vía.

25. Informe 7/92, de 27 de febrero de 1992, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de abril de 1998, rec. 3333/1995.

26. Informe 9/2006, de 20 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

27. *Idem*.

- El enlace entre el operador económico y la entidad externa puede producirse por cualquier vínculo admitido legalmente, siempre que el mismo garantice plenamente la disponibilidad efectiva de los medios que sean necesarios para la ejecución del contrato.
- Los grupos de sociedades son una de las posibles fórmulas de unión entre el licitador y el tercero, debiendo obligatoriamente el poder adjudicador, en estos supuestos, tener en cuenta a las mercantiles pertenecientes al grupo con el objeto de valorar la solvencia, o la clasificación, de cualquiera de las empresas del grupo.
- La subcontratación es otra de las opciones que tiene el licitador para integrar la solvencia con medios de un ente ajeno.

No obstante, admitiéndose ese postulado como válido de forma unánime por nuestra doctrina, existen posturas encontradas entre los que se muestran partidarios de que, en estos casos, la evaluación de la subcontratación se traslade a la fase de solvencia, y los que defienden que el régimen jurídico de la subcontratación solo es aplicable en fase de ejecución del contrato.

- Las agrupaciones de interés económico, igualmente, posibilitan la integración externa de la solvencia, permitiendo que sus medios se pongan a disposición de alguna de las empresas que las forman, con el objetivo de obtener los niveles de solvencia exigidos. Y ello a pesar de los problemas que presentan para acomodarse al objeto del contrato (y hasta para obtener la correspondiente clasificación empresarial), dado su carácter meramente auxiliar.

Bibliografía

AA. VV., *Contratación del sector público local*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2008.

ESCRIBUELA MORALES, F. J.:

- *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, La Ley, Madrid, 2007.
- *Todo contratación sector público*, La Ley, Madrid, 2011.

FENELLÓS PUIGSERVER, V., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, BOE, Madrid, 1995.

GARAYAR ASOCIADOS ABOGADOS, <http://blog.garayarasociados.com/wp-content/uploads/2011/06/Snack-Garayar-Asociados-Contratacion-con-el-sector-publico-acreditacion-de-solvencia-del-cocontratante.pdf>

GARCÍA RUBIO, F., "Las agrupaciones de interés económico como sujeto de la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 24, 2003, p. 28.

GIMENO FELIÚ, J. M., "Observaciones al Anteproyecto de Ley de contratos del sector público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 52, 2006, p. 33.

GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS S.L.P., "La integración de la solvencia técnica y profesional, económica o financiera con medios de tercero", *Revista de Estudios Locales*, núm. 124, 2009, p. 49, 50 y 51.

MONGE GIL, A. L., *Las agrupaciones de interés económico*, Tecnos, D.L., Madrid, 1993.

MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de contratos del sector público*, 3.ª edición, La Ley, Madrid, 2011. ■

La reclamación económico-administrativa y el previo recurso de reposición: vías específicas de impugnación de los actos tributarios: su configuración actual como presupuesto procesal

Juan Gonzalo Martínez Micó
Magistrado del Tribunal Supremo

1. La reclamación económico-administrativa: supresión de la doble instancia en el ámbito económico-administrativo

- 1.1. Introducción: los recursos en Derecho Tributario
- 1.2. ¿Es justificable la obligatoriedad de la vía económico-administrativa previa a la contencioso-administrativa?
- 1.3. Posición de la nueva Ley general tributaria (LGT) 58/2003: carácter obligatorio, no opcional, de la vía económico-administrativa
- 1.4. Criterio que se sostiene: la vía económico-administrativa, filtro obligado para la vía contencioso-administrativa
- 1.5. Propuestas
 - 1.5.1. Supresión de la doble instancia en las reclamaciones económico-administrativas
 - 1.5.2. Potenciación de los órganos unipersonales y del procedimiento abreviado
- 1.6. Conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra los actos dictados por las comunidades autónomas en materia de tributos propios y de tributos cedidos
- 1.7. Vía económico-administrativa para los actos tributarios locales dictados por grandes municipios: Ley 57/2003, de 16 de diciembre
- 1.8. Cuestiones de concordancia procedimental no reguladas
 - 1.8.1. El planteamiento de cuestiones prejudiciales
 - 1.8.2. El recurso *per saltum*
 - 1.8.3. Los tributos de gestión compartida
- 1.9. Fórmulas arbitrales

2. El recurso de reposición: su insuficiencia como instrumento para resolver los conflictos tributarios

- 2.1. El recurso de reposición en los tributos del Estado
- 2.2. El recurso de reposición en el ámbito tributario local
- 2.3. La postulada supresión del recurso de reposición

3. Conclusiones

Resumen

La reclamación económico-administrativa es un recurso administrativo especial y representa una vía exclusiva para impugnar los actos tributarios ante la propia Administración: constituye un presupuesto de impugnación procesal. La Ley 58/2003 general tributaria ha mantenido el carácter obligatorio, no opcional, de la vía económico-administrativa, y entendemos que así debe ser. Otra cosa es su configuración actual, que está necesitada de urgentes retoques, tales como los que se sugieren en el estudio, para que las controversias jurídicas que se susciten puedan resolverse sin dilaciones indebidas.

El recurso de reposición, con carácter potestativo y previo a la reclamación económico-administrativa, debe ser suprimido por las limitaciones que esta figura tiene. En el ámbito local, en que la reposición es obligatoria y previa al contencioso, el recurso de reposición debe ser suprimido también, concediéndose la posibilidad de formular reclamaciones económico-administrativas contra los actos dictados en vía de gestión de los tributos locales. La dualidad de regímenes jurídicos en los ámbitos estatal y autonómico, de un lado, y local, de otro, es perturbadora.

Palabras clave: *reclamación económico-administrativa; obligatoriedad; filtro; no doble instancia; órgano unipersonal; reposición: supresión.*

Abstract

The economic-administrative complaint ("reclamación económico-administrativa") is a special administrative appeal that represents an exclusive tool to claim against tax resolutions issued by the Administration: it constitutes a prerequisite in order to start judicial proceedings. According to the current General Tax Act 58/2003, this administrative appeal is compulsory –the individual must use this appeal before starting judicial proceedings– and we consider that this configuration is correct. However, a different question is to understand that the current concrete articulation of this appeal needs urgent modifications. In this article we suggest some of them with the aim that legal controversies could be solved without undue delays.

The request for consideration ("recurso de reposición") is an administrative appeal that is filed before the body that has issued the administrative resolution. In general but not in the local sphere, this administrative appeal has an optional nature –the individual has not to use this appeal before starting judicial proceedings– and should be filed prior to the economic-administrative complaint. In our opinion, this administrative appeal should be eliminated because of its limitations. In the local sphere, where the request for consideration is compulsory and therefore must be filed prior the starting of judicial proceedings, this administrative appeal also should be eliminated. Instead, the individual should be allowed to file economic-administrative complaints against tax resolutions of the local administration. This existing duality of two legal regimes –the state and the autonomic on the one hand and the local on the other– is disturbing.

Keywords: economic-administrative complaint; compulsory nature; filter; no double instance; unipersonal administrative body; request for consideration: elimination.

1. La reclamación económico-administrativa: supresión de la doble instancia en el ámbito económico-administrativo

1.1. Introducción: los recursos en Derecho Tributario

Los contribuyentes tienen derecho, en los términos legalmente previstos, a interponer en vía administrativa los recursos y reclamaciones que procedan contra los actos dictados por la Administración.

En Derecho Tributario, disfrutamos de una especialidad en sustitución del recurso de alzada ante el órgano superior jerárquico del que dictó el acto administrativo: quien pretenda acudir a la vía judicial deberá necesariamente, con carácter previo, plantear la interposición de una reclamación económico-administrativa.

La reclamación económico-administrativa sustituye en el ordenamiento jurídico español, en materia tributaria, al recurso administrativo de alzada. Para poder llegar a la vía judicial una revisión de un acto administrativo tributario, debe pasar por la vía económico-administrativa. Es una necesidad. No existe el recurso *per saltum* que haga posible el acceso directo a la vía contenciosa.

La reclamación económico-administrativa representa una vía específica para impugnar los actos tributarios ante la propia Administración, constituyendo esto una peculiaridad que arranca de la denominada Ley Camacho, de 31 de diciembre de 1881, que fue la primera norma que arbitró la vía económico-administrativa como especialidad del recurso administrativo en el ámbito fiscal.

El recurso económico-administrativo en el ámbito tributario agota la vía administrativa y abre la posibilidad de acudir a la vía judicial.¹

Las **notas básicas** de esta vía especial de revisión que es la **reclamación económico-administrativa** son las siguientes:

Primera: Se trata de una **vía exclusiva en materia económico-administrativa**.

Así lo señala rotundamente el artículo 228.1 de la nueva LGT 58/2003, que indica que el conocimiento de estas reclamaciones corresponde con exclusividad a los órganos económico-administrativos, que actuarán con independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

Segunda: La reclamación económico-administrativa es un **recurso administrativo especial**.

1. MARCO SANJUÁN, José Antonio, *Cuestiones básicas sobre el recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas*, Editorial Lex Nova, 1.ª ed., junio 2008, p. 24.

Estamos en presencia de un recurso administrativo especial, y ello tanto por la materia sobre la que versa, como por los órganos encargados de conocer y resolver el mismo, los equívocamente denominados Tribunales Económico-Administrativos, que son auténticos órganos administrativos en sentido estricto, si bien especializados en la única función de conocer y dilucidar las reclamaciones económico-administrativas.

Tercera: La reclamación económico-administrativa constituye un **presupuesto de impugnación procesal**.

La vía económico-administrativa no es, en definitiva, más que una réplica de la administrativa ordinaria, con la que guarda también el paralelismo de ser un presupuesto de impugnación procesal, por lo que se hace necesario apurarla previamente para poder acudir a la vía contencioso-administrativa, única jurisdicción que tiene encomendado el control judicial de la actividad administrativa de los entes públicos en todas sus esferas y manifestaciones.

Cuarta: **Gratuidad de la vía económico-administrativa.**

No parece conveniente el establecimiento de tasas por su utilización, pero sí, para evitar el empleo abusivo o temerario de las reclamaciones por los ciudadanos, la imposición de costas a quienes interpusieren reclamaciones con mala fe o temeridad.

1.2. ¿Es justificable la obligatoriedad de la vía económico-administrativa previa a la contencioso-administrativa?

La circunstancia de que resulte obligado agotar la vía económico-administrativa para poder acudir ante los verdaderos y propios Tribunales, ha sido criticada por un sector de la doctrina que, en consecuencia, ha postulado la conversión de los recursos económico-administrativos en meramente facultativos.

La alternativa más válida en su opinión es la de seguir conservando la vía económico-administrativa –si se quiere por tradición, como apuntaban los redactores del Informe sobre el borrador de Anteproyecto de la nueva LGT, de enero de 2003, o porque en alguna ocasión puede alcanzarse con ella la satisfacción de los litigantes sin coste económico, al contrario de lo que ocurre en la vía contenciosa–, pero con un añadido fundamental: que la misma sea, en todo caso, simplemente facultativa, quedando, por tanto, en manos del ciudadano el acudir o no a ella, máxime cuando la propia Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 56, concede a

las partes amplias posibilidades de alegación “con independencia de que los motivos en que se basen hayan sido o no antes esgrimidos ante la Administración”.

Ello conlleva, en consecuencia, que aquellos ciudadanos que no quieran transitar por la misma puedan acceder directamente al contencioso; el articular la vía económico-administrativa de esta forma garantiza en mayor medida el respeto del principio de tutela judicial efectiva, a la par que posibilita también –queda a la libre decisión del ciudadano– el utilizar o no la vía previa, una vez efectuado por él el cálculo del coste-beneficio que su decisión va a comportar.

En el año 1995, cuando se debatió y aprobó la Ley 25/1995 de modificación de la LGT, se presentó y defendió una enmienda en la que se abogaba porque la vía económico-administrativa fuese, como mal menor, opcional, justificándose de la forma siguiente:

“Los Tribunales Económico-Administrativos pueden suponer un retraso en el examen de las controversias por los Tribunales de Justicia. En este sentido, la sentencia de 16 marzo 1989 del Tribunal Constitucional entiende que la vía administrativa previa, o la exigencia de requisitos adicionales para acceder a la jurisdicción, puede ser inconstitucional no solo cuando constituya un obstáculo, sino cuando la finalidad que se persiga pueda llegar a ser, simplemente, disuasoria (...). En dicho sentido, se propone la modificación del artículo 162 de la LGT, dándose la opción de recurrir ante la vía económico-administrativa o directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Y por si ello no fuese suficiente, en la sesión plenaria del Congreso en la que se debatió el Dictamen de la Comisión, el portavoz del Grupo Parlamentario Popular defendió “una reforma que atribuya al contribuyente la posibilidad de optar entre interponer una reclamación económico-administrativa o acceder directamente a la vía judicial”.

Otro sector de la doctrina ha reconocido que la vía económico administrativa puede suponer un filtro eficaz para disminuir el número de casos que pasan a conocimiento de los Tribunales judiciales, sobrecargados en su actividad.

1.3. Posición de la nueva Ley general tributaria (LGT) 58/2003: carácter obligatorio, no opcional, de la vía económico-administrativa

La nueva LGT 58/2003, de 17 de diciembre, ha mantenido el carácter obligatorio, no opcional, de la vía

económico-administrativa, y continúa supeditando la finalización de la vía administrativa a la interposición por el obligado tributario de la correspondiente reclamación económico-administrativa.

En opinión de Checa González,² es inadecuada la configuración en España de la vía económico-administrativa como presupuesto procesal de obligada observancia para acceder a la vía contencioso-administrativa.

En líneas generales, la vía administrativa previa solo tiene sentido si constituye una forma de garantía de los derechos e intereses legítimos de los particulares, que sea sencilla y efectiva, pues únicamente así contribuye eficazmente a eliminar en gran medida la necesidad de acudir a un proceso judicial.

Cuando, por el contrario, dicha vía no responda adecuadamente a estas exigencias, la misma es una mera cortapisa para recurrir ante los Tribunales, pudiéndose la considerar, en suma, como un “privilegio” de la Administración, tal como ha escrito Sánchez Morón; y Tejerizo López señaló que el hecho de otorgar a la Administración la posibilidad de revisar su decisión antes de acudir a los Tribunales, posibilidad que en teoría podría reputarse acertada, en la práctica, sin embargo, es sumamente negativa, porque implica, en definitiva, un alejamiento temporal del acceso a la verdadera justicia, a la justicia independiente e imparcial que solo pueden dispensar los Tribunales de lo contencioso, con todo lo cual, en suma, se está generando un atentado al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, una de cuyas vertientes es, indudablemente, la consistente en el derecho a obtener una resolución sin dilaciones indebidas.

El hecho de que haya que transitar de modo forzoso por la vía administrativa previa antes de poder entrar en el ámbito jurisdiccional, produce una demora, una dilación, que se viene a añadir a la que ya de por sí se va a generar en el seno del proceso jurisdiccional, tradicionalmente lento y moroso, con lo que el ciudadano ve como en la inmensa mayoría de las ocasiones sus litigios en materia tributaria se eternizan en el tiempo.

Y ello mucho más si se tiene presente que en este campo no existe, además, un solo recurso administrativo antes de pasar a la esfera jurisdiccional, sino que en la gran mayoría de las ocasiones existe antes del proceso contencioso una doble instancia previa, incluso tres si se utiliza el recurso extraordinario de revisión, y a veces cuatro, si previamente se ha interpuesto el recurso de reposición previo al económico-administrativo.

La situación descrita no puede ser considerada, en buena lógica, más que como sumamente negativa desde la óptica a la que se viene aludiendo de la ineludible exigencia, por mandato constitucional, de que las controversias jurídicas se resuelvan sin dilaciones indebidas, ya que hay que tener presente al respecto que la conculcación de este derecho tiene lugar no únicamente desde que el juez ordinario conoce la pretensión, sino desde el mismo instante en que se pretende reclamar contra un acto de la Administración tributaria, ya que desde la lejana STC 1/1983, de 13 de enero, se viene afirmando de modo inequívoco que el citado artículo 24 de la Constitución es aplicable, además de a todos los órdenes jurisdiccionales, a los procedimientos que siendo preparatorios y previos, de carácter obligatorio, se insertan en el conjunto de actos precisos para la tutela de los derechos e intereses.³

1.4. Criterio que se sostiene: la vía económico-administrativa, filtro obligado para la vía contencioso-administrativa

A nuestro juicio, la vía económico-administrativa debe seguir ejerciendo su función de constituir un filtro obligado para los asuntos que quieran llegar a la vía contencioso-administrativa.

No cabe duda de que previamente al recurso contencioso-administrativo debe existir un mecanismo de revisión por la propia Administración tributaria, que sirva de “filtro” de los numerosísimos actos tributarios que se dictan anualmente, para que los que tengan defectos

2. CHECA GONZÁLEZ, Clemente, “La injustificable obligatoriedad de la vía económico-administrativa previa a la contenciosa en la nueva LGT”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, p. 15 a 28.

3. El 15 de marzo de 2006, la Sala Constitucional de la Corte de Justicia de Costa Rica –con dos votos salvados– declaró la inconstitucionalidad del carácter preceptivo del agotamiento de la vía administrativa, señalando que, “actualmente, sobre todo a la luz de los principios de la supremacía de la Constitución y de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, así como de su eficacia expansiva y progresiva e interpretación más favorable, se entiende que el carácter obligatorio o preceptivo del agotamiento de la vía administrativa riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida ex artículo 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que solo en el proceso contencioso-administrativo –y no así en el resto de las jurisdicciones– se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional, a agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes”.

más claros y groseros no lleguen a la vía judicial. La supresión de las reclamaciones económico-administrativas en el ámbito local a partir de 1985, probablemente influida por un clima de opinión muy crítico que existía en aquel momento con la vía económico-administrativa, ha tenido consecuencias prácticas muy negativas para los ciudadanos, que solo han podido empezar a paliarse con la reintroducción de órganos económico-administrativos locales (aunque desafortunadamente solo en los municipios de gran población) tras la modificación llevada a cabo por la Ley 57/2003. Desde entonces el clima de opinión ha cambiado a favor de la vía económico-administrativa, debido a sus ventajas, en especial que se trata de órganos especializados que resuelven con independencia del órgano que dictó el acto, con un coste no demasiado elevado. Sin embargo, también existen importantes partidarios de las fórmulas convencionales y arbitrales, que desde el punto de vista teórico presentan importantes argumentos a su favor, pero que en la práctica plantean dificultades, tanto por el coste que suponen, como debido a que se trata de fórmulas de gran raigambre en el ámbito del *common law* pero que no resultan de fácil implantación en nuestro país.⁴

La conflictividad tributaria en España resulta elevada al compararse con la existente en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, con la de otras especialidades del Derecho Administrativo, o con la existente en España hace, por ejemplo, cinco años. Además, la ratio de litigiosidad (relación entre liquidaciones recurridas y practicadas) ha aumentado a lo largo de los últimos siete años en un 32% en cuanto al número de reclamaciones interpuestas y en un 24% en cuanto al importe de la deuda recurrida. En todo caso, es una litigiosidad superior a la capacidad de resolución de los órganos encargados de su tramitación y resolución, y eso da lugar a una grave dilación de los procedimientos. Esto ocasiona, además, unos importantes costes sociales para las partes involucradas en la resolución del conflicto (contribuyentes y Administración tributaria) y también un coste

genérico para la sociedad en aquella parte que no se traslada a las partes litigantes. Además, supone la casi paralización o desviación del tráfico económico habitual de cuantiosos recursos; por ejemplo, solo las liquidaciones recurridas durante el año 2003 superaron los 3.000 millones de euros, lo que equivale a casi el 0,5% del PIB de dicho año, y el stock de asuntos pendientes de resolución supone una cantidad todavía mayor.⁵ La evolución de los últimos años indica un paulatino aumento del porcentaje de liquidaciones recurridas en relación a las liquidaciones practicadas. Y no se nos puede tildar de pesimistas si decimos que en el futuro inmediato parece poco probable que la LGT 58/2003 vaya a reducir apreciablemente las tasas actuales de litigiosidad.⁶

Es preciso, pues, que haya una vía económico-administrativa previa que frene y filtre las liquidaciones recurridas ante la vía contencioso-administrativa. La tasa de frecuencia con que se recurren ante los Tribunales Superiores de Justicia los recursos resueltos por los TEAR es del 10%, y los asuntos presentados en la Audiencia Nacional equivalen al 75% de las resoluciones dictadas por el TEAC.⁷ En el orden cuantitativo, el número de recursos que se quedan en la vía económico-administrativa es, pues, considerable, y evitan o menguan el número de asuntos que vierten en la jurisdicción contencioso-administrativa.

De otra parte, el signo del fallo de las reclamaciones, esto es, la frecuencia con que se estima la pretensión de los contribuyentes en la vía económico-administrativa, abona la solución de mantener las reclamaciones ante los Tribunales Económico-Administrativos. Así, y limitándonos a los asuntos que van a los TEAR y luego a los Tribunales Superiores de Justicia, de cada 100 reclamaciones interpuestas ante los TEAR, 32 fueron estimadas, y de los 68 casos restantes los Tribunales Superiores de Justicia estimaron 22 (el 36% de los recursos resueltos), de modo que los contribuyentes habrían demostrado tener razón en el 54% de los casos, mientras que la Administración tributaria tendría razón

4. RUIZ TOLEDANO, José Ignacio, *Propuestas de mejora en la revisión tributaria*, Consejo General del Poder Judicial, ponencia presentada en el Taller de Derecho Tributario, 15 y 16 de diciembre de 2011.

5. PASTOR PRIETO, Santos, y MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego, *La litigiosidad tributaria: un análisis jurídico y económico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, p. 159.

6. Según datos del Consejo General del Poder Judicial, los procesos tributarios pendientes ante el orden contencioso-administrativo, a 31-12-2010, eran 376.892, de los cuales, en el Tribunal Supremo, de un total de 14.070, la Sección 2.^a (que sustancia casi todo el Tributario del TS) despachó 3.274 asuntos. La Audiencia Nacional, de un total de 10.663, conoció de 2.127 asuntos de Derecho Tributario. En los Tribunales Superiores de Justicia, de un total de 155.594 asuntos, 34.203 eran de Derecho Tributario. En los Juzgados de lo Contencioso, incluidos Centrales, de un total de 196.565 asuntos, 8.185 eran de Derecho Tributario.

7. Siempre con arreglo a los datos manejados por PASTOR PRIETO y MARÍN-BARNUEVO FABO referidos al año 2003, *op. cit.*, p. 160.

en un porcentaje menor –el 46% de los casos–.⁸ La frecuencia con que acaba estimándose la pretensión de los contribuyentes debe ser motivo de honda reflexión en el seno de la Administración tributaria.

1.5. Propuestas

Ahora bien, el que abogemos por el mantenimiento de la vía económico-administrativa no quiere decir que aceptemos su configuración actual. Apostamos por una vía administrativa previa que sea sencilla y efectiva, como propugnaba Checa González, para que las controversias jurídicas que se susciten puedan resolverse sin dilaciones indebidas.

1.5.1. Supresión de la doble instancia en las reclamaciones económico-administrativas

En esa línea, entendemos que es momento ya de suprimir la doble instancia en las reclamaciones económico-administrativas. La posibilidad de reclamar en primera instancia ante el TEAR y en alzada ante el TEAC es una de las causas más importantes de la dilación en la resolución de los procedimientos.

Lo que habría que estudiar es los asuntos de los que deben conocer los TEAR y aquellos de los que debe conocer, en su caso, el TEAC, y si su determinación debe hacerse por razón de la materia o por razón de la cuantía del asunto.

La supresión de la doble instancia en sede administrativa, determinaría la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones de los TEAR, y la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra los acuerdos del TEAC.

La medida de la supresión de la doble instancia reduciría la carga de asuntos del TEAC muy considerablemente.

1.5.2. Potenciación de los órganos unipersonales y del procedimiento abreviado

Como quiera que, en los últimos años, el problema principal que ha presentado la vía económico-administrativa ha sido la tardanza de los Tribunales Económi-

co-Administrativos en dictar resoluciones, superando el plazo máximo previsto de un año, lo que ha provocado sonoras críticas de la vía económico-administrativa, el *Borrador del Anteproyecto de la nueva LGT* (enero 2003) ya contempló la posibilidad de prescindir del tradicional funcionamiento colegiado de los TEAR regionales en Pleno o en Sala, implantando la figura del órgano unipersonal, que es más rápido y eficaz, al no depender la decisión de varias personas. La exposición de motivos de la LGT destaca expresamente que la finalidad de los órganos unipersonales es agilizar la resolución de las reclamaciones, a través de un procedimiento en única instancia y con plazos más cortos en relación con determinadas materias y cuantías, lo que habría de mejorar la tramitación de las reclamaciones económico-administrativas en los casos de que sean de menor cuantía o que aparentemente sean menos complicadas.

Sus resoluciones serían recurribles ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con apelación, en su caso, ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. La clave está en acertar en el deslinde de competencias entre estos jueces económico-administrativos y los Tribunales Económico-Administrativos.

La reclamación ante el TEAR debería tramitarse por el procedimiento general y la reclamación ante el órgano unipersonal por el procedimiento abreviado, en el que las alegaciones y pruebas acompañen necesariamente a la reclamación económico-administrativa, lo que debería agilizar notablemente el procedimiento; la convocatoria al interesado para la práctica de las pruebas propuestas, si fuesen pertinentes, y la formulación de conclusiones a la vista de las pruebas practicadas, debe ir seguida de la resolución unipersonal.⁹

1.6. Conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra los actos dictados por las comunidades autónomas en materia de tributos propios y de tributos cedidos

A tenor de lo dispuesto en el artículo 20.1.a) de la Ley orgánica de financiación a las comunidades autóno-

8. PASTOR PRIETO y MARÍN-BARNUEVO FABO, *op. cit.*, p. 168.

9. RUIZ TOLEDANO, José Ignacio, "El novedoso procedimiento abreviado ante órganos unipersonales en la vía económico-administrativa", *Impuestos*, núm. 20, quincena del 15 al 31 de octubre de 2005.

mas (LOFCA), el conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra los actos dictados por las comunidades autónomas en materia de tributos propios, corresponde a sus específicos órganos económico-administrativos, disposición esta que ha generado que numerosas comunidades autónomas hayan creado órganos económico-administrativos con su normativa propia.

Aunque dichos órganos no hayan sido creados en algunos territorios, no por ello la competencia para resolver sobre los tributos propios de las comunidades autónomas se reside en los Tribunales Económico-Administrativos estatales, sino que la ostenta directamente el correspondiente consejero titular de la materia de Hacienda en esos territorios.

Esa duplicidad de órganos económico-administrativos para conocer en vía revisora de los tributos del Estado y de los tributos propios de las comunidades autónomas debe ser criticada. En una situación de crisis económica profunda, como la que vivimos, con importantes restricciones presupuestarias, la cuestión a plantearse con seriedad es la conveniencia, desde el punto de vista del coste-beneficio, de establecer o mantener múltiples órganos económico-administrativos. Por ello, teniendo en cuenta que los TEA estatales tienen una larga tradición y una gran experiencia, debe estudiarse la posibilidad de que asuman vía convenio las funciones de revisión en vía económico-administrativa de actos de otras Administraciones tributarias (comunidades autónomas o entes locales), utilizando el procedimiento económico-administrativo previsto para dichos TEA. El coste sería considerablemente menor, pues podrían utilizar la infraestructura ya existente y aprovechar economías de escala. En este sentido resulta positiva la posibilidad contemplada en la disposición adicional decimotercera de la Ley 58/2003, LGT, de crear una Sala especial en el Tribunal Económico-Administrativo Regional, en virtud de un convenio entre el Ministerio de Economía y Hacienda y la Consejería competente de la Comunidad Autónoma, para conocer de las reclamaciones que se susciten a propósito de la aplicación de los tributos propios que vayan a gestionar las comunidades autónomas.

En todo caso, los órganos económico-administrativos de las comunidades autónomas son incompetentes para resolver las controversias en materia de tributos cedidos, que son competencia de los Tribunales Económico-Administrativos estatales. Así se declaró por el Tribunal Constitucional en sentencia 192/2000, de 13 de julio.¹⁰

1.7. Vía económico-administrativa para los actos tributarios locales dictados por grandes municipios: Ley 57/2003, de 16 de diciembre

Al margen de la regulación de la revisión en la LGT 58/2003, no cabe olvidar la reapertura de la vía económico-administrativa para los actos tributarios locales dictados por grandes municipios en el ejercicio de su competencia, instrumentada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local. Para Checa González,¹¹ la supresión de la vía económico-administrativa fue un error con fundamento en una no bien ponderada concepción de la autonomía local. Por la misma razón debería haberse suprimido la vía económico-administrativa para los tributos cedidos a las comunidades autónomas, y esa, en cambio, sí pervivió. Los Juzgados y Salas de lo Contencioso-Administrativo están atestados de recursos tributarios locales, que exceden ampliamente en número a los interpuestos contra actos tributarios estatales y autonómicos.

1.8. Cuestiones de concordancia procedimental no reguladas

Un proyecto de nueva regulación de la materia económico-administrativa debería incluir, en todo caso, determinadas cuestiones de concordancia procedimental que no han sido reguladas ni en la LGT 58/2003 ni en el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, "Reglamento general en materia de revisión en vía administrativa".¹²

La doctrina¹³ sugiere las siguientes:

10. MARCO SANJUÁN, *op. cit.*, p. 41.

11. CHECA GONZÁLEZ, Clemente, "Ley de modernización del Gobierno local: órganos de gestión tributaria y de resolución de reclamaciones económico-administrativas", *Tributos Locales*, núm. 41/2004, p. 51-65.

12. RUIZ TOLEDANO, José Ignacio, *El nuevo régimen de revisión tributaria comentado*, La Ley, 1.ª ed., febrero de 2006.

13. MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio, "El Reglamento general de revisión de actos tributarios en vía administrativa: el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo (notas y concordancias)", *Impuestos*, núm. 20, quincena del 15 al 31 de octubre de 2005, p. 285, tomo II, editorial La Ley.

1.8.1. El planteamiento de cuestiones prejudiciales

La invocación del Derecho comunitario europeo es cada vez más frecuente en el orden económico-administrativo, por lo que la mención de esta problemática en la regulación de las reclamaciones que se suscitan en dicha vía no hubiera sido ociosa.

1.8.2. El recurso *per saltum*

El Reglamento general de 2005 podría haber hecho mención de la aplicación al ámbito tributario de lo dispuesto en el artículo 107, apartado tercero, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo no existe obstáculo alguno para que una liquidación tributaria sea objeto de impugnación ante el órgano autor de la norma reglamentaria, siempre que la impugnación se funde de modo exclusivo en la falta de adecuación a Derecho de dicha disposición (sentencias de 14 de mayo de 1999, 8 de octubre de 2001, 17 de mayo de 2003).

La LGT 58/2003 sigue manteniendo el carácter supletorio de las disposiciones generales de Derecho Administrativo, según se desprende del artículo 7, apartado segundo, de la misma.

1.8.3. Los tributos de gestión compartida

La problemática de los tributos de gestión compartida (en los casos, por ejemplo, de "tasación colectiva de ciudades" y, en concreto, en la tarea de valoración de inmuebles urbanos, con el complejo entramado de recursos administrativos y contencioso-administrativos que se generan) tampoco ha sido abordada en el Real Decreto 520/2005, a pesar de que la LGT 58/2003 se refiere a ellos en el artículo 224, apartado primero: suspensión de la ejecución de actos censales relativos a un tributo de gestión compartida.

El Tribunal Supremo se ha ocupado de ellos en la sentencia de 5 de julio de 2002.

1.9. Fórmulas arbitrales

La reforma orgánica que pergeñamos, en líneas generales, es sin perjuicio, claro está, de debatir la conveniencia, o no, de posibles fórmulas arbitrales en la resolución de conflictos entre la Administración tributaria y

los ciudadanos, que tienen su apoyo en lo establecido genéricamente en el artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. El recurso de reposición: su insuficiencia como instrumento para resolver los conflictos tributarios

2.1. El recurso de reposición en los tributos del Estado

La normativa actual permite que con carácter previo a la reclamación económico-administrativa pueda interponerse, en su caso, recurso de reposición. No es un presupuesto de impugnación procesal: podrá o no interponerse, sin impedir en ningún caso la reclamación económica, por eso tiene un carácter potestativo, a diferencia del carácter obligatorio de la reclamación económico-administrativa si se quiere llegar a la vía contenciosa.

Si el interesado interpusiere el recurso de reposición, no podrá promover la reclamación económico-administrativa hasta que el recurso de reposición se haya resuelto de forma expresa, o hasta que se pueda considerar desestimado por silencio administrativo (artículo 222.2 LGT).

Cuando en el plazo establecido para recurrir se hubieran interpuesto recurso de reposición y reclamación económico-administrativa, que tuvieran como objeto el mismo acto, se tramitará el presentado en primer lugar y se declarará inadmisibles el segundo (artículo 222.2.2.º LGT).

Al interponer el recurso de reposición el interesado hará constar que no ha impugnado el mismo acto en la vía económico-administrativa.

Si pese a ello se hiciese constar que no se ha impugnado el acto en cuestión en vía económico-administrativa, y se acreditase la existencia de una reclamación sobre el mismo asunto, y anterior al recurso de reposición, se declarará la inadmisión de este último y se remitirá el expediente que pueda existir al Tribunal Económico-Administrativo que esté tramitando la reclamación.

Los Tribunales Económico-Administrativos, por su parte, declararán inadmisibles toda reclamación relativa a cualquier acto de la Administración cuando conste que dicho acto ha sido previamente impugnado mediante recurso de reposición, y que este no ha sido

resuelto expresamente y no puede entenderse desestimado por silencio administrativo (artículo 21.2 del RGRVA). En este supuesto, el órgano administrativo que haya dictado el acto reclamable remitirá al Tribunal competente una copia del escrito de interposición del recurso de reposición y de la reclamación, junto con una diligencia en la que se ponga de manifiesto la existencia del recurso de reposición y, por tanto, la no procedencia de la remisión del expediente correspondiente que en otro caso hubiera debido enviarse con la celeridad adecuada. El Tribunal podrá solicitar la documentación complementaria que considere necesaria para determinar la procedencia de la inadmisión.

La interposición del recurso de reposición interrumpe los plazos para el ejercicio de otros recursos, que volverán a contarse desde su inicio a partir del día siguiente a aquel en que el recurso de reposición pueda entenderse presuntamente desestimado o, en cualquier caso, a partir del día siguiente a la fecha en que se hubiera practicado la notificación expresa de la resolución del recurso (artículo 22 RGRVA).

Esta consecuencia es muy importante porque, interpuesto el recurso de reposición en plazo, el reclamante tendrá que esperar la notificación de la resolución del citado recurso para que se inicie el mes de plazo para interponer la reclamación económico-administrativa.¹⁴

2.2. El recurso de reposición en el ámbito tributario local

Con la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), contra los acuerdos de gestión tributaria de las entidades locales solo cabía interponer recurso de reposición previo al contencioso-administrativo (artículo 10.8), viniendo regulado en el artículo 52 de la LJA de 27 de diciembre de 1956. La doctrina entendió que tal recurso era obligatorio, pues constituía un presupuesto procesal.¹⁵

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, eliminó el recurso de reposición en vía administrativa. Sin embargo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1.a) del Real Decreto 803/1993, de 28 de mayo, por el que se modifican

determinados procedimientos tributarios, se defiende la subsistencia, en materia tributaria local, del recurso de reposición previo al contencioso-administrativo y no al económico-administrativo. La doctrina y la jurisprudencia discutieron el carácter potestativo o preceptivo del recurso de reposición. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, reinstauró el recurso de reposición contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales, previo al recurso contencioso-administrativo.

La Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, al regular el sistema de recursos en vía administrativa, reinstaura el recurso de reposición, atribuyendo a dicho recurso un carácter potestativo. En términos de la exposición de motivos de dicha Ley 4/1999, la reimplantación del recurso de reposición en vía administrativa obedecía, entre otros motivos, "a la necesidad de atender a los problemas planteados en el ámbito de la Administración local". Como consecuencia de ello, la Ley 4/1999 modificaba la redacción del primer apartado de la disposición adicional quinta de la Ley 30/1992, aunque mantenía el apartado segundo de dicha disposición adicional quinta, que era el que propiamente recogía la normativa de revisión de los actos en vía tributaria. Tal situación generó una relativa confusión en cuanto al régimen de impugnación de tales actos en el ámbito de las Haciendas locales y, especialmente, en cuanto a la vigencia y al carácter preceptivo o potestativo del recurso de reposición específicamente previsto e introducido en la LBRL y en la LHL por la Ley 50/1998, anterior en el tiempo a la Ley 4/1999, afirmándose, finalmente, la vigencia del citado recurso de reposición, y entendiéndose que la Ley 30/1992 pretendía dejar a salvo la normativa específica de impugnación de actos de aplicación y efectividad de ingresos de Derecho Público local. Así lo entendieron el Tribunal Supremo (sentencia de 20 de febrero de 1999) y el Tribunal Constitucional (sentencia 122/1999, de 28 de junio). El recurso de reposición en materia tributaria local se configuró como preceptivo.

La LGT 58/2003, en su disposición adicional cuarta, señala claramente que "la normativa aplicable a los tributos y restantes ingresos de derecho público de las enti-

14. MARCO SANJUÁN, José Antonio, *op. cit.*, p. 62-63.

15. ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, *Manual de revisión de actos en materia tributaria*, Thomson Aranzadi, 2006, p. 465 y ss.

dades locales en materia de recurso de reposición y reclamaciones económico administrativas será la prevista en las disposiciones reguladoras de las Haciendas locales”.

El recurso de reposición en materia tributaria local se encuentra regulado, en la actualidad, en el ya mencionado artículo 108 de la LBRL, y en el artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales.

Como se desprende de estas normas, mediante el recurso de reposición son impugnables todos los actos dictados por las entidades locales en vía de gestión de sus tributos propios y de sus restantes ingresos de Derecho Público, sin perjuicio de los supuestos en los que la Ley prevé la posibilidad de formular reclamaciones económico-administrativas contra actos dictados en vía de gestión de los tributos locales, en cuyo caso el recurso de reposición no es previo al recurso contencioso-administrativo, sino previo a la reclamación económico-administrativa.

Además, tratándose de municipios de gran población de los regulados en el título X de la LBRL, conviene tener en cuenta, también, lo dispuesto en el artículo 137, apartado 3, de dicha Ley de bases del régimen local, que señala:

“No obstante, los interesados podrán, con carácter potestativo, presentar previamente contra los actos previstos en el apartado 1.a) el recurso de reposición regulado en el artículo 24 LHL (actual artículo 14 del TRLHL). Contra la resolución, en su caso, del citado recurso de reposición, podrá interponerse reclamación económico-administrativa ante el órgano previsto en el presente artículo”.

El órgano al que se refiere este artículo 137 es el órgano especializado en la resolución de reclamaciones económico-administrativas y creado por la Ley 57/2003 para los municipios de gran población.

2.3. La postulada supresión del recurso de reposición

Nos llama la atención la pervivencia del recurso de reposición, obligatorio para con los actos locales que no tengan vía económico-administrativa, como cauce

para resolver los conflictos tributarios (artículos 222 a 225 de la LGT 58/2003).

Nos encontramos ante un recurso cuya eficacia ha sido frecuentemente cuestionada por un amplio sector doctrinal, toda vez que implica la rectificación de un acto por la propia Administración autora del mismo.¹⁶

De otra parte, la voracidad recaudatoria de las Administraciones Públicas (estatal, autonómica y local) para conseguir recursos con los que financiar las mayores demandas sociales en servicios públicos, hace que los actos dictados en materia tributaria difícilmente sean revocados por las propias oficinas gestoras como consecuencia de la interposición de un recurso de reposición por parte de los contribuyentes, siendo efectivos, casi exclusivamente, cuando se trata de rectificar errores de hecho o materiales.

Para Far Jiménez,¹⁷ las causas que pueden explicar que las oficinas gestoras sean tan poco proclives a la estimación de los recursos de reposición son:

1) La primera causa, que podríamos denominar “material”, se encuentra en el sistema de incentivos que rigen en la Administración tributaria (principalmente en la AEAT), fuertemente ligado a las necesidades recaudatorias del ente público correspondiente. Los funcionarios encargados de la aplicación del sistema tributario perciben sus incentivos en función del volumen de deuda descubierta (en la Inspección y Gestión Tributaria) o recaudada (en la Recaudación). Dicho sistema hace que, al resolverse los recursos de reposición, se busquen fundamentos jurídicos o bien muy genéricos o bien insuficientemente poderosos como para sostener el acto impugnado. De hecho, una buena parte de las reclamaciones económico-administrativas se interponen sin haberse impugnado antes en reposición.

2) Existe una segunda causa, que podríamos denominar “natural”, que toma su existencia del sistema de garantías adoptado en nuestro sistema tributario, principalmente, tras la Ley 1/1998. Cuando las Administraciones tributarias deben discriminar el trato administrativo que corresponde a los contribuyentes cumplidores del que debiera corresponder a los que defraudan a la Hacienda Pública, pueden cometer dos tipos de errores: considerar que el comportamiento de un contribuyente no es susceptible de sanción, cuando en realidad ha defraudado a la Hacienda Pública (error

16. ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *op. cit.*, p. 385.

17. FAR JIMÉNEZ, Jaime, “Reflexiones sobre la vía económico-administrativa: una vía útil y necesaria”, *Carta Tributaria*, 1 de diciembre de 2000, Suplemento a documentación núm. 346.

tipo I, en términos estadísticos), o identificar el comportamiento de un contribuyente como defraudatorio cuando en realidad no lo es (error tipo II). Pues bien, un sistema de derechos y garantías como el español, en el que se diseñan procedimientos de comprobación, inspección y revisión según modelos generales de derechos, obligaciones y plazos que se aplican automáticamente cuando se cumplen los supuestos de hecho previstos, implica que las garantías jurídicas de los contribuyentes frente a calificaciones erróneas queden muy protegidas (se reducen los errores tipo I), por lo que, dictado un acto administrativo de carácter tributario, difícilmente las oficinas gestoras volverán a reconsiderar los pasos dados durante el procedimiento, manteniendo, en consecuencia, el acto recurrido.

En cualquier caso, sea cual fuere la causa, lo cierto es que la primera instancia revisora en la que los contribuyentes van a poder exponer sus motivos de oposición al acto dictado en espera de una respuesta independiente, y en la que se consideren la totalidad de sus manifestaciones, es en la vía económico-administrativa.

Especialmente significativa en este ámbito fue la modificación de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, por la Ley 4/1999, de 13 de enero. La propia exposición de motivos de esta última Ley destaca como importante novedad el establecimiento, en los artículos 107 y 116 a 117, del recurso de reposición con carácter potestativo, atendiendo, sobre todo, a los problemas planteados de nuevo en el ámbito de la Administración local, recuperándose en el mismo artículo 107 el recurso de alzada, que se regula con su configuración tradicional en los artículos 114 y 115. Cabe recordar que la Ley 30/1992 suprimió dicho recurso "(...) atendiendo a los más consolidados planteamientos doctrinales, tanto en lo referente a la simplificación, como a las posibilidades de establecimiento de sistemas de solución de reclamaciones y recursos distintos a los tradicionales y cuya implantación se va haciendo frecuente en los países de nuestro entorno y que ya existen, en algún caso, en nuestro propio ordenamiento. El sistema de revisión de la actividad de las Administraciones Públicas que la Ley establece se organiza en torno a dos líneas básicas: La unificación de los recursos ordinarios y (...) La primera línea supone establecer un solo posible recurso para

agotar la vía administrativa, bien sea el ordinario que se regula en la Ley, o el sustitutivo que, con carácter sectorial, puedan establecer otras leyes".

El legislador de la nueva LGT ha hecho oídos sordos a la doctrina que desde hace años viene evidenciando sus insuficiencias y postulando su supresión. Sin duda que por la escasa operatividad de la figura parece como si la Ley 58/2003 hubiera pretendido una tímida potenciación del recurso de reposición, que consiste en que el incumplimiento del plazo para resolver acarree que dejen de devengarse intereses de demora –con lo que se pretende, sin duda, estimular la resolución en plazo–, en ampliar el plazo para interponerlo a un mes y en unificar también en un mes el plazo para resolverlo, no queriendo darse cuenta de que el alargamiento del plazo para interponer generará más demora en la tramitación; la unificación de los plazos para interponerlo y para resolverlo son medidas plausibles que redundarán en beneficio de la seguridad jurídica y del derecho de defensa de los administrados, pero que no enervan en modo alguno las limitaciones que esta figura tiene como instrumento al servicio de la solución de los conflictos tributarios.

Sobre este recurso pesa también la dualidad de regulaciones: para el ámbito estatal y autonómico por un lado, y para el ámbito local por otro. En el primero el recurso es, y sigue siendo, potestativo y previo a la vía económico-administrativa, mientras que en el ámbito local el recurso es obligatorio y previo al contencioso. Esa dualidad de regímenes jurídicos en los ámbitos estatal y autonómico, de un lado, y local, de otro, es perturbadora; más sencillo y más económico es suprimir el recurso de reposición y mantener la posibilidad de formular reclamaciones económico-administrativas contra los actos dictados en vía de gestión de los tributos locales.

El legislador, con motivo de la LGT 58/2003, ha unificado solo el plazo para resolverlo, pero se mantienen las diferencias indicadas, que bien podrían haberse eliminado con ocasión de esta reforma.

Medida positiva, que evidencia también el intento de revitalizar el recurso de reposición, es que el incumplimiento del plazo para resolver acarree que dejen de devengarse intereses de demora, con lo que se pretende, sin duda, estimular la resolución en plazo.¹⁸

18. LAGO MONTERO, José María, *De la litigiosidad y la justicia tributaria. Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson S.L., p. 511.

3. Conclusiones

Los aspectos básicos que deben actualmente caracterizar la vía económico-administrativa son los siguientes:

A. El carácter obligatorio, no opcional, de la vía económico-administrativa previa a la contencioso-administrativa en la nueva LGT 58/2003, está justificado. La vía económico-administrativa cumple su función de aligerar la litigiosidad y de servir de filtro de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Creemos, pues, con Cazorla Prieto,¹⁹ que la vía económico-administrativa debe subsistir. Su desaparición agravaría el problema de los asuntos tributarios pendientes ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

B. La supresión, en todo caso, de la doble instancia en las reclamaciones económico-administrativas.

C. La potenciación de la figura de órgano unipersonal, caracterizándolo como juez económico-administrativo que resuelva reclamaciones a través de un procedimiento abreviado en única instancia, con plazos más cortos en relación con determinadas materias y cuantías. Sus resoluciones serían recurribles ante los jueces de lo Contencioso-Administrativo, con apelación, en su caso, ante los Tribunales Superiores de Justicia.

D. El conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra los actos dictados por las comunidades autónomas en materia de tributos propios, debe corresponder a la Sala especial que al efecto se cree en los TEA estatales, sin necesidad de crear específicos órganos económico-administrativos autonómicos.

E. La reapertura de la vía económico-administrativa para los actos tributarios locales dictados por grandes municipios.

F. Una nueva ordenación de la materia económico-administrativa debería incluir la regulación del planteamiento de las cuestiones prejudiciales, del recurso *per saltum* y de los tributos de gestión compartida.

G. La supresión del recurso de reposición en los tributos del Estado y en el ámbito tributario local, manteniendo la posibilidad de formular reclamaciones económico-administrativas contra los actos dictados en vía de gestión de los tributos locales. ■

19. CAZORLA PRIETO, Luis María, ponencia presentada en las jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial sobre "Gestión Tributaria y Administración de Justicia en tiempo de crisis", Madrid, 5 y 6 de noviembre de 2009.

Los planes estratégicos provinciales de 2.^a generación: la singularidad de las estrategias provinciales

Josep M. Pascual Esteve

Director de Estrategias de Calidad Urbana.

Coordinador del Movimiento AERYC (África, América, Europa de Regiones y Ciudades)

1. Las diputaciones y la planificación estratégica
2. El equívoco de los planes estratégicos provinciales de 1.^a generación
3. La importancia hoy de un plan estratégico de la provincia
4. Principales características de un plan estratégico provincial de 2.^a generación
 - 4.1. Adecuar la metodología del proceso a las finalidades y características de la provincia, y no a la inversa
 - 4.2. Organización directiva en base a los Gobiernos locales
 - 4.3. La estrategia provincial debe asentarse en la estrategia de sus territorios
 - 4.4. La elaboración de las estrategias de las unidades territoriales debe programarse como inicio o fortalecimiento de la nueva gobernanza local
 - 4.5. Identificar las diferentes tipologías de objetivos
 - 4.6. Priorizar los objetivos y proyectos que deben ser realizados

Resumen

En este artículo, se identifican tanto el importante papel como las posibilidades de las diputaciones para fortalecer los Gobiernos locales y la buena gobernanza local, y con ello la democracia de proximidad y el compromiso cívico de la ciudadanía. Se señalan, además, las características y potencialidades de la planificación estratégica de 2.^a generación para que las diputaciones puedan lograr grandes avances en esta dirección, en unos momentos difíciles para los ayuntamientos, y en que la propia existencia de las diputaciones es puesta en cuestión.

Palabras clave: *estrategia; intermunicipal; democracia de proximidad; gobernanza; multinivel.*

Abstract

In this article I identify the important role and the possibilities of intermediate local governments (diputaciones) to strengthen local governments and good local governance and, therefore, to make proximity democracy and the civic compromise of citizens stronger. Moreover, I point out the characteristics and the advantages of the second-generation strategic project with the aim that diputaciones could achieve great success in that field. All this analysis is carried out without forgetting that we are immerse in difficult times where city councils are in trouble and the existence of the diputaciones is being questioned.

Keywords: *strategy; inter-municipal; proximity democracy; governance; multilevel.*

1. Las diputaciones y la planificación estratégica

La Ley española 57/2003, de 16 de diciembre, que modificó la Ley de bases del régimen local, atribuye a las diputaciones provinciales la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social, y también en la planificación del territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en dicho ámbito.¹ Es decir, según la legislación vigente las diputaciones están plenamente legitimadas para desarrollar un plan estratégico, pero lo deben realizar de modo diferente al que promueven otras Administraciones Públicas, puesto que deben atender las propias competencias y las de las otras Administraciones en el ámbito de la planificación.

Las diputaciones son una Administración local de segundo nivel, puesto que su representación democrática territorial viene dada como agrupación de ayuntamientos (se constituyen a partir de los concejales electos en las elecciones municipales). Las comunidades autónomas y los ayuntamientos, en cambio, tienen un nivel de representación democrática y territorial propio, puesto que sus mandatarios son elegidos en unas elecciones democráticas específicas.

La Diputación es un ente de gobierno que tiene su plena legitimidad en el apoyo y fortalecimiento de los ayuntamientos. Esta función es del todo esencial y necesaria, puesto que asegura la realización de las competencias locales, que muchos ayuntamientos no pueden garantizar por sí solos. Es decir, su papel consiste en apoyar y fortalecer la democracia de proximidad. Las diputaciones permiten que pueda funcionar el nivel de Gobierno más próximo a las necesidades y aspiraciones de la ciudadanía. En este sentido, aseguran, en la estructura municipal española en que el 85% de los municipios es menor de 5.000 habitantes, el principio democrático más esencial: la cercanía entre gobernantes y gobernados. También son decisivas para asegurar el cumplimiento del criterio de subsidiariedad de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, que establece que el titular de una competencia sea el órgano más próximo a la ciudadanía.²

Definir una estrategia significa identificar los objetivos más importantes para una entidad o territorio, y trazar las líneas o los caminos para alcanzarlos. Los

objetivos estratégicos que promueva una Administración Pública para su ámbito territorial tienen que estar necesaria y directamente relacionados con su principal finalidad. En el caso de las diputaciones, en consecuencia, el objetivo principal de su estrategia será el fortalecer a los ayuntamientos de la provincia, para que puedan afrontar en las mejores condiciones posibles los desafíos que tienen planteados, y articular a partir de los ayuntamientos un sistema de Administración local eficaz en el territorio provincial.

No obstante, la tarea de la Diputación como agregación de lo local no es solo considerar los ayuntamientos uno a uno, sino también promover sus interrelaciones. La gobernanza provincial consistirá también en avanzar de unos ayuntamientos jurídicamente autónomos a unos ayuntamientos interdependientes,³ para sumar en la obtención de resultados.

En la actualidad los ayuntamientos gozan de una notable autonomía, pero son cada vez más insuficientes (ayuntamientos autoinsuficientes) para responder a los cada vez más complejos retos que les plantea la ciudadanía de su término municipal. La interdependencia estable entre ayuntamientos, solo es posible lograrla si comparten objetivos comunes, lo que es mucho más frecuente de lo que parece. La identificación compartida de objetivos entre ayuntamientos debe ser el objetivo de una estrategia territorial promovida por la Diputación. Una estrategia no supramunicipal, en el sentido de situar objetivos por encima de los ayuntamientos, sino intermunicipal, es decir, identificando unos objetivos compartidos que exigen una acción interdependiente.

2. El equívoco de los planes estratégicos provinciales de 1.ª generación

En no pocas ocasiones, los planes estratégicos que han impulsado las diputaciones en España, los han desarrollado a imagen y semejanza de los planes estratégicos que los ayuntamientos promovían a nivel de su ciudad. Es una práctica habitual que los ayuntamientos convoquen a los actores económicos y sociales y a los principales sectores de la ciudadanía para elaborar e impulsar una estrategia compartida de la ciudad, ya que

1. Ver ORTEGA, L., "La provincia en el ordenamiento constitucional español", en *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 11, cuarto trimestre 2010.

2. ZAFRA VÍCTOR, M., "Las diputaciones y la invención del fuego", en *El País*, 26 de agosto de 2011.

3. Definición de gobernanza extraída de METCALFE, L.

la finalidad que legitima el liderazgo estratégico de la ciudad es asegurar una respuesta adecuada y lo más amplia posible a los retos de la ciudadanía que los ha elegido para representar los intereses de la ciudad.

En cambio, los Gobiernos de las diputaciones no han sido escogidos directamente por la ciudadanía de la provincia, sino por los concejales de los ayuntamientos de la provincia. Por tanto, la Diputación no está legitimada para impulsar directamente una estrategia con el conjunto de los actores económicos y sociales para responder a los desafíos que tiene planteada la población de la provincia, puesto que esto entra en conflicto directo con las competencias, ya sea de la propia Comunidad Autónoma o de los propios ayuntamientos.

Durante los años 90 del siglo pasado, y en la primera década del presente siglo, se han liderado, por parte de no pocas diputaciones, planes estratégicos para el territorio provincial, con prácticamente la misma organización y metodologías que las que han aplicado los ayuntamientos para promover una estrategia compartida en la ciudad. Es más, en estos planes provinciales, que hemos denominado de 1.ª generación, los ayuntamientos o no participan, o lo hacen de manera consultiva, o intervienen como un agente económico o social más de entre los que se involucran en la estrategia liderada por la Diputación.⁴

Las razones que explican el modo de actuar de las diputaciones con los planes estratégicos que denominamos de 1.ª generación, son de dos tipos: asimilación de los planes estratégicos urbanos, y no asimilación del rol de la Diputación como ente de la Administración local.

En efecto, las diputaciones observaron con agrado, por su funcionalidad y utilidad, los planes estratégicos que se habían desarrollado en las ciudades españolas, pero también en ciudades de la Europa mediterránea y América Latina, y adaptaron su organización y metodologías a las características del territorio provincial de manera acrítica, sin tener en cuenta la especificidad de la Diputación como entidad de la Administración Pública local de segundo nivel.

Por otra parte, debe valorarse que las diputaciones son entes enraizados en el constitucionalismo español del siglo XIX y que tienen, por tanto, una historia centenaria. A su vez, las comunidades autónomas tienen una historia muy reciente, y no pocas competencias, servicios y equipamientos que hoy son propios de las comunidades autónomas, hasta ayer lo fueron de las diputaciones. En este sentido se constata que no se ha asumido con todas las consecuencias, ni por las diputaciones ni por las propias comunidades autónomas, el nuevo papel específico de cada una de ellas en el despliegue del Estado constitucional.⁵

Asimismo, y dentro de las competencias locales, la Diputación ha asumido a menudo la creación, gestión y provisión de servicios supramunicipales, debido al “minifundismo” de gran parte de los municipios. Y ha confundido su tarea supramunicipal (más allá del municipio o sobre el municipio) con tareas supralocales (más allá de lo local), percibiéndose la Diputación como un nuevo nivel de Administración, tanto por parte de no pocos directivos⁶ de las diputaciones, como a nivel de otras Administraciones, y parte de la ciudadanía. Por ello, de manera recurrente, se alzan voces tanto reclamando su supresión como planteando la creación de nuevos entes para asumir competencias que ya tienen asignadas las diputaciones.

Un plan estratégico de segunda generación asume y ahonda en el papel de la Diputación como fortalecedora de los Gobiernos municipales, de la democracia de proximidad, y articuladora de lo local, cuya principal tarea es construir el interés general de la provincia a partir de los intereses de los ayuntamientos, y teniendo en cuenta los objetivos de las entidades locales en la provincia.

3. La importancia hoy de un plan estratégico de la provincia

Hoy, la elaboración de una estrategia local de la provincia que sirva tanto de marco de referencia para

4. No todos los planes estratégicos provinciales han tenido estas características de primera generación. Así, por ejemplo, los planes inacabados en el momento de redactar esta nota de la provincia de Córdoba y el II Plan de la provincia de Málaga habían asumido el papel de la estrategia provincial como elemento de fortalecimiento de los Gobiernos de los municipios.

5. Según el artículo 137 de la Constitución española de 1978, “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan”.

6. En este sentido, basta recordar que no pocas diputaciones asumieron el lema de “Ayuntamiento de ayuntamientos”, es decir, un nivel de gobernación superior a los propios ayuntamientos. Las mayores capacidades presupuestarias y técnicas de las diputaciones en relación a la mayoría de los ayuntamientos, y el hecho de que en la toma de decisiones pesen más los intereses de los partidos de la provincia que el de los plenos de los ayuntamientos, han conllevado, en no pocas ocasiones, que la Diputación haya ejercido –en la práctica, y de manera equivocada– de gobierno “ilustrado” que elaboraba políticas para los ayuntamientos pero sin los ayuntamientos.

la actuación de los ayuntamientos como de la propia Diputación, es del todo necesaria en el actual contexto, por las siguientes razones:

- En primer lugar, para dejar claro, a través de un plan estratégico, cuál es el papel de la Diputación como vertebradora de lo local en la provincia. Un plan estratégico de 2.^a generación, tanto por las finalidades que se plantea, como en el modo de desarrollarlas, a partir de la participación y el acuerdo mayoritario de los ayuntamientos, es una ocasión inmejorable para hacer visibles el papel de la Diputación en la organización y su potencial para asegurar el funcionamiento de lo local.

Es decir, se trata de hacer un ajuste estratégico en la organización de la Administración provincial para ponerla plenamente al servicio de la democracia de proximidad que representan los ayuntamientos.

- En segundo lugar, por la necesidad de fortalecer y transformar la gestión de los ayuntamientos, y muy en especial, la relación entre el Gobierno local y la ciudadanía, para poder afrontar la crisis de las Haciendas locales sin menoscabo del rol de la democracia de proximidad en nuestro país. Los ayuntamientos requieren iniciar o bien desarrollar una nueva gobernanza o gobernanza democrática para liderar el abordaje a los desafíos de la crisis societaria en la que nos encontramos inmersos, y a la vez, para profundizar en la democracia local comprometiendo cívicamente a la ciudadanía en el progreso del municipio.

Hoy, los ayuntamientos ya no se pueden presentar como unos simples proveedores de servicios públicos dirigidos a unos ciudadanos a los que consideran, de manera pasiva, como clientes o usuarios. Unos ayuntamientos que afronten la reducción del gasto sin reestructurar su manera de gobernar, se limitarán a reducir la oferta de servicios, provocarán la decadencia de los municipios, y favorecerán el desencanto político ciudadano, así como su deslegitimación como Gobiernos democráticos.

Ahora bien, los ayuntamientos también pueden avanzar en lo que denominamos gobernanza democrática, que multiplique su impacto social, desarrollando estrategias y proyectos que articulen sus recursos públicos junto con los de la iniciativa privada y social, de forma que se genere un efecto multiplicador de los fondos públicos. Asimismo, pueden combinar recursos de diferentes ayuntamientos en proyectos compartidos.

Por otro lado, es clave el liderazgo político. Los alcaldes tienen que dejar de ser gestores para asumir a fon-

do su papel de constructores del interés general en todos los programas y proyectos, mediante la articulación de todos los intereses legítimos de los distintos sectores implicados. Si así lo hacen, podrán cambiar los procesos de participación, haciendo que la ciudadanía deje de centrarse tan solo en los presupuestos del Ayuntamiento, y se implique como sujeto de derechos y deberes en el hacer ciudad. El liderazgo político representativo debe transformar los sentimientos ciudadanos de decepción, temor e indignación, que surgen con fuerza en esta etapa de crisis, en compromiso cívico.

Esta imprescindible innovación en el modo de gobernar de los ayuntamientos, difícilmente puede lograrse sin una clara estrategia de apoyo de la Diputación, que renueve tanto los procesos de asistencia técnica, como los contenidos y las metodologías de los cursos de formación y capacitación del personal político. Es decir, reestructurar la relación de los ayuntamientos con la ciudadanía implica, necesariamente, una renovación de la relación entre los ayuntamientos y la Diputación, que debe ser identificada por todos los actores de lo local.

- En tercer lugar, una estrategia debe fijar lo que se denomina: contenidos estratégicos. Es decir, definir los principales objetivos económicos, sociales, territoriales e institucionales, que deben alcanzar los diferentes territorios en los que podemos agrupar los municipios de la provincia, y el modo o caminos para alcanzarlos, para poder afrontar con éxito los desafíos que tienen planteados los distintos actores y principales sectores de la ciudadanía.

Una estrategia compartida entre todos los actores de lo local en el territorio provincial, es importante constituir la en el marco de referencia necesario para definir las políticas y los planes de actuación, tanto de la Diputación como de los ayuntamientos, que, a su vez, deben estar basados en las aspiraciones legítimas de los actores económicos y sociales y de los principales sectores de la ciudadanía de los territorios.

Establecer de manera compartida en cada uno de los territorios significativos de la provincia un marco de referencia de objetivos estratégicos, criterios de actuación y proyectos clave a desarrollar, proporciona las siguientes ventajas:

1. La estrategia territorial a la que debe referirse la Diputación para vertebrar lo local habrá sido elaborada con los ayuntamientos, y a partir de sus políticas. Se disipa el peligro del despotismo ilustrado en la formulación de las políticas de la Diputación.

2. A partir de los objetivos de los territorios compartidos por los ayuntamientos puede iniciarse sobre bases estables la gestión intermunicipal.

3. La estrategia de la provincia, o de los distintos territorios de la provincia, permite que los intereses locales de la provincia puedan ser defendidos ante diferentes niveles de la Administración Pública, pudiéndose desarrollar lo que se denomina gobernanza multinivel.

4. De manera específica, la estrategia provincial puede articularse con estrategias europeas, y conseguir que los objetivos de la Administración local del territorio provincial puedan ser defendidos e insertados en programas de actuación local que sirvan para vertebrar Europa desde los ayuntamientos.

En conclusión, un plan estratégico de segunda generación tendrá dos grandes dimensiones interrelacionadas, que si bien pueden ser desarrolladas en momentos distintos, es esencial y deseable que sean concebidas y desarrolladas conjuntamente. Por un lado tendremos un plan para la gobernación de lo local, que abarcará tanto la renovación de la relación entre la Diputación y los ayuntamientos, como las estrategias de reorganización de los ayuntamientos y de la propia Diputación. La otra dimensión será un plan de objetivos estratégicos compartidos del territorio, que constituirán el marco de referencia para la elaboración de los contenidos de las políticas y planes municipales y provinciales, y que serán la base de la gestión interdependiente por objetivos entre ayuntamientos, o gestión intermunicipal.

4. Principales características de un plan estratégico provincial de 2.ª generación

4.1. Adecuar la metodología del proceso a las finalidades y características de la provincia, y no a la inversa

No se trata, en el conjunto de este apartado, de definir la metodología concreta y los instrumentos de un plan estratégico de 2.ª generación, puesto que no existe una sola metodología, sino una gran pluralidad de métodos e instrumentos susceptibles de ser aplicados.⁷ La

metodología concreta que se utilice y los instrumentos a aplicar en un plan estratégico de una provincia deben ser escogidos atendiendo principalmente a las finalidades del plan, y a las características tanto del territorio como de los actores que intervienen en el mismo.

En planificación estratégica territorial existen muy buenas prácticas, que es importante conocer, pero nunca copiar. Copiar o imitar la metodología de una buena práctica solo es posible si se dan las mismas o muy similares condiciones de partida, y esto en un territorio es prácticamente imposible. Una buena metodología de planificación estratégica es aquella que se adecua a las condiciones de partida y las transforma en la dirección de las finalidades planteadas. Copiar una buena práctica es querer reproducir finalidades y condiciones; y es por ello que la principal fuente de mala práctica en planificación estratégica consiste en copiar metodologías.

Ya señalamos que uno de los principales errores de la primera generación de planes estratégicos provinciales fue querer imitar los planes estratégicos de algunos ayuntamientos que constituyeron una buena práctica. Lo que debe hacerse no es copiar una buena práctica, sino realizar lo que ella hizo: encontrar una metodología y unos instrumentos adecuados a su realidad, y en especial al sistema de información y conocimientos sobre el territorio, al sistema de actores, a los procesos de participación y cultura ciudadana, al sistema institucional y a la organización política; y por supuesto a las capacidades presupuestarias y técnicas a disposición del equipo técnico.

Por otra parte la planificación estratégica incide en un entorno complejo, en el sentido de que un territorio es una realidad concreta, constituida por muy diferentes elementos y subsistemas (informativos, institucionales, culturales, sociales, etc.) entrelazados y abiertos, y cualquier impacto en el mismo abre un amplio abanico de posibilidades de evolución, que no puede ser previsto de entrada.

Un plan estratégico territorial debe ser entendido como un proceso de organización social e institucional del territorio. Es decir, desde sus inicios, y no solo al final, cuando se impulsan los criterios de actuación o los proyectos. Un plan impacta en el territorio y hace evolucionar en alguna medida sus subsistemas, y por

7. Para conocer un amplio abanico de metodologías y técnicas usadas con éxito en planificación estratégica, ver: PASCUAL ESTEVE, J. M., y TARRAGONA GORGORIÓ, M., *Estrategia territorial y Gobierno relacional. Manual para la planificación estratégica de 2.ª generación*, 2010.

tanto el propio plan como proceso debe ser permanentemente reprogramado en su metodología e instrumentos para poder cumplir sus finalidades.

Por todo ello las características que se presentan a continuación son características forzosamente básicas y generales. Son rasgos definitorios de la planificación estratégica territorial de 2.ª generación liderada por una Diputación para que este proceso socio-institucional, que se inicia con la elaboración de una estrategia, no se desvíe de las finalidades específicas que tiene una Diputación: fortalecer la acción de gobierno de los ayuntamientos y su impacto en la ciudadanía, y organizar con eficacia el sistema de acción público de ámbito local en la provincia.

4.2. Organización directiva en base a los Gobiernos locales

El Plan puede tener las Mesas o Comisiones deliberativas, consultivas, o redes de acción que se consideren oportunas, pero debe quedar claro que la dirección del Plan corresponde a la Diputación y a los alcaldes o alcaldesas. Por tanto el principal órgano directivo del Plan debe estar constituido por los representantes electos del ámbito público local. Es importante consultar, deliberar y acordar con los actores económicos y sociales del territorio todos los aspectos del Plan, y de manera especial para identificar los objetivos estratégicos compartidos del territorio.

Pero siempre debe estar clara la finalidad de una estrategia liderada por la Diputación: fortalecer la gobernación municipal y vertebrar la acción local en el territorio.

4.3. La estrategia provincial debe asentarse en la estrategia de sus territorios

La gran mayoría de las diputaciones tienen territorios bien diferenciados en lo que se refiere a su estructura económica y productiva, composición social de la población, patrimonio natural y cultural, etc. Es necesario partir de estas unidades territoriales para elaborar la estrategia en la provincia. Es en base a estas estrategias territoriales, en las que participan los ayuntamientos y los demás actores territoriales, que debe articularse la estrategia provincial. La estrategia provincial se constituirá por objetivos estratégicos, criterios de actuación comunes a todos los territorios, y por los proyectos estructurantes de la provincia, que a su vez serán comunes a más de una estrategia de las unidades territoriales. Cada unidad territorial tendrá su propia estrategia, siendo los proyectos de interés intermunicipal los prioritarios a promover por su carácter estructurante de los territorios, y como impulsores de la gestión intermunicipal.

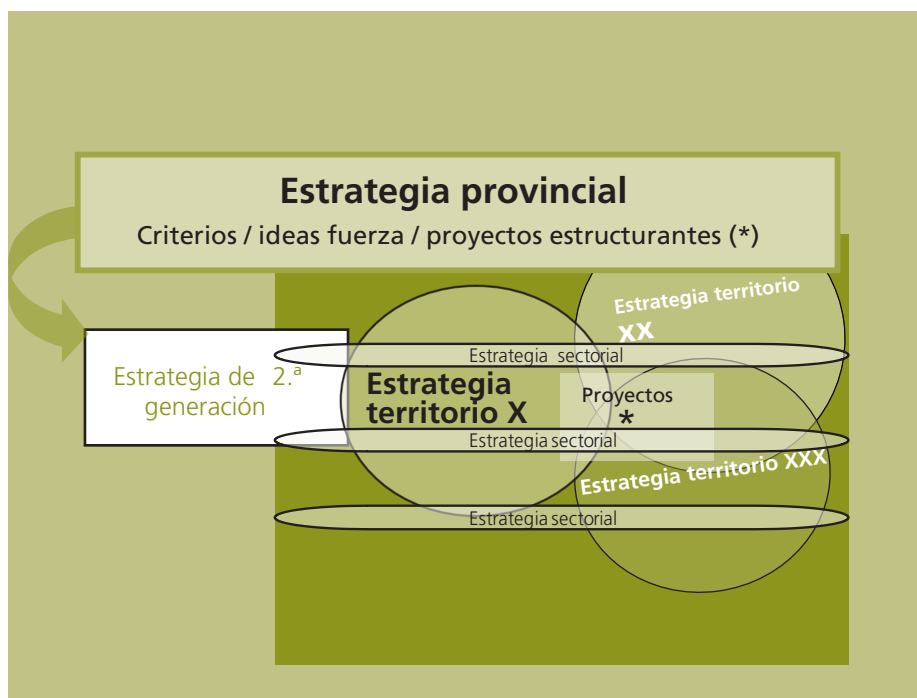
El esquema de la estrategia provincial asentado en las estrategias territoriales, podemos representarlo de la siguiente manera:



En no pocas provincias pueden identificarse temas estratégicos de interés para toda o gran parte de la provincia (patrimonio natural, sociedad del conocimiento, nueva gobernanza local, turismo cultural, frente marítimo, etc.). En este caso la estrategia territo-

rial se basaría no solo en las estrategias de las unidades territoriales, sino también en las estrategias sectoriales que atraviesan todas las provincias.

El esquema es el siguiente:



Los proyectos motores más importantes serán aquellos que sean comunes a más de una estrategia territorial y coincidan, además, con una o más estrategias sectoriales.

4.4. La elaboración de las estrategias de las unidades territoriales debe programarse como inicio o fortalecimiento de la nueva gobernanza local

Es muy aconsejable que en las Mesas o Comisiones en las que se elaboren las estrategias de las unidades territoriales se integren, junto con los ayuntamientos, los actores económicos y sociales y las personas más representativas de los principales sectores de la ciudadanía. Serán un buen caldo de cultivo para que los ayuntamientos aprendan o mejoren la elaboración de sus estrategias, teniendo en cuenta los intereses y aspiraciones del conjunto de la sociedad civil, y busquen alcanzar un compromiso público-privado y ciudadano en el desarrollo de los objetivos estratégicos.

4.5. Identificar las diferentes tipologías de objetivos

Tanto en la dimensión de identificación de los objetivos estratégicos compartidos para el territorio como, y sobre todo, en la dimensión de la gobernanza local, es muy aconsejable diferenciar los objetivos de la estrategia en:

- **Objetivos de innovación o ruptura.** En el caso de la nueva gobernanza serán aquellos que reestructuran la organización interna de la Diputación y los ayuntamientos, y en especial aquellos que reorganizan tanto las relaciones entre la Diputación y los ayuntamientos como las relaciones intermunicipales.
- **Objetivos de continuidad.** Son aquellos objetivos que se inscriben en las lógicas de actuación de las instituciones o actores, pero que necesitan ser reforzados o mejorados para lograr profundizar en el cambio social o institucional.

4.6. Priorizar los objetivos y proyectos que deben ser realizados

Para poder elaborar un plan estratégico con este criterio realista, ayuda mucho el clasificar los objetivos estratégicos en:

- **Objetivos de avance.** Es decir, aquellos orientados a producir un importante impacto positivo en la competitividad económica, o en la cohesión social y territorial, o en la innovación institucional y la gobernanza local.

- **Objetivos de apoyo.** Destinados a asegurar el buen funcionamiento regular del territorio o de las competencias institucionales, que constituyen la base para que un territorio o la Diputación pueda lanzarse a conseguir los objetivos de avance sin producir graves desequilibrios o disfunciones en su funcionamiento.

- **Objetivos de estructura.** Son aquellos objetivos que se refieren a las capacidades profesionales, presupuestarias y de organización de las responsabilidades que permiten la realización de los objetivos de avance y apoyo.

La evaluación, adecuación y complementariedad entre objetivos, y la estimación realista de las capacidades territoriales e institucionales para alcanzarlos, ayudarán a una selección razonable de los objetivos prioritarios del Plan para realizar en un futuro inmediato.

En conclusión, estas páginas han querido señalar que hoy tenemos todavía tanto la legitimidad como las posibilidades de fortalecer la democracia de proximidad, y fortalecer la respuesta local a los desafíos de la crisis societaria, a partir de una decidida acción estratégica por parte de las diputaciones. ■

28_{QDL}

Jurisprudencia



Crónica de jurisprudencia (de 1 de noviembre de 2011 a 31 de enero de 2012)¹

Antonio Descalzo González

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

A) Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 7 de diciembre de 2011. JUR\2011\435591. Doctrina del silencio administrativo en materia de licencias y disciplina urbanística

Antecedentes

Recurso de casación núm. 227/2009.

Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido López.

Frente a las alegaciones de la parte recurrente, consistentes en que en materia de licencias y disciplina urbanística resulta plenamente aplicable la técnica del silencio administrativo positivo tal como se diseña en la Ley 30/1992, tras la reforma de dicha Ley operada por la Ley 4/1999, el Tribunal Supremo reitera y resume aquí su doctrina donde rechaza tal posibilidad con cita además, en este caso, del reciente Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.

Extracto de doctrina

"(...)

"D. Ignacio ha interpuesto recurso de casación contra esa sentencia, en el que esgrime un único motivo de casación formulado al amparo del artículo 88.1.d), por infracción de los artículos 43.2, 43.3, 43.4.a) y 43.5 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, en la redacción dada por la Ley 4/1999. Alega la parte recurrente que una interpretación conjunta y sistemática de dichos preceptos, y del propio espíritu de la reforma legal de 1999, lleva a concluir: primero, que la obligación de resolver de la Administración es una obligación sujeta a un plazo esencial; y segundo, que el silencio administrativo

positivo produce un verdadero acto administrativo eficaz, que solo puede ser revisado por la Administración por los cauces revisorios establecidos en los artículos 102 y 103 de la misma Ley de procedimiento administrativo común. Sobre esta base, señala que en su día solicitó licencia para la edificación unifamiliar concernida, la cual, afirma, obtuvo en virtud del silencio positivo (incluso, matiza, admitiendo dialécticamente que la solicitud fuera contraria a la normativa urbanística aplicable). Invoca diversas sentencias de las Salas de este orden jurisdiccional de Valencia, Madrid y Granada, que han sostenido la operatividad de la doctrina del silencio positivo en materia de licencias y disciplina urbanística.

"CUARTO.- El motivo de casación debe ser desestimado.

"Las alegaciones de la parte recurrente pueden sintetizarse en que en materia de licencias y disciplina urbanística resulta plenamente aplicable la técnica del silencio administrativo positivo tal como se diseña en la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, tras la reforma de dicha Ley operada por la Ley 4/1999; pero este planteamiento ha sido ya rechazado por la Sala en numerosas sentencias, de entre las que cabe citar, a título de ejemplo, y por citar una de las últimas, la de 25 de mayo de 2011, recurso de casación núm. 3908/2007, donde dijimos lo siguiente (FJ 6.º):

"En el ámbito de las licencias urbanísticas, existe una constante legal que imposibilita la adquisición de licencias *contra legem*, según se expone seguidamente:

"1. La imposibilidad de adquisición por silencio de facultades *contra legem* se introdujo en el ordenamiento jurídico urbanístico con motivo de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1956. Esta

1. La negrita introducida en el texto de la jurisprudencia es nuestra.

Ley, en su exposición de motivos señala como fundamento de tal prevención la desaparición, en lo posible, de la (...) *indisciplina urbanística* (...). *Se trata, sobre todo, de evitar que la infracción se produzca, porque solo así se evita el coste social que toda infracción comporta. Se procura por todos los medios hacer desaparecer cualquier estímulo al comportamiento antisocial de los presuntos infractores, que pudiera resultar de las insuficiencias del ordenamiento jurídico. (...) Al objeto de que todos los actos de particulares que signifiquen una transformación física del suelo o del espacio sean sometidos a licencia y que esta, a su vez, se otorgue de conformidad con el planeamiento vigente, se proponen una serie de modificaciones legislativas tendentes todas ellas a mantener y, en su caso, a restaurar la legalidad urbanística*, y uno de estos mecanismos que instauró para luchar contra la indisciplina urbanística fue la imposibilidad de adquirir licencias por silencio *contra legem*. Así, en la nueva redacción dada al artículo 165 de la Ley del suelo de 1956, en el epígrafe 3, después de indicar que el procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará a lo prevenido en la legislación de régimen local, dispuso que *En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los planes, normas o proyectos, programas y, en su caso, de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento*.

“2. Esta disposición pasó a formar parte, con la misma redacción, del artículo 178.3 del texto refundido de la Ley de suelo de 1976, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.

“3. La Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, en su Disposición Adicional Cuarta dispuso que *En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento urbanístico aplicables*, y el texto refundido de la Ley del suelo de 1992, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, al regular la obtención de licencias por silencio, estableció en su artículo 242.6 (al que la Disposición Final atribuyó el carácter de legislación básica) que *En ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*, precepto cuya impugnación por la Generalidad de Cataluña fue desestimado en la STC 61/1997 del Tribunal Constitucional.

“4. La posterior Ley estatal del suelo, Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, mantuvo en su Disposición Derogatoria la vigencia del artículo 242.6 del texto refundido de la Ley del suelo de 1992, al igual que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, siendo finalmente incorporado al texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que en su artículo 8.1.b) mantiene la imposibilidad de obtención de licencias *contra legem*, al indicar que *En ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*, en una redacción que recuerda la prevista en el artículo 178.3 de la Ley del suelo de 1976, al incluir el concepto más amplio de *facultades o derechos* respecto del término *licencias*.

“Existe, por otra parte, una consolidada doctrina de esta Sala y Sección que declara la imposibilidad de obtención de licencias de urbanismo por silencio *contra legem*. Así, en la sentencia de 28 de enero de 2009, recurso de casación en interés de Ley 45/2007, declaramos, a propósito de tal precepto, que imposibilita la obtención por silencio de licencias *contra legem*, ya que se trata de un precepto estatal básico de *raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico* (artículo 178.3 del texto refundido de la Ley del suelo de 1976), que rige en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir (Disposición final primera 1 del texto refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), a lo que añadimos en los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de esa sentencia:

“QUINTO.- *También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.*

“Pues bien, *la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido*

artículo 242.6 del texto refundido de la Ley del suelo de 1992, y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del texto refundido de la Ley de suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.

“SEXTO.- Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, recogida, entre otras, en nuestras sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97), 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11763/98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768/98), 26 de marzo de 2004 (recurso de casación 4021/01), 3 de diciembre de 2005 (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03), 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03), lo que corrobora el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al artículo 8.1.b), último párrafo, del texto refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera que, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, a partir de la publicación de la parte dispositiva de esta nuestra en el Boletín Oficial del Estado, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución, el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo en toda España.

“Con base en ello, en la parte dispositiva de la sentencia declaramos como doctrina legal que el artículo 242.6 del texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del texto refundido de la Ley de suelo aprobado por

Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

“Por ello, habiendo declarado la sentencia de instancia que la autorización solicitada por el recurrente no se ajusta a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, resulta clara su imposible obtención por silencio administrativo positivo.’

“Esta doctrina jurisprudencial resulta aplicable al caso que ahora examinamos, pues habiendo concluido la Sala de instancia que la solicitud de licencia no se ajustaba al ordenamiento urbanístico aplicable (con unas consideraciones que en cuanto fruto de la aplicación del Derecho propio de la Comunidad Autónoma no resultan revisables en este recurso de casación, y además no son realmente discutidas por la parte recurrente), de esta constatación fluye la imposibilidad de invocar la técnica del silencio positivo en el sentido pretendido por la parte recurrente.

“Por otra parte, no estará de más señalar que el reciente Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de adopción de diversas medidas relativas, entre otras, al incremento de la seguridad jurídica en el sector inmobiliario, aunque no aplicable por razones temporales a las presentes actuaciones, se alinea decididamente con la doctrina legal establecida por este Tribunal por, entre otras, la citada sentencia de 27 de enero de 2009, como reconoce expresamente el apartado VI del Preámbulo de dicha disposición, en el que se resalta asimismo que la regla de la imposible adquisición por silencio administrativo de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística ya estaba contenida en el artículo 8.1.b) del texto refundido de 2008, al que atribuye carácter básico y que la nueva disposición legal no viene sino a confirmar. Disposición esta última que, como hemos señalado anteriormente, continúa en la línea marcada por las disposiciones anteriores.”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 2 de diciembre de 2011. JUR\2011\435595. Efectos de no publicar un plan de urbanismo

Antecedentes

Recurso de Casación núm. 6116/2007.

Ponente: Excm. Sra. Pilar Teso Gamella.

El Tribunal Supremo resuelve si la falta de publicación del planeamiento no debe conllevar la nulidad de los actos de aplicación ni de ejecución, sino a lo sumo su ineficacia.

Extracto de doctrina

"(...)

"El discurso argumental que presta soporte a los demás motivos alegados se funda en un común denominador, a saber, que el plan general de 1986 fue aprobado y no puede ahora acordarse la nulidad de su modificación del plan general, ni del plan parcial, en aplicación del artículo 70.2 de la LBRL. Además, se ha aprobado un nuevo plan general en 2004.

"La doctrina que contiene la sentencia recurrida ha de ser corregida en parte, lo que comportará haber lugar al recurso de casación y, no obstante, la desestimación del recurso contencioso-administrativo, en los términos que seguidamente exponemos.

"Decimos que ha de ser corregida en parte, porque el razonamiento, contenido en los fundamentos de derecho cuarto y quinto, no se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala dictada sobre la concreta interpretación del citado artículo 70.2 de la LBRL, y sobre la publicación de los planes de urbanismo en particular. Recordemos que la sentencia no hace distinción alguna entre los dos instrumentos de ordenación recurridos, esto es, entre la modificación puntual del plan general y el plan parcial, pues en los dos casos considera que la falta de publicación del plan general de 1986 ocasiona la nulidad tanto de la modificación puntual como del plan parcial. Y no es así, a tenor de nuestra jurisprudencia.

"SÉPTIMO.- En efecto, **la falta de publicación del plan general de 1986 comporta la ineficacia del dicho plan, y no su nulidad, como venimos declarando desde antiguo, por todas, Sentencia 25 de mayo de 1999** (RJ 1999, 4924) (recurso de casación núm. 1620/1995) '(...) parece oportuno recordar que la doctrina jurisprudencial de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, reflejada por ejemplo en las sentencias

de 10 de abril de 1990, 11 de julio y 22 de octubre de 1991 (la segunda de las cuales desestimó el recurso de revisión interpuesto contra la primera, por contradicción de la doctrina de la misma con otra de la propia Sala Tercera y relativo a idéntica temática de la que hoy es objeto de discusión), 19 de mayo de 1998 y 2 de febrero de 1999, terminantemente establece *que la eficacia de los Planes de Urbanismo está condicionada a la publicación del acuerdo de aprobación definitiva y a la de sus Normas Urbanísticas, resultando evidente que en tanto no se produzca esa publicación y el transcurso del término de demora de quince días a que se refiere el artículo 66.2 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 (...) no entran en vigor dichas normas, pues la amplia dicción literal del artículo 70.2 de la misma Ley 7/85, referida a los planes urbanísticos sin distinción, el carácter municipal del planeamiento en alguno de sus escalones, la lógica que excluye que en los planes de mayor relevancia la publicidad sea menor y en último término el principio de interpretación conforme a la Constitución que en su artículo 9.3 consagra el principio de publicidad de las normas, conducen a la conclusión de que el artículo 70.2 de la Ley 7/85, no puede solo referirse a los planes cuya aprobación definitiva es de la competencia municipal*'.

"De manera que la modificación del planeamiento general que se recurría en la instancia –la modificación puntual del Plan General de Bergasig– sigue adoleciendo del mismo defecto, su ineficacia, por la falta de publicación del instrumento normativo, el Plan General de 1986, que modifica. Y, por tanto, la modificación puntual aprobada no es nula, como señala la sentencia recurrida, sino ineficaz.

"En definitiva, la modificación puntual de un plan ineficaz hace que dicha modificación sea también ineficaz, pero desde luego no presupone su invalidez. Como señalamos ya en Sentencia de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7396) (recurso de casación núm. 1276/1992), 'la falta de publicación de las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación de Córdoba determinaba, pura y simplemente, la ineficacia de la Adaptación-Revisión del mismo'.

"La conclusión de la sentencia, por tanto, declarando la nulidad de la modificación puntual ha de ser corregida, pues dicha modificación es simplemente ineficaz, es decir, concurre una falta de idoneidad para producir efectos jurídicos, pero no puede ser consi-

derada inválida. **La falta de publicación, en fin, no acarrea la nulidad del plan, porque los efectos se producen en la órbita de la eficacia, pero no en la esfera de la invalidez.**

“OCTAVO.- Distinto es el caso de la aprobación del Plan Parcial de la Zona Sud de la Valldan, pues este plan parcial, como instrumento de desarrollo de un plan general ineficaz, sí adolece de invalidez y, por tanto, es nulo como declara la sentencia que se recurre.

“La ineficacia de un plan general impide que el mismo produzca efectos y pueda ser ejecutado. Si esto es así, fácilmente se colige que las normas aprobadas en desarrollo de una norma ineficaz o los actos dictados en aplicación del mismo han de ser considerados como inválidos, porque carecen del necesario soporte normativo. No tiene, en definitiva, la cobertura normativa, pues la propia estructura del ordenamiento urbanístico, como todo sistema normativo, impide la aprobación de un plan de desarrollo cuando carece de efectos el plan de superior rango al que pretende concretar.

“En este sentido, nuestra jurisprudencia viene declarando con una profusión y uniformidad notables que aunque el plan general no publicado es ineficaz, sin embargo los instrumentos de desarrollo o actos de aplicación sí adolecen de invalidez, porque carecen del soporte normativo al que anclarse. En este sentido, respecto a los efectos de la falta de publicación, hemos declarado que ‘es aplicable la conocida doctrina de esta Sala (expresada, entre otras, en sentencias de 18 de Junio de 1998 y 17 de Diciembre de 1998, 21 de Abril de 1999, 3 de Febrero de 1999 y 21 de Enero de 1999), según la cual la falta de publicación íntegra de un Plan de urbanismo afecta a su eficacia, de la que carece, pero no a su validez, que la tiene. Por ello un Plan no publicado no puede ser ejecutado, al ser ineficaz, y si se ejecuta los actos de ejecución serán contrarios a Derecho, al no tener soporte normativo; pero el Plan es válido al contar con todos los requisitos para ello, y, en consecuencia, no puede ser anulado por la mera circunstancia de su falta de publicación. (...) Resumiendo: La doctrina de este Tribunal Supremo antes referida es plenamente aplicable al caso de autos, pues se refiere a la impugnación directa de los Planes o de la modificación de los Planes, y se concreta en el hecho de que aquel o esta no son disconformes a Derecho por el mero hecho de su falta de publicación. (Otra cosa es que lo impugnado fuera,

repetimos, un acto de aplicación; en tal caso, este sería disconforme a Derecho, al pretender darse con él ejecución a un Plan válido pero ineficaz; pero aquí lo que se recurre directamente es la modificación de un Plan, es decir, el Plan)’ (STS de 25 de mayo de 2000 dictada en el recurso de casación núm. 8443/1994).”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 24 de noviembre de 2011. JUR\2011\422472. Principio de responsabilidad en servicio encomendado a un Consorcio, y sanción al Ayuntamiento

Antecedentes

Recurso de casación núm. 258/2009.

Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas.

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto contra la sentencia de 17 de mayo de 2007, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, donde se excluye la responsabilidad del Ayuntamiento de Lebrija porque los incumplimientos omisivos constitutivos de la infracción no le serían imputables, aunque apareciera formalmente como titular de la autorización; y ello por haber transferido dicho Ayuntamiento sus competencias en lo relativo a los vertidos litorales a favor del Consorcio de Aguas del Huesna, de manera que, según la sentencia recurrida, sería dicho Consorcio el obligado a realizar los actos omitidos.

Extracto de doctrina

“(…)

“En el motivo de casación se achaca a la sentencia la infracción del artículo 130 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, que recoge el principio de responsabilidad en materia sancionadora y que permite el reproche sancionador incluso a título de simple inobservancia.

“Como hemos visto, la sentencia excluye la responsabilidad del Ayuntamiento de Lebrija porque los incumplimientos omisivos constitutivos de la infracción no le serían imputables, aunque apareciera formalmente como titular de la autorización; y ello por haber transferido dicho Ayuntamiento sus competencias en lo relativo a los vertidos litorales a favor del Consorcio de Aguas del Huesna, de manera que, según la sen-

tencia, sería dicho Consorcio el obligado a realizar los actos omitidos.

“En la fundamentación de la sentencia que hemos dejado transcrita en el antecedente segundo, el razonamiento de la Sala de instancia es el siguiente: ‘(...) el ilícito administrativo referido a la calidad del agua que se vierte por falta de análisis, realización de obras, etc., no puede imputarse al Ayuntamiento por la única razón de ser formalmente titular de una autorización previa, porque el vertido lo materializa el gestor del servicio, responsable del mismo, a quien incumbe todos los incumplimientos imputados, sin que la falta de transmisión de la titularidad de la autorización pueda alterar la responsabilidad, ya que dicho incumplimiento formal no afecta al elemento subjetivo culpabilístico ausente en la infracción imputada al Ayuntamiento de Lebrija, máxime cuando la Administración tal como consta en el expediente conocía y se entendía con el Consorcio como responsable del vertido quien abonaba el canon, realizaba los análisis que enviaba periódicamente a la Administración, etc.’. En definitiva, para la Sala de instancia, aunque la tipificación y la calificación sean correctas, no ocurre lo mismo con la imputación de responsabilidad, ‘por la ausencia del elemento subjetivo del injusto –actuación dolosa o culposa–; y por ello anula la resolución sancionadora combatida.

“Antes de abordar el concreto planteamiento del motivo de casación, procede que hagamos alguna precisión al hilo de lo razonado en la sentencia, porque **la Sala de instancia pone el acento en la ausencia del elemento de la culpabilidad, como elemento subjetivo del injusto, siendo así que dicha categoría reviste perfiles singulares cuando se trata de la responsabilidad de las personas jurídicas o de las Administraciones y entes públicos, sin olvidar que el artículo 130.2 de la 30/1992, de 26 de noviembre, admite la atribución de responsabilidad infractora a título de simple inobservancia.**

“Es verdad que el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios del orden penal, entre los que se encuentra el de culpabilidad, son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987). Entre esos matices, y en concreto, sobre la culpa, el Tribunal Constitucional ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, pero ha añadido que, sin embargo, la

consagración constitucional de este principio en modo alguno implica que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (véase la STC 150/1991). Al propio tiempo, desde su sentencia 76/1990, de 26 de abril, el Tribunal Constitucional viene declarando que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o sin culpa, doctrina que se reafirma en la sentencia 164/2005, de 20 de junio de 2005, en cuya virtud se excluye la posibilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin acreditar un mínimo de culpabilidad aun a título de mera negligencia. **Ahora bien, el modo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana.**

“Sucede así, y con ello entramos en el examen del motivo, que **en el caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, incluyendo a las Administraciones Públicas, aunque haya de concurrir el elemento de la culpabilidad** [véase la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2011 (recurso de casación en interés de ley 48/2007)], **este se aplica necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.** Según la STC 246/1991 que acabamos de citar ‘(...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma’.

“En el motivo de casación la Junta de Andalucía sostiene que se ha producido la vulneración del artículo 130 de la 30/1992 y que no puede ser excluida la responsabilidad del Ayuntamiento de Lebrija, al no haber comunicado a la Junta de Andalucía la transmisión de la autorización de vertidos a un tercero. En ese sentido, invoca lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de calidad de las aguas litorales, dictado en desarrollo de la Ley de protección ambiental, aprobado por Decreto autonómico 14/1996, según el cual ‘la transmisión por actos *inter vivos* de la autorización de vertido deberá

ser comunicada previamente a la Agencia de Medio Ambiente, quedando condicionada su eficacia a la aceptación expresa por el nuevo titular de todas las obligaciones establecidas en la correspondiente autorización y de cuantas otras sean exigibles de conformidad con la legislación estatal y autonómica que resulte de aplicación...'. Dado el tenor de este precepto, según la letrada de la Junta de Andalucía la sentencia infringe el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, por haber excluido la responsabilidad del Ayuntamiento sobre la base de que la Administración autonómica pudiera conocer la transmisión de la gestión; conocimiento que, aun existiendo, no eximiría de la comunicación prevista en el artículo 9 del Decreto 14/1996 y tampoco enervaría los efectos que su falta conlleva, que en este caso se concreta en la responsabilidad de la entidad titular de la autorización de vertidos.

"Por tanto, concluye la letrada de la Junta de Andalucía su razonamiento, la sentencia se refiere impropia a una responsabilidad objetiva que estaría basada en una titularidad meramente formal de la autorización por parte del Ayuntamiento, cuando, en realidad, la responsabilidad deriva precisamente de haber efectuado una transmisión de la autorización y no haberla comunicado, en virtud de lo cual queda retenida en el Ayuntamiento la responsabilidad por la infracción.

"Pues bien, el motivo ha de ser acogido.

"El hecho de que el Ayuntamiento de Lebrija haya encomendado la gestión del servicio al Consorcio de Aguas del Huesna, y aunque este dato fuera conocido por la Administración autonómica, no determina que el Ayuntamiento quede exonerado de responsabilidad, porque, según resulta de la resolución originaria y es asumido por la sentencia de instancia, el titular de la autorización del vertido al dominio público marítimo-terrestre era el Ayuntamiento, sin que este hubiese notificado a la Administración autonómica la transmisión de la autorización de vertidos. De manera que las obligaciones del titular del vertido, si no ha sido objeto de la oportuna solicitud de cambio de la titularidad de la autorización, no se enervan porque haya optado por la gestión indirecta de un servicio público de su competencia (artículo 25.1 de la Ley de bases de régimen local) acudiendo a un Consorcio, ente al que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, el 87 de la Ley de bases de régimen local y el artículo 3.1.e de la

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

"Por el contrario, el Ayuntamiento es responsable cuando menos a título de simple inobservancia, lo que se acomoda al régimen de imputación contenido en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, según el cual 'solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia'.

"En relación con lo anterior procede recordar que la conducta omisiva sancionada consiste en el incumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización de vertidos, no solo por no analizarse todos los parámetros requeridos y no haber presentado la declaración anual de vertido correspondiente al año 2002, sino también por no efectuar las obras de regularización de los vertidos de aguas pluviales del Polígono Industrial y por no haber ejecutado las obras de acondicionamiento del vertido. Y tampoco debe olvidarse que la Administración local conserva y retiene la titularidad del servicio –contemplado en la legislación de régimen local entre los que obligatoriamente han de prestar los ayuntamientos–, de manera que el Ayuntamiento no es ajeno a las vicisitudes de su prestación aunque acuda a un Consorcio para la gestión, y, de hecho, debe estar presente en los órganos del Consorcio (artículo 6.5 de la Ley 30/1992). Esto no significa la atribución de la responsabilidad al Ayuntamiento por un hecho ajeno, que no tendría cabida en materia sancionadora, pues su responsabilidad resulta de la inobservancia de las condiciones a que se encuentra sometida la autorización de vertidos que le fue otorgada, habiendo sido sancionado precisamente por realizar la hipótesis típica descrita en la norma sancionadora, esto es, '... el incumplimiento de las condiciones impuestas en las autorizaciones de vertidos'.

"TERCERO.- Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, procede que entremos a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2.d de la Ley reguladora de esta jurisdicción).

"Pues bien, las razones que hemos expuesto para acoger el motivo de casación vienen a desvirtuar la única razón por la que la Sala de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo, que consistía en considerar que, '...aunque la tipicidad y calificación de la infracción sea correcta, no lo es la imputación de responsabilidad efectuada al Ayuntamiento'. Ve-

mos así que la sentencia recurrida desestimó los demás argumentos de impugnación esgrimidos en la demanda; y habiéndose aquietado la parte demandante ante dicha desestimación, nos remitiremos a lo resuelto en esa sentencia, siendo procedente, en consecuencia, la desestimación del recurso contencioso-administrativo.”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 18 de noviembre de 2011. JUR\2011\413851. Efectos de la falta de publicación del planeamiento urbanístico

Antecedentes

Recurso de casación núm. 5401/2008.

Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Viveiro contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 19 de junio de 2008, sobre la base de que la falta de publicación de las Normas Subsidiarias de 1986 no puede comportar la anulación de la modificación puntual por aplicación del artículo 70.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, según su redacción vigente en aquel momento.

Extracto de doctrina

“(…)

“Como ha sido anticipado, el único motivo de casación aducido por el Ayuntamiento de Viveiro denuncia la infracción del artículo 70.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, en relación con los artículos 56, 57.1 y 2 y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señalando el Ayuntamiento recurrente que la falta de publicación de las Normas Subsidiarias de 1986 no puede comportar la anulación de la modificación puntual por aplicación del artículo 70.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, según su redacción vigente en aquel momento, porque el precepto solo se refería a la publicación de los acuerdos que adopten las corporaciones locales y no a los adoptados por las comunidades autónomas, como era el caso. Por otra parte, destaca que la modificación puntual ha sido publicada íntegramente en el Boletín Oficial de Galicia núm. 170, de 1 de septiembre de 2004.

“El motivo ha de ser acogido.

“No parece necesario insistir acerca de la exigencia de publicación de las normas de los Planes de urbanismo, en tanto que tienen la naturaleza de disposiciones generales. Como recuerda la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2010 (casación 3924/06), la exigencia de publicación se sustenta en el principio de publicidad de las normas (artículos 9.3 de la Constitución, 2.1 del Código Civil y 52.1 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) y encuentra un anclaje normativo directo en el artículo 70.2 de la Ley de bases de régimen local –tanto en la redacción originaria de la Ley 7/1985, de 2 de abril, como tras la reforma del precepto dada por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre–, siendo claro que tal exigencia de publicación en modo alguno puede entenderse desvirtuada en los casos de los planes aprobados por las comunidades autónomas.

“La publicación formal determina la entrada en vigor de la norma publicada, aunque, como hemos señalado en repetidas ocasiones, la falta de publicación del instrumento de planeamiento no lo hace inválido, sino ineficaz. Ahora bien, si el plan no publicado no es nulo, sino solo ineficaz, la consecuencia es distinta para sus instrumentos de desarrollo (planes de sectorización, planes parciales, etc.), pues, al carecer éstos de soporte normativo de cobertura, devienen nulos de pleno derecho. Pueden verse en este sentido, entre otras muchas, nuestras sentencias de 20 de mayo de 1999 (casación 3150/93), 18 de julio de 2007 (casación 8092/2003), 22 de julio de 2009 (casación 2327/05), 14 de octubre de 2009 (casación 5988/2005) y 16 de noviembre de 2009 (casación 3748/2005). De manera que la falta de publicación del Plan General –o, en este caso, de las Normas Subsidiarias– proyecta consecuencias de nulidad en los planes de desarrollo, por infracción del principio de jerarquía normativa, bien distintas de las que aquejan al instrumento de ordenación general que, insistimos, es válido pero ineficaz.

“La sentencia de instancia ha considerado infringido el citado artículo 70 de la Ley de bases de régimen local por la falta de publicación de las Normas Subsidiarias originarias, y ello, señala la sentencia, es determinante de la nulidad de la modificación puntual, pues ‘(…) las previsiones de ordenación cuya modificación se impugna no han tenido vigencia ni eficacia, ni pueden ser entendidas como existentes, lo que a su vez y de modo inmediato excluye la viabilidad de su modificación, al no ser posible a los efectos y alcance de esta

última, partir de un instrumento urbanístico que debe ser tenido como inexistente’.

“El razonamiento de la Sala de instancia no puede ser compartido.

“La modificación puntual, que regula la ordenación correspondiente a las áreas calificadas con la ordenanza residencial mixta RM, afecta a la propia norma originaria, en este caso ineficaz, pero no constituye desarrollo de la misma. Ello impide asimilar el supuesto al caso antes mencionado de los instrumentos de desarrollo carentes de cobertura normativa por la falta de publicación del instrumento al que se encuentran subordinados. Las modificaciones del planeamiento son disposiciones de contrario imperio, del mismo rango jerárquico que la norma que modifican y a la que, por tanto, no se encuentran supeditadas; estando sujetas para su aprobación, por lo general, al mismo procedimiento que el establecido para la aprobación de la norma originaria. Por ello, entre dos normas del mismo rango que se suceden temporalmente no cabe establecer relaciones de dependencia, sino más bien relaciones de vigencia. Así las cosas, la modificación puntual de elementos de un Plan General o de unas Normas Subsidiarias ineficaces, por no publicadas, seguirán siendo, en tanto no se publican, tan ineficaces como el instrumento originario al que modifican, pero no nulas de pleno derecho. En este mismo sentido puede verse nuestra reciente sentencia de 27 de octubre de 2011 (casación 5321/08).

“En nuestro caso, por tanto, la modificación impugnada adolece del mismo defecto de ineficacia que las Normas Subsidiarias originarias, siendo errónea la afirmación del Ayuntamiento de Viveiro de que la modificación de las Normas está publicada en el Boletín Oficial de Galicia núm. 170 de 1 de septiembre de 2004, pues dicha publicación contiene el acuerdo de aprobación pero no el contenido normativo de la modificación; y la propia Orden aprobatoria de la modificación, en el apartado segundo de su parte dispositiva, establece que, de conformidad con los artículos 92 de la Ley 9/2002 y 70 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, el Ayuntamiento deberá publicar la normativa y las ordenanzas de la modificación en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo, lo que no consta que se haya realizado.

“La regulación contenida en la modificación, al tener el mismo nivel que la ordenación origina-

ria, debería desplegar, una vez que se publicase, efectos derogatorios sobre esta, que insistimos, era válida no obstante no haber alcanzado vigencia por falta de publicación. Expresamos esto último de forma hipotética porque por Decreto autonómico 102/2006, de 22 de junio, dictado al amparo del artículo 96 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, se suspendió la vigencia de las Normas Subsidiarias de planeamiento municipal de Viveiro y se aprobó la ordenación urbanística provisional hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento, lo que va a impedir, como veremos más adelante, que la modificación aquí controvertida pueda alguna vez alcanzar vigencia.

“Pero, volviendo a lo que ahora nos interesa, **el motivo de casación debe ser acogido porque, como hemos visto, la sentencia recurrida no acierta a interpretar adecuadamente el artículo 70 de la Ley reguladora de las bases del régimen local en cuanto anula el acuerdo de aprobación de la modificación por no haber sido publicadas las Normas Subsidiarias originarias, siendo así que, según hemos explicado, tal falta de publicación no determina la invalidez sino la ineficacia de la modificación.**

“CUARTO.- Establecido así que la sentencia de instancia debe ser casada, procede que entremos a resolver en los términos en que viene planteado el debate (artículo 95.2.d de la Ley reguladora de esta jurisdicción).

“Al abordar esta tarea, las mismas razones que hemos expuesto para fundamentar la estimación del motivo de casación son las que nos llevan a concluir que el recurso de casación debe ser desestimado, dado que la falta de publicación del contenido normativo de la Modificación de las Normas Subsidiarias en las áreas calificadas con la ordenanza residencial mixta RM, hace ineficaz la modificación pero no determina su nulidad.

“En la demanda la parte actora se limita a solicitar la declaración de nulidad de la Modificación; sin pedir, con carácter alternativo o subsidiario, la declaración de ineficacia de dicha Modificación, lo que, por razones de congruencia, al no haberse sido solicitado, impide que hagamos un pronunciamiento en ese sentido.

“Por lo demás, ya hemos dejado señalado –y así lo recoge también la sentencia recurrida– por Decreto autonómico 102/2006, de 22 de junio, dictado al amparo de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 9/2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de

Galicia, se suspendió la vigencia de las Normas Subsidiarias de planeamiento municipal de Viveiro aprobadas el 29 de abril de 1986, con todas sus modificaciones, y se aprobó la ordenación urbanística provisional hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento. Sea o no debido a esta circunstancia, lo cierto es que las demás cuestiones y argumentos de impugnación que se formulaban en la demanda contra la modificación de las Normas Subsidiarias no han sido traídos a casa-ción, por lo que debe entenderse pacíficamente aceptada por los litigantes la decisión de la Sala de instancia de no entrar a examinarlos.”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 18 de noviembre de 2011. JUR\2011\415288. Ilegalidad de obras realizadas con licencia municipal, que es otorgada después de haberse denegado expresamente la autorización autonómica previa y preceptiva.

Antecedentes

Recurso de casación núm. 124/2009.

Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas.

El Tribunal Supremo estima que no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 4 de septiembre de 2008, toda vez que en ninguna de las actuaciones de la Administración autonómica se advierte indicio alguno de vulneración de la autonomía local.

Extracto de doctrina

“(…)

“En el motivo tercero la recurrente alega, según vimos, la vulneración del principio constitucional de autonomía local, señalando que cuando se dictó la resolución recurrida todavía no se había dictado la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Pontevedra que anuló la licencia municipal concedida, por lo que la Administración autonómica no podía desconocerla, debiendo reaccionar por el cauce de los artículos 65 y 66 de la Ley de bases de régimen local o promoviendo la revisión de oficio de la licencia, y solo cuando fuese firme una resolución que elimine del mundo jurídico esa licencia municipal de obras sería lícita la orden de demolición acordada.

“El motivo debe ser desestimado.

“Tal y como consta en la sentencia recurrida, la recurrente solicitó autorización autonómica con arreglo al artículo 77 de la Ley 1/1997, de suelo de Galicia, que, para construcciones e instalaciones para fines de interés general que tengan que emplazarse en el medio rural, o aquellas cuya ubicación venga determinada por las características y exigencias de la actividad, exigía el requisito de que, antes del otorgamiento de la licencia municipal, se hubiera producido la autorización del órgano autonómico competente. Dicha autorización autonómica fue denegada por resolución de 7 de abril de 1999 (folio 56 del expediente administrativo), que la recurrente consintió al desistir del recurso promovido contra ella (folio 69 del expediente administrativo). No obstante, solicitó licencia municipal de obras, que le fue concedida el 9 de febrero del año 2000 (folio 95 del expediente administrativo). La Administración autonómica, con base en la potestad que le confiere el artículo 214 de la Ley 9/2002, de ordenación urbanística de Galicia, inició en marzo del año 2004 expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y requirió al Ayuntamiento para que declarase la nulidad de la licencia municipal indebidamente concedida; y ante la denegación presunta de tal requerimiento, recurrió ante los Tribunales, siendo anulada la licencia por sentencia 130/2005 del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Pontevedra de 27 de Junio de 2005.

“Siendo esa la secuencia de los hechos, en modo alguno cabe afirmar que la Administración autonómica, con su actuación, haya vulnerado la autonomía local. Y ello por las siguientes razones:

“1/ En primer lugar, la clasificación del suelo como rústico de protección de costas hacía necesaria la autorización de la Administración autonómica, previa e independiente de la licencia municipal; necesidad de la que era plenamente conocedora la recurrente, que solicitó dicha autorización y, aun siéndole denegada esta, acudió al Ayuntamiento en solicitud de licencia, que efectivamente fue otorgada, aunque, como explica la sentencia recurrida, era insuficiente como título habilitante para proceder a la ejecución de las obras.

“2/ La Administración autonómica requirió a la Administración local para que iniciase el correspondiente procedimiento de revisión de la licencia, requerimiento que no obtuvo respuesta, siendo la licencia anulada con posterioridad por los Tribunales de Justicia por incurrir en una causa de ‘nulidad de pleno derecho’ con arreglo al artículo 62 de la Ley 30/1992, ‘...al haber sido otorgada con omisión flagrante de un trámi-

te esencial del procedimiento' (FJ 4.º de la sentencia 130/2005, de 27 de junio de 2005, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. de Pontevedra). Además, la sentencia aquí recurrida señala, valorando los informes de los vigilantes de inspección, que las obras realizadas no se ajustaban a la licencia municipal concedida –y luego anulada– en los parámetros de edificabilidad y ocupación máxima.

“3/ La Administración autonómica, que es quien ostenta las competencias en materia de urbanismo, en particular las relacionadas con la protección del suelo rústico, denegó expresamente la autorización; requirió la anulación de la licencia municipal; acudió luego a la vía jurisdiccional –en la que, en efecto, se acabaría declarando la nulidad de pleno derecho de la licencia–; y, en fin, acordó la demolición de la obras, pues tal y como fundamenta la sentencia recurrida, la Administración autonómica ‘...no puede ver limitadas sus potestades por el hecho de que un Ayuntamiento haya otorgado una licencia pese a la denegación autonómica previa y preceptiva’.

“4/ En ninguna de las actuaciones de la Administración autonómica que hemos descrito se advierte indicio alguno de vulneración de la autonomía local. Y así debió entenderlo también el propio Ayuntamiento de Oia, que en el proceso de instancia, cuando se le dio traslado para contestar a la demanda, presentó escrito con fecha 1 de marzo de 2007 solicitando que se le tuviese por apartado del procedimiento en el que se debatía, entre otras cuestiones, la posible vulneración de la autonomía local. Apartamiento que, efectivamente, acordó la Sala de instancia en providencia de 5 de marzo de 2007.” ■

28_{QDL}

Documentos e informes jurídicos



La reordenación del tiempo de trabajo (artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre) y la jornada, en cómputo anual, de los empleados públicos de la Administración local¹

Rafael Jiménez Asensio

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.

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

RESUMEN

OBJETO DE LA CONSULTA

PARTE PRIMERA: PLANTEAMIENTO

- I. Marco normativo esencial regulador de la materia
- II. Una cuestión controvertida

PARTE SEGUNDA: ANÁLISIS MATERIAL DEL OBJETO DE LA CONSULTA

- III. El artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 no es aplicable directamente a la Administración local
- IV. El artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 no tiene tampoco naturaleza básica
- V. ¿Se aplica la reordenación del tiempo de trabajo prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 a los funcionarios locales por aplicación del reenvío que llevan a cabo el artículo 94 de la Ley de bases del régimen local (LBRL) y el artículo 299 del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLRMLC)?

La situación anterior a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)

Situación a partir de la entrada en vigor del EBEP

¿Hay, por consiguiente, tras la entrada en vigor del EBEP, una derogación implícita del artículo 94 LBRL, o esta norma básica sigue en vigor sin perjuicio de que pueda ser inaplicable en determinadas circunstancias?

- VI. ¿Se aplica la reordenación del tiempo de trabajo prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 al personal laboral al servicio de las entidades locales?
- VII. Algunas precisiones finales: ¿cabe que las entidades locales extiendan la aplicación de la jornada prevista en el Real Decreto-ley 20/2011 a sus propios empleados públicos?

Jornada general u ordinaria de los funcionarios públicos establecida a través de un Acuerdo o Pacto

Jornada general u ordinaria del personal laboral recogida en un Acuerdo de condiciones comunes para funcionarios y laborales

Jornada general u ordinaria del personal laboral de las entidades locales establecida a través de Convenio Colectivo

CONCLUSIONES

1. Este Informe fue elaborado para la Federación de Municipios de Cataluña (FMC) por encargo de su Secretaría General. Agradezco sinceramente a Adolfo Moreno, secretario general de la FMC, la confianza profesional depositada a la hora de hacerme el encargo, y asimismo la buena disposición mostrada para que el contenido de este Informe pueda ver la luz públicamente en este número de la Revista QDL. El agradecimiento lo hago extensivo a Eugenia Revilla, responsable de los Servicios Jurídicos de la FMC, por el intercambio permanente de opiniones que sobre este tema hemos tenido y del que, sin duda, se ha visto enriquecido el contenido de este Informe.

RESUMEN

El presente Informe, elaborado por encargo de la Secretaría General de la Federación de Municipios de Cataluña (FMC), pretende dar una respuesta fundada en Derecho a un problema controvertido: si cabe aplicar a las Administraciones locales indirectamente, a través de la norma de reenvío del artículo 94 de la Ley de bases del régimen local (LBRL), la medida de reordenación del tiempo de trabajo prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre.

La tesis que se mantiene en este Informe es que tal medida no es aplicable ni directamente, ni como norma básica, ni tampoco a través de la norma de reenvío del artículo 94 LBRL, que establece, como es conocido, que la jornada de los funcionarios locales será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. La situación, por tanto, no ha cambiado de la que se daba con anterioridad a la aprobación de tal medida, pues el problema real es plantearse hasta qué punto esa “norma básica de régimen local” (artículo 94 LBRL) sigue en vigor, una vez aprobado el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

El Informe parte por considerar que esa “norma básica de reenvío” (el artículo 94 LBRL) representa una interferencia clara y contundente en la autonomía local y en el ejercicio de una potestad de organización tan instrumental como es la determinación del cómputo anual de jornada de los funcionarios públicos de las entidades locales. Además, esa norma encuentra su fundamento en otra norma de naturaleza preconstitucional que establecía una redacción similar (cuando obviamente no se reconocía ni garantizaba la autonomía local). Aun así, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha reiterado que esa norma tenía el carácter de básica y era aplicable a las Administraciones locales.

Sin embargo, la inmensa mayoría de los pronunciamientos jurisdiccionales parten de analizar acuerdos de condiciones de trabajo (o normas reglamentarias) anteriores a la entrada en vigor del EBEP. Una vez aprobado este, su artículo 47 atribuye la competencia de establecer la jornada general y las especiales a las Administraciones Públicas. Por tanto, también a las Administraciones locales. Y ello se justifica en la Exposición de Motivos del EBEP en el dato de que esta nueva legislación básica pretende reforzar las potestades de organización y gestión de las Administraciones Públicas y remover toda aquella legislación básica que lo impida u obstruya.

Atendiendo a que las leyes, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se han de interpretar, a la luz del principio de autonomía local constitucionalmente garantizado y asimismo reconocido en la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL), cabe considerar que el artículo 94 LBRL ha sido derogado implícitamente por el artículo 47 EBEP. Pero esta derogación no supone la inaplicación de esa norma básica, que seguirá estando vigente de forma temporal y condicionada (tal como establece la Disposición Final Cuarta, 3, EBEP) hasta que cada Administración Pública (esto es, cada entidad local) haga uso de las competencias atribuidas en el citado artículo 47 EBEP y, tras un proceso de negociación colectiva, establezca su propia jornada. Se pretende con ello evitar un “vacío” aplicativo en aquellos casos en los que las entidades locales no hayan ejercido sus competencias a través de acuerdos o de normas reglamentarias de determinación de la jornada.

En todo caso, ello no es obstáculo para que –si así lo estiman conveniente y se justifica el presupuesto de hecho habilitante (la excepcionalidad de la medida)– los órganos de gobierno de las entidades locales, atendiendo a la grave situación de crisis económica, puedan modificar o suspender la jornada previamente acordada y establecer unilateralmente un incremento de la misma de acuerdo con lo previsto en el artículo 38.10 EBEP, previa información de la medida a las organizaciones sindicales. Pero este “descuelgue” excepcional (que se debe justificar en su finalidad y proporcionalidad) solo puede llevarse a cabo para la jornada de los funcionarios públicos o del personal laboral en el caso de que su jornada se haya negociado a través de un Acuerdo de condiciones de trabajo comunes (artículo 36.3 EBEP). Esta cláusula –como ha reiterado la jurisprudencia– no podría aplicarse a la jornada establecida en los convenios colectivos para el personal laboral al servicio de las entidades locales.

Todo este marco normativo nos muestra fehacientemente las deficiencias que ofrece en torno al distinto régimen jurídico de la jornada laboral de los funcionarios (que, hasta el EBEP, era la establecida como mínimo en cómputo anual para los funcionarios de la Administración Civil del Estado) y la del personal laboral (que se determinaba por medio de convenios colectivos). Y esa disfunción se reitera, asimismo, en los casos de “descuelgue” de lo acordado (que es factible en el caso de los funcionarios e inviable, en principio, para los laborales, con la excepción indicada).

Y esta concepción –si se permite el término– “esquizofrénica” del tratamiento de los recursos huma-

nos en el nivel local de Gobierno, es la que intenta modificar el propio EBEP, al establecer por Ley, en primer lugar, unas medidas homogéneas tanto para el personal funcionario como para el personal laboral, y, en segundo lugar, al prever que aspectos típicos de condiciones comunes del ejercicio de la actividad profesional en la Administración Pública (como es la jornada) puedan pactarse en una Mesa de negociación específica y trasladarse a un instrumento normativo como son los pactos o acuerdos. En esa lógica encuentra su explicación cabal atribuir a las Administraciones locales el establecimiento de la jornada general y de las especiales, así como procurar que, a través de esas condiciones comunes, se acabe paulatinamente con un sistema dual de gestión de recursos humanos a todas luces disfuncional para una gestión eficiente de los recursos públicos.

Esta tesis expuesta es la que, con diferencias de matiz que ahora no vienen al caso, fue defendida en 2007 por la Diputación de Barcelona, ha sido mantenida por una parte importante de la doctrina y, finalmente, ha recibido el aval informal de la Dirección General de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, así como ha sido propuesta por los Servicios Jurídicos de la FMC.

OBJETO DE LA CONSULTA

Por parte de la Secretaría General de la FMC se nos plantea la siguiente consulta a efectos de que elaboraremos el pertinente Informe que pueda dar respuesta a la misma:

¿El artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, que tiene por objeto la "reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos", es aplicable directamente como norma básica, o lo es indirectamente a través de la remisión que lleva a cabo el artículo 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, a los empleados públicos de las Administraciones locales? ¿Cabe considerar que, a partir de la entrada en vigor del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril), las entidades locales pueden definir la jornada general de sus funcionarios públicos de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 de la citada norma y previa negociación colectiva con las organizaciones sindicales, o se entiende vigente y aplicable como norma básica el artículo 94 LBRL?

Por consiguiente, definido en estos términos el Objeto de la Consulta, el presente Informe se limitará exclusivamente a dar respuesta a estas cuestiones, que se enmarcan plenamente en un problema de alcance exquisitamente jurídico, sin perjuicio de que en la parte final del mismo se haga alusión a algunas respuestas, también jurídicas, que tienen en su mano los órganos de gobierno de las Administraciones locales para que, en su caso y por razones estrictamente derivadas de un contexto de grave crisis económica y de contención fiscal con el fin de reducir el déficit público, puedan extender la aplicación de esa reordenación del tiempo de trabajo estipulada en el Real Decreto-ley citado al personal a su servicio.

PARTE PRIMERA: PLANTEAMIENTO

I. Marco normativo esencial regulador de la materia

1.- El artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, dice exactamente lo siguiente:

"A partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos." Esta media semanal se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán las adaptaciones necesarias para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.

"Para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito de la Administración General del Estado se autoriza al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar las instrucciones necesarias para adecuar los calendarios laborales vigentes, incluidos los sistemas de seguimiento del cumplimiento horario, previa negociación en el seno de la Mesa General de Negociación."

2.- Por su parte, el artículo 94 LBRL recoge el siguiente enunciado:

"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.

"Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada."

3.- El artículo 299, relativo a jornada de trabajo, 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 (TRLMLRC), establece la siguiente previsión:

“Las jornadas de trabajo de los funcionarios de la Administración local son, en su cómputo anual, las fijadas para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, y se les aplican las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada.”

4.- En el EBEP, aprobado mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, se recogen, entre otras, una serie de previsiones que afectan directamente al objeto de la presente Consulta. A saber:

– Artículo 37.1, apartado m):

“Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

“(…) m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.”

– Artículo 47. Jornada de trabajo de los funcionarios públicos:

“Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial.”

– Artículo 51. Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral:

“Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente.”

5.- Obviamente, este es –como se advierte en el enunciado de este Epígrafe– únicamente el marco normativo “esencial” regulador de esta materia y, por consiguiente, serán las normas a las que se hará más referencia en las páginas que siguen. Ni que decir tiene que en el desarrollo del presente Informe se traerán a colación otras muchas normas y disposiciones normativas que son, sin duda, necesarias para la cabal resolución del problema planteado.

II. Una cuestión controvertida

1.- El Objeto de la presente Consulta es, sin duda, una cuestión controvertida, no solo des-

de la perspectiva doctrinal, sino especialmente desde las posiciones que diferentes actores institucionales han manifestado sobre este tema.

En efecto, desde la perspectiva doctrinal, hay autores que se inclinan por entender vigente y aplicable en todo caso el artículo 94 LBRL, mientras que existen otras muchas posiciones doctrinales que abogan porque el citado artículo ha quedado “derogado implícitamente” o debe entenderse “desplazado”, en su caso, por las previsiones del artículo 47 EBEP, siempre y cuando se haya activado de forma efectiva la habilitación a favor de las Administraciones Públicas que tal precepto recoge.

2.- No se debe ocultar que, como se verá a lo largo de estas páginas, tal controversia se plantea únicamente a partir de la entrada en vigor del EBEP y por el complejo juego de la cláusula derogatoria (no la expresa sino la implícita), así como por lo previsto en la Disposición Final Cuarta de esa misma Ley. De tal modo que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha manifestado reiteradamente y sin apenas fisura alguna que, por lo menos, hasta la entrada en vigor del EBEP, el artículo 94 LBRL tenía naturaleza básica y la norma de reenvío que contiene era aplicable a las Administraciones locales.

3.- Pero, en estos momentos, no nos interesan tanto las diferentes posturas doctrinales manifestadas al efecto, como tampoco centrarnos en el análisis de la jurisprudencia (que será objeto de atención más adelante), sino más bien plantear cuáles han sido las posiciones institucionales que ante este problema se han manifestado tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre.

4.- Con el fin de no sobrecargar el contenido del presente Informe, no reproduciremos en su integridad las diferentes posiciones que se han vertido en fechas recientes sobre la extensión o no de la reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos prevista en el citado Real Decreto-ley a los empleados públicos locales (y, más concretamente, a los funcionarios públicos locales). Tampoco recogeremos en este Informe otros muchos posicionamientos realizados por parte de centrales sindicales, consultores locales o grupos editoriales que, a través de Internet, han hecho público su criterio en esta materia. Los Sindicatos del sector público, por lo común, defienden la posibilidad de establecer para los funcionarios locales –a través de acuerdos o pactos– una jornada ordinaria menor o diferente en cómputo anual a la establecida para los

funcionarios de la Administración General del Estado, mientras que en otros sitios de la Web (generalmente Blogs o páginas editoriales) se aboga por la aplicación indirecta de tal medida a través de la consideración de la naturaleza básica del artículo 94 LBRL. Sorprenden, en cualquier caso, los escuetos argumentos que, desde una y otra perspectiva, se invocan para defender una u otra posición. Pero es una cuestión de la que no nos podemos ocupar en estos momentos.

5.- De una forma un tanto esquemática, **la controversia –al menos la suscitada hasta estos momentos– se plantea en los siguientes términos:**

6.- **La Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP)**, con motivo de la publicación de las medidas recogidas en el Real Decreto-ley 20/2011, **emitió una Circular “para ayuntamientos, diputaciones, cabildos y consejos insulares”** en la que, entre otras cosas, se afirmaba que **la reordenación del tiempo de trabajo de todos los empleados del sector público estatal representaba una modificación de la Resolución de 20 de diciembre de 2005 y, por consiguiente, se establecía a partir de su entrada en vigor una jornada mínima de 37 horas y media de promedio semanal.**

Esta medida –se añadía– **“tiene también su incidencia, aunque limitada, en el sector público local”, en virtud de que el artículo 94 LBRL establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que la fijada para los funcionarios de la Administración Civil del Estado.**

Y, por tanto, se concluía lo siguiente: **“(…) a partir del 1 de enero de 2012 la jornada de trabajo de los funcionarios públicos locales no podrá ser inferior a mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales (según el apartado segundo 1 de la Resolución de 20 de diciembre 2005 este es el número de horas anuales equivalentes a las 37 horas y 30 minutos semanales)”**.

7.- Por su parte, **la Asociación Catalana de Municipios (ACM)** **emitió, a su vez, una “Nota Informativa sobre la reordenación del tiempo de trabajo de los funcionarios de la Administración local a partir del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre”,** que sigue, en principio, la misma línea interpretativa que la dibujada en la Circular de la FEMP, aunque añadiendo lo dispuesto en el artículo 299 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el TRLMRLC.

Sin embargo, **a diferencia de la Circular de la FEMP, la Nota Informativa de la ACM tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 47 EBEP, pero concluye que** “entendemos que, por lo que se refiere a los funcionarios de la Administración local, es necesario realizar una interpretación complementaria con el mencionado artículo 94 de la Ley 7/1985, en la medida en que este tan solo condiciona el cómputo anual de horas y no los restantes aspectos de la jornada de trabajo”.

El razonamiento se cerraba con el argumento de que –según la Nota– resulta significativo el hecho de que el EBEP no derogue explícitamente el artículo 94 de la LBRL.

8.- En un plano diferente, **la Dirección General de Función Pública (DGFP)**, adscrita actualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (artículo 4 del Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre), **evacuó por vía telemática (contestación mediante un correo electrónico) una serie de consultas formuladas por diferentes ayuntamientos sobre la aplicación de la citada jornada mínima de 37 horas y media semanales a la Administración local, considerando que “la previsión del artículo 94 de la LBRL, ha quedado superada por una norma posterior de carácter básico, como es el EBEP, que viene a considerar la jornada y horario como un elemento propio de las potestades de autoorganización de las Administraciones Públicas y que además ha de ser objeto de negociación colectiva”**.

Por consiguiente, la citada consulta se resolvía del siguiente modo: **“En consecuencia, la previsión del artículo 94 de la LBRL y, por ende, del artículo 4 del Real Decreto-ley, tendrían efecto solo cuando no se hubiera negociado jornada alguna para el personal funcionario”**. Y, en fin, en relación con el personal laboral se establecía lo siguiente: **“Por lo que respecta al personal laboral de la Administración local, dicho artículo 94 no hace referencia alguna a su jornada, por lo que no debe entenderse aplicable al mismo”**.

9.- Y, en fin, **los Servicios Jurídicos de la FMC elaboraron, asimismo, una Nota sobre el impacto en el mundo local que tenían las citadas medidas,** titulada: **“El Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit**

público, y su aplicación a los empleados públicos de las Administraciones locales de Cataluña”.

En esa Nota se afirmaba que el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 no era un precepto de aplicación directa ni tampoco tenía el carácter de básico. Asimismo, consideraba que, a partir de la entrada en vigor del EBEP, el artículo 47 apoderaba a las Administraciones locales para establecer su propia jornada por lo que respecta a los funcionarios a través de los instrumentos normativos correspondientes fruto de la negociación colectiva.

Por tanto, se concluía que, desde un punto de vista técnico, se puede sostener que se ha producido un desplazamiento y no una derogación tácita o implícita del artículo 94 LBRL y del artículo 299 TRLMRLC, lo que implicaría –como consecuencia necesaria– que todas aquellas Administraciones que no dispusieran de estos instrumentos negociados continuarían rigiéndose por las previsiones del artículo 94 LBRL.

Como bien puede advertirse, **la posición de los Servicios Jurídicos de la FMC es coincidente, en grandes líneas, con la expuesta por la Dirección General de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas**, aunque perfila más el razonamiento y aporta algunas cuestiones no exentas de interés que serán tratadas en un momento posterior de este Informe.

En cuanto a la hipotética aplicación de esa medida de reordenación del tiempo de trabajo al personal laboral al servicio de las Administraciones locales, la respuesta de la FMC es contundente en el sentido negativo.

10.- **En suma**, salvando los matices que en estos momentos no nos interesan, es obvio que **las posiciones de los actores institucionales (así como doctrinales) que hasta la fecha han hecho públicos sus criterios sobre la aplicación o no de la citada medida a la Administración local, se dividen radicalmente en dos bloques distintos y distantes de analizar el problema enunciado**: la FEMP y la ACM, por un lado, y la DGFP y la FMC, por otro. Es obvio, por lo expuesto, que se trata de una cuestión no pacífica, controvertida, y que, ante la ausencia de una jurisprudencia posterior al EBEP que se haya planteado el problema en los términos que aquí se suscitan, cabe considerar como una controversia “abierta” en términos jurídicos.

11.- Lo que aquí sigue es, de acuerdo con lo dicho, un trazado argumental que pretende abordar la solución de **un problema complejo** que se resiste a ser tratado me-

dante un razonamiento esquemático o a través de una vía argumental directa. Tal como se verá, no es un tema de solución lineal ni mucho menos sencillo. La cuestión tiene unas dimensiones competenciales, pero sobre todo suscita innumerables problemas de sistema de fuentes y de selección de la norma vigente y, en su caso, aplicable. En efecto, **la dualidad “vigencia/aplicabilidad”** es muy oportuna en este análisis, pero también lo es, tal como se verá, **el alcance que quepa darle a determinadas “derogaciones”** (implícitas y explícitas) de las que se podrán derivar normas derogadas implícitamente con eficacia temporal condicionada (esto es, que a pesar de estar derogadas la propia Ley extiende temporalmente su vigencia condicionada). No cabe duda de que el EBEP es, en este punto, una norma de una complejidad poco común en nuestro sistema de fuentes del Derecho.

12.- Además, es muy importante –al menos a nuestros efectos– deslindar con claridad meridiana **dos estadios cronológicos de tratamiento del problema: antes de la entrada en vigor del EBEP y después de ese momento**. Podríamos también tomar en consideración otros elementos de naturaleza más indirecta, como es la referencia a la jornada general “máxima” de 37 horas y media, que llevan a cabo las Resoluciones de la Secretaría de Estado y de la Secretaría General de Administración y Función Pública de 2003 y 2005, respectivamente, pues esa redacción de lo que es “jornada máxima” daba a entender un margen de maniobra para la negociación de jornadas “generales” que no alcanzaran tales umbrales de cómputo horario semanal (y su consiguiente proyección anual) por parte de las Administraciones locales. Sin embargo, la jurisdicción contencioso-administrativa cerró también de forma abrupta esa vía: la jornada laboral “ordinaria” de los funcionarios locales se consideraba que era equivalente en cómputo anual a la “jornada general máxima” de los funcionarios de la Administración General del Estado. Veremos más detenidamente esta cuestión.

PARTE SEGUNDA: ANÁLISIS MATERIAL DEL OBJETO DE LA CONSULTA

III. El artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 no es aplicable directamente a la Administración local

1.- No es preciso extender mucho el razonamiento que conduce a la conclusión de que **el artículo 4 del Real**

Decreto-ley 20/2011 no es aplicable directamente a la Administración local, puesto que ninguna de las posiciones divergentes antes examinadas suscita tal aplicación.

2.- Efectivamente, **a diferencia del artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2011, relativo a las retribuciones del personal y altos cargos, que emplea la locución “sector público” y que incluye en su seno**, tal como establece el apartado Uno de ese artículo [“A efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público: (...)”], **tanto a las corporaciones locales y organismos de ellas dependientes** como (de forma parcialmente reiterativa) a las entidades públicas empresariales y el resto de organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local, **el artículo 4 del citado Real Decreto-ley redefine y acota esa locución a lo que denomina como “sector público estatal”**.

3.- No es necesario, por tanto, adentrarnos en mayores consideraciones conceptuales ni en una exégesis que tome como punto de referencia el alcance efectivo de ambas locuciones (“sector público” y “sector público estatal”), pues **una mera interpretación sistemática y gramatical de ambos enunciados nos conduce con claridad meridiana a la conclusión de que en la voluntad del “legislador excepcional” no se encontraba –por motivos que se nos escapan y que no vienen al caso– la aplicación directa de esas medidas de reordenación del tiempo de trabajo a los empleados públicos locales**.

4.- No se trata, en ningún caso, de poner en duda en estos momentos la idoneidad de las medidas impulsadas a través del Real Decreto-ley 20/2011 que, como bien recoge su Exposición de Motivos, se adoptan ante la grave situación de crisis y para hacer frente a la reducción del déficit público con el fin de sentar las bases para restaurar la confianza e impulsar el crecimiento de la economía. En efecto, **dado el carácter de este Informe, no nos interesa incidir en las razones de “oportunidad política”** o en las evidentes conexiones que por principio tienen, desde una perspectiva económica, las medidas de congelación del incremento de las retribuciones con la ampliación de la jornada para el conjunto del sector público estatal, que, obviamente, al no trasladarse conjuntamente de modo efectivo al personal del resto de Administraciones Públicas, y ser coincidentes en su sentido finalista (donde hay un cierto paralelismo entre la congelación de las retribuciones y la ampliación de jornada), esa extensión limi-

tada de su aplicación puede provocar en el intérprete una cierta perplejidad, cuando no generar una notable confusión. Dicho de otro modo: **sus razones habrá tenido el “legislador excepcional”** (el Gobierno que aprueba ese Real Decreto-ley, más tarde convalidado por el Congreso de los Diputados) **–que obviamente en estos momentos se desconocen– para aplicar con criterios de geometría variable las medidas de congelación de las retribuciones con las de reordenación del tiempo de trabajo en función de los diferentes niveles de Administraciones territoriales**.

5.- Del mismo modo, no es necesario ahondar en estos momentos en las conexiones –al parecer, también obvias– que, desde una perspectiva de análisis de impacto económico, tiene la medida de reordenación de la jornada de trabajo (37 horas y media semanales como mínimo de promedio) en el sector público estatal, con las restricciones a la incorporación de nuevo personal que a lo largo del ejercicio de 2012 se recogen en el artículo 3 del citado Real Decreto-ley, y que tienen carácter de normas básicas en los apartados 1, 2 y 4 del precepto indicado. Es probable –y no cabe ocultarlo, aunque tampoco hay datos “externos” que así lo atestigüen de modo indiscutido– que el “legislador excepcional” haya pretendido suavizar el impacto directo que sobre el sector público estatal tiene esa política de restricción en la incorporación de nuevo personal con el establecimiento de la jornada semanal mínima en 37 horas y media.

6.- Pero, al margen de que se trate de respuestas puntuales a un problema estructural (reducción del déficit público), tampoco conviene magnificar tales “argumentos” externos a los enunciados normativos, pues **resulta obvio que las medidas recogidas en el Capítulo II del Real Decreto-ley 20/2011 en materia de “gastos de personal” son, por expresa decisión del “legislador excepcional”, de aplicabilidad diferente en cuanto a su intensidad, dependiendo del tipo de medida de que se trate y de la Administración Pública a la que se dirija**.

7.- Insistimos: **sin perjuicio de esas previsibles e inevitables conexiones económico-financieras** que tales medidas tienen en una estructura lógica de “política económica”, **el dato relevante –a efectos jurídicos– es el dato normativo; esto es, los análisis de los diferentes enunciados normativos y su encuadre correcto en un sistema de distribución de competencias (naturaleza básica o no de las nor-**

mas) y en un sistema de fuentes del Derecho en el que habrá que determinar qué normas son las vigentes, cuáles las derogadas, en su caso, y en fin, cuáles las que deben ser aplicables, sin perjuicio de su vigencia condicionada o real. Estos son, desde la óptica jurídica, los problemas que aquí debemos resolver. Las valoraciones “políticas” y de “oportunidad” son, sin duda, muy importantes, y deben tenerse en cuenta en los foros y sedes que procedan, pero en este Informe nos limitaremos estrictamente a resolver el problema (o, al menos, a pretender su solución) a través de vías o cauces exquisitamente jurídicos.

8.- A mayor abundamiento, **no cabe duda de que el artículo 4 se aplica solo al sector público “estatal”, porque, al menos en lo que respecta a la Administración Pública en sentido estricto, el segundo apartado de ese enunciado normativo se refiere expresamente a la Administración General del Estado y al procedimiento formal para aplicar de forma efectiva y homogénea tal medida en esa organización.** No significa ninguna redundancia, pues el ámbito aplicativo del artículo 4 va más allá de la Administración General del Estado (esto es, se aplica a todo “el sector público estatal), pero ese encuadre limita también su radio de acción: no alcanza, en ningún caso, ni a las Administraciones autonómicas ni a las Administraciones locales, ni tampoco a sus respectivos entes u organismos dependientes, ni por descontado a sus entidades instrumentales del sector público de ambos niveles territoriales.

IV. El artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 no tiene tampoco naturaleza básica

1.- No es preceptivo dedicar mucho espacio a otra conclusión que también parece obvia: **el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 no tiene naturaleza básica**, pues tampoco es una cuestión que se haya esgrimido por ninguna de las posiciones que los actores institucionales descritos tienen en relación con el objeto de controversia.

2.- Se podría traer aquí a colación una extensa y reiterada jurisprudencia constitucional en materia de bases, y la necesidad de que el legislador básico exprese formalmente cuándo una determinada norma tiene ese carácter, por obvios motivos de salvaguardar el principio de seguridad jurídica y ofrecer un marco estable a las comunidades autónomas para que iden-

tifiquen, en cada caso, cuándo una norma tiene naturaleza básica. Pero tampoco es necesario este ejercicio de profundización en este tema, pues el problema es muy claro en términos jurídicos.

3.- El “legislador excepcional” que ha procedido a la aprobación del Real Decreto-ley 20/2011, ha hecho uso de dos modos de atribuir el carácter básico de las normas contenidas en el mismo: **a) por medio de una cláusula general (aunque materialmente limitada) que está recogida en la Disposición Final Decimonovena del Real Decreto-ley; y b) a través de la explicitación concreta en cada artículo de qué normas recogidas en el mismo tienen el carácter de norma básica.** Las dos modalidades cubrirían perfectamente las exigencias constitucionales de identificar las normas que tienen naturaleza básica con el fin de que los restantes niveles de Gobierno puedan aplicarlas y, en su caso, desarrollarlas. Es verdad que la modalidad b) es una técnica que proporciona más seguridad jurídica que la modalidad a), pero ahora esta cuestión tampoco interesa.

4.- Efectivamente, **la Disposición Final Decimonovena del Real Decreto-ley 20/2011** recoge una cláusula que denomina “título competencial”, pero pese a hacer alusión a diferentes títulos competenciales del Estado regulados en el artículo 149.1 de la Constitución española (CE), unos de competencia básica y otros de competencia exclusiva, **solo se proyecta materialmente sobre “las disposiciones de contenido tributario” y no sobre las relativas a “gastos de personal”** (que es una materia vinculada con la concepción “presupuestaria” o de prórroga presupuestaria que tiene también el Real Decreto-ley 20/2011). Y este es un dato determinante: **el contenido de los tres artículos** que conforman ese Capítulo II, cuyo objeto es gastos de personal, **no tiene relación alguna con la materia tributaria.**

5.- El “legislador excepcional” que aprueba el Real Decreto-ley 20/2011 cuando ha querido atribuir a una norma carácter básico así lo ha hecho expresamente, en particular en la regulación recogida en el Capítulo de gastos de personal (artículos 2 y 3). En el artículo 2, por ejemplo, en el punto siete del mismo, establece que los apartados uno, dos, tres y cuatro tienen carácter básico y se dictan al amparo de los artículos 140.1.13 y 156.1 CE.

6.- Por su parte, el artículo 3 (que regula la Oferta de empleo público u otro instrumento de gestión de la provisión de necesidades de personal, establece

determinadas reglas de restricción sobre incorporación de nuevo personal y consagra la prohibición, salvo excepciones tasadas, de la contratación de personal temporal y de nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos) **indica expresamente en su apartado seis que los apartados uno, dos y cinco de ese mismo artículo tienen carácter básico y se dictan al amparo de los artículos 149.1.13 y 156.1 CE.**

7.- La conclusión no puede ser, por tanto, más evidente: a diferencia de lo establecido en los artículos 2.7 y 3.6, el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, nada dice sobre su naturaleza básica, por tanto no cabe considerar que tenga este carácter y ni siquiera inferirlo de sus previsiones: el citado artículo 4 se aplica solo al sector público estatal, en sentido estricto, y no al sector público autonómico ni al local. En la voluntad del “legislador excepcional” que aprobó el Real Decreto-ley 20/2011 no estaba, de ninguna manera, atribuir tal carácter básico a ese artículo 4, pues es, asimismo, bien obvio que el “legislador excepcional” cuando ha querido diferenciar al sector público estatal, autonómico y local así lo ha hecho expresamente (artículo 2).

V. ¿Se aplica la reordenación del tiempo de trabajo prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 a los funcionarios locales por aplicación del reenvío que llevan a cabo el artículo 94 de la Ley de bases del régimen local (LBRL) y el artículo 299 del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLMRLC)?

1.- Para analizar esta materia de forma sistemática conviene partir de un presupuesto metodológico previo que despliega sus efectos sobre el plano cronológico (o el “ritmo” temporal de aplicación de las normas):

a) **Por un lado, se trata de examinar muy someramente la situación con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP**, que se produce el 13 de mayo de 2007 (al margen de la “aplicabilidad diferida” que ofrecen determinados pasajes del EBEP tal como prevé la Disposición Final Cuarta, 2; así como de la “vigencia temporal condicionada” que prevé el apartado 3 de esa misma Disposición); y

b) **Por otro, se debe analizar detenidamente en qué cambia ese estado de cosas (si es que cambia) una vez se produce la entrada en vigor de la nueva legislación básica en materia de empleo público.** Tal como se verá, este deslinde es muy relevante para el análisis del objeto de la consulta.

La situación anterior a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)

2.- No cabe duda de que en la situación anterior a la entrada en vigor del EBEP cabía predicar –como así lo puso de relieve una y otra vez la jurisprudencia contencioso-administrativa– la plena vigencia y aplicabilidad del artículo 94 LBRL. Pero, aun siendo tan claro el posicionamiento jurisprudencial, **para entender cabalmente el problema objeto de esta consulta es necesario llevar a cabo un análisis cronológico desde la perspectiva normativa, ver someramente las líneas jurisprudenciales que sobre este tema se han dibujado y, asimismo, observar cuál era el planteamiento de la doctrina en relación con este objeto.**

3.- Sin ánimo de ser reiterativos, sí que conviene recordar que **el artículo 94 LBRL** establece de forma categórica el siguiente **mandato de reenvío**:

“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.

“Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada.”

4.- **Se trata, por tanto, de una norma básica incompleta, abierta y hasta cierto punto impura, puesto que no prevé un principio, sino una “regla (o ‘reglas’) de reenvío” de carácter limitador** y que, además, no se concreta en el enunciado normativo, sino que se proyecta sobre una “indeterminada categoría de norma o acto” que es la que establecerá cuál es el cómputo anual de la jornada de los funcionarios de la Administración Civil del Estado. **La cuestión no es menor, puesto que, indirectamente, se está atribuyendo carácter básico a una Resolución de un órgano superior (Secretaría de Estado) o directivo (Secretaría General) de la Administración General del Estado.**

5.- **El artículo 94 LBRL sería así una norma básica incompleta que se perfecciona por un instru-**

mento de naturaleza no normativa en sentido formal. De ser así las cosas, resulta diáfano constatar que la “norma básica de reenvío” se perfeccionaría por lo dispuesto en una Resolución administrativa, que al fin y a la postre es la que aloja o acoge la determinación definitiva de esa norma básica solo dibujada en sus contornos difusos por el legislador. **Es más, una norma de contenido organizador,** como es la que determina la jornada general y las especiales de una determinada Administración Pública (la Administración General del Estado), **se aplicaría a otro tipo de Administraciones Públicas (como son las locales), sustrayéndolas de ese modo de sus potestades en esta materia, por decisión de un legislador básico de régimen local.**

6.- **Conviene encuadrar correctamente ese mandato de reenvío, pues** no cabe duda de que –al margen de su categórico enunciado– **representa una limitación obvia y evidente del principio constitucional de autonomía local en su dimensión de ejercicio de sus potestades de organización, que se despliegan sobre un aspecto instrumental de primera importancia como es la fijación de la jornada general u ordinaria, las equivalencias y las reducciones de jornada del personal funcionario al servicio de tales entidades locales.**

7.- Y esta reflexión no es baladí, porque **el enunciado recogido en el citado artículo 94 LBRL –dato que no ha sido advertido por la abundante jurisprudencia vertida sobre este tema– hunde sus raíces en la legislación de régimen local de naturaleza preconstitucional. Y no es este un dato menor.**

8.- En efecto, sin ir más lejos en la indagación histórica, es procedente traer a colación algunas referencias del **texto articulado parcial de la Ley 41/1975, de bases del estatuto de régimen local, aprobado por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre. En esta disposición normativa se prevén diferentes referencias a la jornada de los funcionarios públicos, en los artículos 38.3, 47 y 60.1.** En el primero de ellos hay un reenvío, en lo que a jornada ordinaria respecta, a la jornada establecida para los funcionarios civiles del Estado. Y en el segundo de ellos se establece, por ejemplo, como uno de los deberes de los funcionarios el de “cumplir íntegramente la jornada de trabajo que reglamentariamente se determine”. No cabe duda de que esa referencia al Reglamento lo era, en principio, a una disposición de carácter general del Gobierno.

9.- Pero, a nuestros efectos, **el dato normativo más relevante de esa regulación preconstitucional aparece, sin embargo, en el artículo 60.1 del citado texto articulado de la Ley de bases del estatuto de régimen local, pues allí se recoge el siguiente enunciado:**

“La jornada de trabajo de los funcionarios de Administración local será la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. También se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencias de jornada para determinadas funciones.”

10.- Resulta meridianamente claro **el paralelismo (aun con las evidentes diferencias de matiz) que existe entre el enunciado normativo recogido en el artículo 60.1 del texto articulado de 1977 (no se olvide, antes de aprobar la Constitución de 1978) y el que aparece reflejado en el artículo 94 LBRL.** La única diferencia es que en el texto de 1977 la jornada “será la misma” y en el de 1985 “será en cómputo anual la misma”, y que aquel no habla de la “jornada reducida”. Una variación de matiz que en nada trastoca la lectura que debemos hacer de tales enunciados.

11.- **Esa regla de reenvío del artículo 94 LBRL tenía, por tanto, carácter básico, y por consiguiente suponía su aplicación a los funcionarios de todas las entidades locales, que debían aplicar aquella jornada en cómputo anual que la Administración del Estado determinara para sus propios funcionarios,** así como las equivalencias y la jornada reducida. El reenvío, tal como se ha dicho, no era a una disposición normativa específica, y –como es perfectamente conocido– la determinación de esa jornada de los funcionarios de la Administración Civil se ha venido aprobando tradicionalmente a través de Instrucción o, más recientemente, de una Resolución de la Secretaría de Estado o del órgano directivo competente en materia de Administración y función pública (la última vigente hasta la publicación del Real Decreto-ley 20/2011, como veremos, es **la Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado**).

12.- **Una Resolución que adquiere, así, de forma indirecta y por el mandato de reenvío, “naturaleza básica”, y que, por consiguiente, debe ser respetada tanto por el legislador autonómico (a la hora de desarrollar las bases del régimen funcional**

local) como por las Administraciones locales en el momento de ejercer sus potestades normativas, sus facultades de organización o los actos de ejecución: se trata, en suma, de una clara y evidente mutilación de una potestad a todas luces instrumental de las entidades locales cual es la determinación de la jornada de sus funcionarios públicos. La paradoja de esta lectura que lleva a cabo un tanto acriticamente el legislador básico estatal de 1985 (importada de la legislación preconstitucional) es, asimismo, diáfana: las entidades locales dispondrían de plena potestad de organización en relación con el personal laboral a su servicio por lo que a determinación de jornada se refiere, y estarían limitadas o cercenadas en el ejercicio de tales atribuciones por parte del legislador básico estatal por lo que respecta a su personal funcionario. ¿Qué sentido tiene esa previsión que solo alcanza al personal funcionario en Administraciones locales que tienen una dualidad de regímenes jurídicos en la vinculación del personal a su servicio?

13.- Sin entrar en mayores precisiones, porque, como se verá de inmediato, **ese artículo 94 no ha sido en ningún momento objeto de tacha alguna suscitada por los tribunales de justicia en torno a su posible inconstitucionalidad** (y, por consiguiente, cabía presumir la plena constitucionalidad del mismo), no es menos cierto que su contenido se adecua mal al principio constitucional de autonomía local en su dimensión organizativa. Y si por autonomía local entendemos –tal como establece el artículo 3 CEAL– el derecho y la capacidad efectiva de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes (artículo 3), resulta obvio concluir que un aspecto tan instrumental a la organización y gestión de la Administración local, como es la jornada de sus funcionarios, no encuentra una justificación objetiva para desapoderar al Gobierno local de su ejercicio contraviniendo el espíritu de la citada CEAL recogido en sus artículos 3 y 6.

14.- Tal vez esa regla pudo tener algún sentido en un marco normativo propio de tiempos pretéritos en el que no estaba garantizado el principio de autonomía local y las interferencias del poder central sobre las entidades locales eran moneda corriente, pero en un contexto de vigencia de la Constitución de 1978

el carácter “limitador” de una parte sustantiva de las potestades de organización de las entidades locales (piénsese, por ejemplo, en un Ayuntamiento de cierto tamaño de población o en una Diputación Provincial) no se puede pretender justificar sobre la base de que se trata de poderes públicos “menores de edad” que deben ser condicionados en el ejercicio de sus propias potestades de organización con el fin de establecer en la función pública estatal y local (que no en la autonómica) una homogeneidad en la determinación del cómputo anual mínimo de la jornada ordinaria, así como las normas sobre equivalencias y reducción de jornada: **¿Qué fundamento constitucional tiene esta regla limitadora o restrictiva de una potestad de organización esencial inherente al principio de autonomía local? ¿Cabe amparar en el artículo 149.1.18 CE una lectura tan restrictiva del principio constitucional de autonomía local recogido en el artículo 137 CE y que debe ser interpretado en su alcance a través de la CEAL? Una interpretación conjunta, sistemática y coherente del texto constitucional, desde la especial posición del principio de autonomía local, no debería conducir nunca a esa conclusión** (Sobre el principio de autonomía constitucional en el marco de la CE: VELASCO CABALLERO, F., *Derecho Local. Sistema de Fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009).

15.- **Pero es que**, como muchas veces sucede en nuestra legislación, **el legislador básico de régimen local de 1985 no se hizo estas preguntas, y, por el peso de la tradición, trasladó esquemas organizativos propios de situaciones pretéritas y de un contexto muy diferente, como es el caso de la limitación de las potestades normativas y de organización de los entes locales para fijar de forma autónoma la jornada de los funcionarios públicos locales.**

16.- Desde un punto de vista normativo, la cuestión se podría complicar más si se analizan los enunciados normativos recogidos en los artículos 139.3, 142 y 144 del Título VII del texto refundido de régimen local (TRRL), aprobado por 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. Pero no interesa aquí analizar este problema, puesto que tras la STC 385/1993, la redacción que se dio a la Disposición Final Séptima 1 b) por parte de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, fue la siguiente: “En las materias reguladas por los Títulos

VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquellas. En todo caso, tendrán carácter básico los artículos 167 y 169.”

Por tanto, los citados artículos 139.3, 142 y 144 TRRL no tendrían, en principio, naturaleza básica, y, en cualquier caso, aunque se predicara la misma (inferiendo que sí la tienen), habría que interpretarlos de conformidad con lo previsto en el artículo 94 LBRL, que es la norma básica primaria en esta materia. Dicho de otra manera: aunque se infiera su carácter básico, lo que no podrían hacer tales preceptos es contravenir la norma básica primaria recogida en el artículo 94 LBRL, pues únicamente la completarían.

17.- Es cierto, en cualquier caso, que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha hecho uso en reiteradas ocasiones de tales preceptos recogidos en los artículos citados del TRRL para extraer algunas conclusiones que, tan solo indirectamente, afectan a nuestro objeto. Así, hay numerosos pronunciamientos jurisdiccionales que hacen mención a que las entidades locales no pueden acordar para sus funcionarios un régimen de permisos, vacaciones y licencias que no sea el previsto en las leyes de las comunidades autónomas y, supletoriamente, en las leyes del Estado. La STS de 9 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6586) recoge la jurisprudencia anterior y es muy concluyente al respecto. Pero tiene por objeto una actuación normativa local anterior al EBEP (Reglamento de régimen interno del personal funcionario del Ayuntamiento de Arahal, publicado en 2001). No obstante, con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP alguna “jurisprudencia menor”, como es el caso de la STSJ de Castilla y León, Burgos, 56/2011, de 26 de febrero, traslada la misma doctrina para un Acuerdo posterior al EBEP, invocando el artículo 142 TRRL y afirmando lo siguiente: “(...) precepto del que se desprende con claridad que el régimen de permisos de los funcionarios no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido, en su caso, por la legislación autonómica y, en ausencia de esta, supletoriamente por la estatal (artículos 48 a 50 del Estatuto Básico).”

18.- Ciertamente, en ese artículo 142 TRRL no se encuentra regulada la jornada, pero ese razonamiento del Tribunal traslada mecánicamente un dato normativo de 1986 (TRRL), sobre el que cabe dudar de su carácter básico por lo expuesto en la STC 385/1993, pero sobre todo por la entrada en vigor del EBEP y por la regla que establece el mismo en el artículo 48.1 que

ha atribuido a “las Administraciones Públicas”, también a las locales, la determinación de “los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración”. Bien es cierto que, en este caso (artículo 48.1), sí que el EBEP hace un reenvío a “la legislación aplicable”, y aquí cabría forzar una interpretación “integradora” de normas básicas (142 TRRL, siempre que tuviera ese carácter, y 48.1 EBEP), lo que es muy distinto en el caso que nos ocupa. Pero, aun no siendo objeto de atención directa este tema, cabe concluir que la lectura más correcta es que el EBEP atribuye la competencia a las Administraciones Públicas para definir los supuestos de concesión de permisos, y que tan solo en defecto de tal determinación se aplicarían los de la legislación aplicable y, en su caso, los del EBEP. No es esa, sin embargo, la lectura que han hecho los tribunales de justicia, donde el peso de una jurisprudencia dictada en un contexto normativo muy distinto ha terminado siendo determinante para enjuiciar un modelo muy diferente como es el instaurado tras el EBEP.

19.- De otro lado, la legislación catalana de régimen local también es muy explícita al respecto, pues **el TRLMRLC prevé en su artículo 299 que a los funcionarios de la Administración local se les aplique, en su cómputo anual, la jornada fijada para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, extendiendo esa aplicación a las normas sobre equivalencias y reducción de jornada.**

20.- **En suma, el marco normativo vigente en materia de jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local hasta la entrada en vigor del EBEP se asentaba sobre esa “norma básica de reenvío” (artículo 94 LBRL) que procedía de la legislación preconstitucional de régimen local, pero que se consideraba vigente y directamente aplicable tanto por la jurisprudencia como por la propia doctrina, sin que nadie –al menos que tengamos conocimiento preciso– cuestionara la constitucionalidad de tal reenvío.**

21.- No es necesario traer a colación **una abundante y densa jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como innumerables pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia en las diferentes comunidades autónomas, donde se establece con claridad meridiana** –aunque en algunos casos con algunas notas de confusión en las relaciones que han de mantener la legislación básica con la legislación de las comunidades autónomas en esta materia– **que**

el artículo 94 LBRL es un precepto de naturaleza básica y que, en cualquier caso, no impone que la jornada de los funcionarios de la Administración local sea idéntica a la prevista para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, sino que sea la misma en cómputo anual.

22.- Tal como reconoció la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7.^a) de 13 de marzo de 2009, “la Administración local está sometida al ordenamiento del Estado y también al de la Comunidad Autónoma, en la medida en que este le sea de aplicación. Es evidente que, salvo que exista un desarrollo reglamentario del artículo 94 de la Ley de 1985, bien de carácter estatal, y en la medida en que pudiera ser competente, de carácter autonómico, los ayuntamientos están obligados a cumplir el cómputo general previsto en el artículo 94, sin que puedan establecerse excepciones a dicho límite mínimo de horas anuales”.

23.- Esa línea jurisprudencial es una constante desde los años noventa, y lo único que varía en la misma es el “parámetro de referencia” de la norma de reenvío del artículo 94 LBRL, pues unas veces es una Instrucción y otras es una Resolución de órganos superiores o directivos de la Administración General del Estado la que establece la jornada semanal de los funcionarios de la Administración General del Estado, sobre la cual se debía determinar –mediante una operación aritmética no exenta de complejidades en el cálculo (vacaciones, días de asuntos propios, festivos, etc.) cuál era la jornada “en cómputo anual” que, como mínimo, se había de aplicar para los funcionarios públicos locales (un ejemplo de las confusiones que acarrea en algunos casos el cómputo de la jornada puede encontrarse en la STSJ del País Vasco 37/2008, de 31 de enero, RJCA/2008/365). Esa situación se corrige posteriormente, puesto que, por ejemplo, la Resolución de 2005 (así como la de 2003) ya establece que **“la duración máxima de la jornada general de trabajo en la Administración General del Estado será de 37 horas y media de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales** (Apartado segundo de la Resolución de 20 de diciembre de la Secretaría General para la Administración Pública por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado, “BOE” de 27 de diciembre de 2005, núm. 309).

24.- Sin embargo, **la jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido entendiendo que esa**

“duración máxima de la jornada general”, 1.647 horas anuales, era la jornada que, en cómputo anual, se debía establecer para los funcionarios locales, vedando así las potestades de organización de las entidades locales manifestadas a través de la negociación colectiva (STS de 15 de marzo de 2007, RJ/2007/3739, o STSJ de Cantabria 634/2008, de 1 de septiembre, RJCA/2008/626, entre otras muchas). Es, sin embargo, muy discutible esa interpretación mecánica entre la dicción del artículo 94 LBRL y la determinación de la “duración máxima” de la jornada general, pues la Resolución aquí, al menos potencialmente, abría un margen de negociación y de discrecionalidad, en su caso, que la jurisprudencia cierra abruptamente.

25.- Sí es cierto que hay numerosas sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que abordan este problema con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pero la inmensa mayoría de ellas se proyectan sobre acuerdos que habían sido formalizados o aprobados con anterioridad al 13 de mayo de 2007. Y en todos esos pronunciamientos, que no procede reproducir aquí, tanto el Tribunal Supremo como los tribunales superiores de justicia consideran unánimemente, por un lado, que el artículo 94 LBRL tiene naturaleza básica, y, por otro, a pesar de la dicción de la Resolución de 2005 (jornada máxima), que la jornada de los funcionarios de la Administración local será –“como mínimo”– la establecida “como máximo” (y no es un juego de palabras) para los funcionarios de la Administración General del Estado. Tan solo en algunos pronunciamientos judiciales se esboza que el problema podría tener una solución distinta en el caso de aplicar el artículo 47 EBEP. Así se expresa, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana 1093/2008, de 7 de noviembre (JUR/2009/63534):

“El tenor literal del Acuerdo municipal no permite sostener (...) una interpretación acorde con los límites legales aplicables [se refiere al artículo 94 LBRL] porque (...) implica una vulneración del citado artículo 94, sin que por la fecha del propio Acuerdo, resulten aplicables las previsiones de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que, evidentemente, no estaban en vigor al tiempo de adoptarse el cuestionado Acuerdo y, por tanto, no puede ampararse en el mismo”.

26.- El planteamiento de la doctrina en relación con el alcance del artículo 94 LBRL y su aplicación antes de la entrada en vigor del EBEP era, por lo común, muy similar a la evolución jurisprudencial, y tal vez muy hi-

potecada por esta. Por solo traer a colación un autor representativo, Federico Castillo Blanco, recogiendo una profusa jurisprudencia al respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa, era muy tajante en sus términos:

“(…) la jurisprudencia ha considerado, de forma reiterada, que la duración de la jornada tiene carácter básico (...) y no admitiendo, por ello, negociación colectiva alguna sobre la duración, en cómputo anual de la jornada de trabajo (STS de 5 de diciembre de 1997, Ar. 307). Ahora bien, lo que se exige por la norma es que la jornada en cómputo anual sea idéntica, no que coincida semanalmente a lo establecido para los funcionarios del Estado correspondiendo a quien alega dicho motivo establecer el parámetro de referencia (...)” (CASTILLO BLANCO, F., “Artículo 94”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007).

27.- Ello no es óbice para que algún pronunciamiento jurisprudencial ahondara en las relaciones directas que la jornada de trabajo de los funcionarios de Administración local tiene sobre las potestades de organización de los entes locales, pero sin extraer las debidas circunstancias, limitando esas potestades únicamente a la fijación de horario (STS de 14 de julio de 1986, Ar. 3910). Ahora bien, en esos casos la determinación de esos horarios no podía ser fijada unilateralmente, sino que debía ser objeto de negociación.

28.- **La conclusión es clara al respecto: del marco normativo previsto en el artículo 94 LBRL y del artículo 299 TRLMRLC, así como de la interpretación que del mismo hizo una reiterada y constante jurisprudencia, no se puede extraer otro dato que el de que el citado enunciado de la legislación básica de régimen local era aplicable, como norma de remisión, a la determinación de la jornada de los funcionarios de la Administración local, que en cómputo anual debería ser la misma que la existente en la Administración General del Estado. Al menos esta era la situación hasta la entrada en vigor del EBEP.**

Situación a partir de la entrada en vigor del EBEP

29.- **La aprobación y entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del EBEP, supuso un cam-**

bio en el panorama normativo hasta entonces existente en la materia, puesto que el artículo 47 EBEP (norma básica) indica expresamente que las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. Parecía, por tanto, haberse producido –aunque los términos de los enunciados normativos eran diferentes en su alcance (artículos 94 LBRL y 47 EBEP)– **una alteración sustancial del marco normativo. Y para ver el alcance de la cuestión nada mejor que interpretar ese enunciado normativo del artículo 47 a partir de los presupuestos finalistas recogidos en la Exposición de Motivos del EBEP, lo que nos proveerá, sin duda, de cuál era realmente la pretensión del legislador básico y, en consecuencia, nos aportará una interpretación teleológica enmarcada dentro de la armonía, como “ritmo lógico” o interpretativo, con el fin de extraer el exacto alcance de la norma recogida en ese enunciado** (ITALIA, V., *La forza ed il ritmo delle leggi*, Giuffrè, Milán, 2011. Sobre la distinción entre enunciado y norma: GUASTINI, C., *Le fonti del Diritto*, Giuffrè, Milán).

30.- Ya en el **Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público** (Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005), se incidió incidentalmente en la densidad que había adquirido la legislación básica en materia de función pública, y, por lo que afecta a los entes locales, se pusieron de relieve las limitaciones que esa extensa legislación provocaba sobre el desarrollo de la autonomía local y, específicamente, sobre la autonomía de gestión de recursos humanos de cada entidad local, desconociendo en ocasiones los problemas propios de ese nivel de Gobierno. Uno de los objetivos del nuevo marco normativo básico –y así se recogía en el citado Informe– debía superar ese estado de cosas.

31.- A partir de ese diagnóstico, **la Exposición de Motivos del EBEP pone de manifiesto una y otra vez la necesidad de dotar a cada Administración Pública de una política propia en materia de política de personal y, por tanto, de llevar a cabo una apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa de tales entidades.** En palabras de la propia Exposición de Motivos:

“Quiere eso decir que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de

referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, **cada Administración debe poder configurar su propia política de personal**, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, **la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día**, en comparación con épocas pasadas (...)

“De otra parte, **la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa en materia de personal es también necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores del empleo público que lo requieran.**”

32.- No se quedan aquí las referencias de la Exposición de Motivos, pues en pasajes posteriores de la misma se hace hincapié en **“la mayor autonomía de que cada Administración debe disponer para la ordenación y gestión de su personal”**. En consecuencia, no pensamos que requiera muchos esfuerzos dialécticos concluir que la interpretación del enunciado recogido en el artículo 47 EBEP se tiene que realizar a través de esas premisas finalistas que se encuentran en la Exposición de Motivos.

33.- **No cabe ninguna duda de que el EBEP, cuando utiliza la expresión “Administraciones Públicas”, se refiere expresamente a las Administraciones locales**, y, es más, **en estos casos está habilitando a tales niveles territoriales para el desarrollo o aplicación directa del EBEP por sus propios órganos de gobierno, ya que las “reservas de ley” recogidas en el EBEP deben analizarse con todas las cautelas, puesto que una Ley ordinaria (por mucho carácter básico que tenga y aunque se le pretenda atribuir “función constitucional”) no es la adecuada para llevarlas a cabo, y, en todo caso, los preceptos del EBEP deben interpretarse de conformidad con el principio de autonomía local constitucionalmente garantizado. Así se expresaba, al efecto, un Informe de una Comisión de Expertos convocada por el Ayuntamiento de Madrid:**

“Según el Tribunal Supremo, las leyes han de interpretarse de manera favorable al principio constitucional de autonomía local (entre otras SSTs de 25 de octubre de 1995; 13 de marzo de 1999; 29 de septiembre de 2003; 20 de octubre de 2005; y 25 de enero de 2006). En sentido análogo, se pronuncia el Tribunal Supremo respecto de la interpretación de la ley conforme a la Carta Europea de Autonomía Local. Esta interpretación

del EBEP conforme a las garantías de la autonomía municipal lleva a afirmar que la Ley 7/2007 no ha excluido ni explícita ni implícitamente, el desarrollo normativo del EBEP por ordenanza municipal. De esta manera, la expresión ‘leyes de función pública’ en el EBEP, interpretada conforme a la Constitución y a la Carta Europea, hace referencia a las normas de desarrollo según los criterios generales del sistema de fuentes” (AYUNTAMIENTO DE MADRID, *Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi/Thompson, Madrid, 2009).

Es más, en este caso, como expusimos en otro lugar (JIMÉNEZ ASENSIO, R. y CASTILLO BLANCO, F., *Informe sobre el Empleo Público Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2008), **el EBEP “llama” en numerosas ocasiones a que sean “las Administraciones Públicas” las que “desarrollen o apliquen” directamente el EBEP (y, por tanto, también a la Administración Local**; por ejemplo en los siguientes casos: artículos 12, 13, 16.2, 16.4, 18.4, 20.1 y 3, 26, 33.2, 34.1, 36.3, 47, 48.1, 57.1, 61.4, 69.2, 70, 71.1 y 4, 73, 78, 79 y 80, 81.1 y 2, 99, Disposición Adicional Séptima y Octava, Disposición Transitoria Cuarta, entre otras).

34.- El alcance y sentido de cada una de estas “llamadas” que lleva a cabo el EBEP a las Administraciones Públicas (a la Administración local) es de distinta intensidad según los casos, pero por lo común reconoce un espacio de disposición a esos niveles de Gobierno para adoptar determinadas medidas o desarrollar directamente las previsiones recogidas en el EBEP, en unos supuestos de forma unilateral (mediante el ejercicio de sus propias competencias, ya se manifiesten estas en forma de normas o de actos) y en otros por medio de los instrumentos de negociación colectiva. Aunque ello no es óbice para reconocer que, en efecto, lo que nunca podrá la Administración Pública es regular o desarrollar aquellas materias que estén reservadas a la Ley.

35.- Por tanto, **la “llamada” que hace el artículo 47 a que “cada Administración Pública” establecerá la jornada general y las especiales de sus funcionarios públicos, se debe encuadrar en la finalidad última que tiene la norma básica de reforzar la autonomía organizativa de cada Administración Pública (en este caso, de la Administración local) y, en suma, de remover aquellos obstáculos que la impedían** (en este caso, los artículos 94 LBRL y 139.3 TRRL).

36.- Tampoco cabe deducir del enunciado del artículo 47 EBEP que no afecta a lo previsto en el artículo

94 de la LBRL, puesto que el primero habla de “jornada general” y “especiales”, mientras que el primero no utiliza tales expresiones y reenvía a lo que han venido estipulando para la Administración del Estado las diferentes Resoluciones que se han sucedido en el tiempo de la Secretaría de Estado o del órgano directivo competente en materia de Administración y función pública. Y esas Resoluciones –al igual que hace el EBEP– hablan (al menos las de 2003 y 2005) de “jornada general”, que es un término que se identifica con “jornada ordinaria”, Cabe, por tanto, concluir que, por si existiera alguna duda, hay una correspondencia exacta entre jornada “general” y jornada “ordinaria”, pues cualquier otra interpretación contraria sería, sin duda, extravagante.

37.- No se puede defender que el EBEP no ha cambiado nada el escenario normativo actual bajo la premisa de que la potestad de organización ya está salvaguardada con la definición, por ejemplo, de los horarios y la distribución semanal o diaria de las horas trabajadas, ya que lo que establece el legislador básico de régimen local es exclusivamente un reenvío al cómputo anual de horas que defina la Administración Civil del Estado, pero no a su distribución. **Tampoco es un dato adjetivo que la Resolución de 2005 defina la noción de “calendario laboral” del siguiente modo: “El calendario laboral es el instrumento técnico a través del cual se realiza la distribución de la jornada y la fijación de los horarios del personal civil al servicio de la Administración General del Estado”. Por tanto, nada impedía –como así reconoció la jurisprudencia– negociar “la distribución de la jornada”, porque propiamente hablando entraba (y entra) dentro de la noción “calendario laboral”, y no de la noción “jornada”. Esa era la situación precedente, como así puso de relieve la jurisprudencia y la doctrina, pero el EBEP –y de ahí la reproducción en este Informe de algunos pasajes de la Exposición de Motivos– parte de la premisa de reforzar la autonomía organizativa y de gestión de las diferentes Administraciones Públicas, incluidas entre ellas las Administraciones locales, posibilitando negociar no solo el “calendario laboral”, sino también la “jornada” (y, por tanto, su “cómputo anual”, que al fin y a la postre es el elemento determinante de la misma). Y ese reforzamiento, por lo que ahora importa, representa abrir la posibilidad de eliminar determinadas constricciones normativas que condicionan esa potestad de autoorganización en el cam-**

po de los recursos humanos, como era sin duda la remisión a que la jornada de trabajo del personal funcionario de las Administraciones locales será como mínimo, en cómputo anual, la establecida para los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

38.- Si bien es cierto que, como tempranamente estableció la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, **los preámbulos o exposiciones de motivos** carecen de valor normativo, no lo es menos que **tienen un importante valor hermenéutico para interpretar el correcto alcance de los diferentes enunciados normativos** recogidos en la leyes con los cuales se integran y, a partir de ellos, se puede extraer cabalmente cuál es la norma jurídica que subyace en cada uno de esos enunciados.

39.- **Con otro trazado argumental, pero con resultados idénticos, esta es la senda que ha adoptado una parte sustantiva de la doctrina que se ha ocupado de calibrar los efectos que sobre el marco anterior de regulación de la jornada de los funcionarios en la Administración local tuvo la aparición en escena del EBEP y, más concretamente, su artículo 47.** Veamos, rápidamente, algunos ejemplos.

40.- Muy tempranamente, una vez publicado el EBEP, el profesor Castillo Blanco, también en su día vocal de la Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP, incidía en la misma línea, al opinar lo siguiente:

“Por otra parte el EBEP, y según lo dispuesto en el artículo 47 de este, remite a las Administraciones Públicas para la fijación de la jornada de trabajo de sus funcionarios que podrá ser a tiempo completo o parcial, optando, a mi juicio en este caso con acierto, por lo que así hay que reinterpretar los anteriormente citados preceptos en el caso de las entidades locales” (se refiere al artículo 94 LBRL y a los artículos del TRRL). (CASTILLO BLANCO, F., “Jornada, permisos y vacaciones”, en AA. VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007).

41.- La profesora Gallego Córcoles, por una parte, cierra el argumento del cambio de escenario normativo con la introducción de un necesario (re)planteamiento de la doctrina jurisprudencial hasta entonces aplicada. Estas son sus palabras:

“(…) hay que llamar la atención sobre el hecho de que el artículo 47 LEBEP determina que las competentes para fijar la jornada de trabajo son ‘las Administraciones Públicas’. Ello puede suponer una novedad

importante en el ámbito de la Administración local, en la medida que es plausible la revisión de la doctrina jurisprudencial según la cual la duración de la jornada de trabajo no era susceptible de mejora a través de la negociación colectiva, concluyendo que se trataba de una materia fijada con carácter imperativo por la Ley y que, por tanto, no podía ser modulada por los entes locales" [GALLEGO CÓRCOLES, I., "Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones", en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, Madrid, 2008].

42.- El profesor Sánchez Morón, por otra parte, inicialmente mantuvo una posición idéntica en términos generales, pero en un momento posterior la matizó tal como se recoge en la edición de 2011 de su trabajo: *Derecho de la Función Pública*. Así se expresaba en la edición de 2010 sobre el alcance del artículo 47 EBEP:

"En cualquier caso, el artículo 54.2 EBEP impone, como no podía ser menos, el deber de cumplir la jornada y horario establecido, jornada cuya determinación y modalidades, incluyendo la jornada a tiempo parcial, el artículo 47 EBEP remite a lo que establezcan las diferentes Administraciones Públicas. Precisamente el régimen de jornada y horario es uno de los aspectos de la relación de servicio susceptibles de negociación colectiva [artículo 37.1.m) EBEP] y así se regula en las distintas Administraciones Públicas. En consecuencia, el horario y jornada de trabajo no es igual en todas ellas (...)" (SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2008).

Y este es el "matiz" que inserta con posterioridad a esa reflexión general –que, por lo demás, mantiene intacta– en la edición de su libro en 2011:

"Pero en la Administración local, la jornada de trabajo debe ser, en cómputo anual (no así en otros particulares) la misma que se fija para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, por disponerlo así el artículo 94 LBRL, que el EBEP deja en vigor (Disposición Derogatoria Única), tal como interpreta una reiterada jurisprudencia (...)" (SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2011).

Es obvio que el profesor Sánchez Morón, en su escueta referencia, se limita a considerar que el artículo 94 LBRL no ha sido derogado explícitamente y, en cuanto tal, se superpone (como regla especial) a lo dispuesto en el artículo 47 EBEP, o que, en su defecto, ambos preceptos básicos serían "compatibles" e "integrables" en una norma básica común, lectura esta que –como se verá– no compartimos.

43.- En fin, se podrían traer más interpretaciones doctrinales del alcance del artículo 47 a colación, pero con esta selección es suficiente para tener una idea cabal de que la cuestión es, asimismo, objeto de cierta controversia. Una parte de la doctrina considera que la introducción del artículo 47 EBEP modifica la situación existente hasta entonces, mientras que en algún caso se opina que no. Pero, tal como venimos insistiendo a lo largo de este Informe, **el alcance que quepa darle a la norma básica recogida en el artículo 47 EBEP no puede entenderse en su recto sentido sin una inserción de la misma en cuáles eran los aspectos finalistas que perseguía el legislador básico de 2007: reforzar la autonomía organizativa de las Administraciones Públicas en materia de personal para que cada una de ellas (incluidas las Administraciones locales) pudieran llevar una política propia de recursos humanos.**

44.- **Además, esta atribución a las "Administraciones Públicas" de la fijación de la jornada de los funcionarios públicos, hay que ponerla necesariamente en relación con el ámbito de materias que el artículo 37.1 EBEP establece como objeto necesario de negociación en su ámbito respectivo.**

45.- **En efecto, el artículo 37.1.m) EBEP indica que serán objeto de negociación colectiva las materias referidas a "calendario laboral, horarios, jornadas (...)"**. Sin duda esta previsión modula la atribución a las "Administraciones Públicas" de la determinación de la jornada de los funcionarios (obsérvese que en el artículo 47 solo se habla de "jornada" y no de calendario laboral ni de horarios, porque al fin y a la postre es la innovación normativa relevante), en la medida en la cual la determinación de la jornada exige con carácter previo abrir un proceso de negociación que termine o no en un acuerdo entre las partes implicadas y, finalmente, formalizado a través de algún instrumento jurídico (Pacto o Acuerdo) o, en caso de no alcanzarse un acuerdo, mediante la determinación unilateral de tal jornada por parte de la Administración. La doctrina laboralista no duda, por ejemplo, en considerar que la jornada en estos momentos ya es una materia negociable también para los funcionarios públicos (ROQUETA BUJ, R., *El derecho de negociación colectiva en el EBEP*, La Ley, Madrid, 2007; y MARTÍNEZ FONS, D., "Jornada de trabajo de los funcionarios públicos", en REY GUANTER, S. del (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008).

46.- **En resumen, con la entrada en escena del artículo 47 EBEP se produce un cambio sustantivo a la hora de enfocar un problema que hasta entonces estaba meridianamente claro (al menos en la interpretación jurisprudencial): la atribución a las Administraciones Públicas locales de la facultad de establecer la jornada general y las jornadas especiales de sus funcionarios previa negociación preceptiva con los representantes sindicales en los correspondientes órganos de negociación.** Esta atribución de la competencia a las Administraciones locales, representa una lectura coherente con las finalidades que expresa el legislador básico en la propia Exposición de Motivos del EBEP de eliminar determinadas trabas, hasta entonces existentes en la legislación básica, y de reforzar la autonomía organizativa y de gestión en materia de personal de todas las Administraciones Públicas. Por tanto, un cambio normativo en esta materia que se encuadra en un cambio de paradigma en el modo de entender las relaciones de empleo público en las Administraciones Públicas, también en las locales.

¿Hay, por consiguiente, tras la entrada en vigor del EBEP, una derogación implícita del artículo 94 LBRL, o esta norma básica sigue en vigor sin perjuicio de que pueda ser inaplicable en determinadas circunstancias?

47.- Entramos en uno de los puntos críticos del presente Informe. Se puede adelantar, en cualquier caso, que la complejidad del razonamiento que ahora iniciamos se debe exclusivamente al alambicado sistema de ordenación de fuentes y de relación cronológica entre normas que suscita el propio EBEP, tanto en el orden de vigencia como de aplicabilidad de las normas. No hay ánimo por nuestra parte de complicar el discurso, sino simplemente de clarificar sus consecuencias.

48.- **La primera constatación es obvia: el EBEP no deroga expresamente el artículo 94 LBRL.** En efecto, el EBEP opta, en primer lugar, por un sistema de derogaciones explícitas que se recoge *nominatim* (con expresa mención a las diferentes leyes y artículos afectados) en el propio texto de la Disposición Derogatoria. Allí se establece que **“quedan derogadas con el alcance establecido en la Disposición Final Cuarta las siguientes disposiciones: (...)”.** Y de la **Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, se citan exclusivamente como**

derogados el artículo 92 y los artículos recogidos en el Capítulo III del Título VII. Ninguna mención expresa, por tanto, al artículo 94 LBRL.

49.- **Pero que no haya sido derogado expresamente no implicaría que no se considere derogado implícitamente, puesto que el apartado g) de esa misma Disposición Derogatoria EBEP estipula que quedan, asimismo, derogadas con el alcance establecido en la Disposición Final Cuarta “todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto”.**

50.- **¿Cabría, por tanto, una derogación implícita por parte del EBEP de algunos artículos de la legislación básica local? En principio, nada lo impediría, siempre que se identifique una “contradicción u oposición” con la norma básica posterior que sea insalvable a través de la interpretación conforme con una norma básica anterior y, por tanto, no se pueda “integrar” la norma básica anterior mediante una interpretación “coherente” con el enunciado y las finalidades pretendidas por el nuevo legislador básico.**

51.- De hecho, aunque con otro alcance que ahora no nos interesa, en 2008 se publicó un Documento titulado **“Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración local”**, que fue conjuntamente firmado por las personas titulares de la **Dirección General de Función Pública y de la Dirección General de Cooperación Local**, en el que **se consideraba que algunos preceptos de la legislación básica de régimen local (LBRL y del TRRL) habían quedado derogados de forma implícita por el EBEP.** Si bien es cierto que este Documento no hacía mención expresa al tema de la jornada, no lo es menos que **advertía al final del alcance que tenía la Disposición Derogatoria en relación con la Disposición Final Cuarta EBEP, que podía suponer derogaciones implícitas de algunos preceptos de la LBRL que, en todo caso, mantendrían su vigencia condicionada hasta que se aprobaran las normas de desarrollo del EBEP recogidas en esa Disposición Final Cuarta, 3.** Más explícito era, en cambio, el Boletín *Función Pública Local*, núm. 55, edición especial EBEP, editado por la Diputación de Barcelona y que, en el año 2007, recogía una Guía Práctica del Estatuto Básico del Empleado Público, indicando en el punto 11, relativo a la jornada, lo siguiente: “El redactado del artículo 47 del

EBEP determina un cambio importante en la regulación de esta materia, en la medida en que desaparece la obligatoriedad de equiparar el cómputo anual de la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local a aquel que se fije para los funcionarios de la Administración del Estado”.

52.- En fin, **la tesis de la derogación implícita del artículo 94 LBRL ha sido barajada por alguna doctrina (Castillo Blanco), al considerar que esa norma ha vaciado del carácter básico a la previsión recogida en el artículo 94 LBRL y, por tanto, debe considerarse derogada.** Si se apuesta por esta interpretación **ello no implicaría que el citado artículo 94 LBRL ya no fuera aplicable, sino que está derogado “con el alcance establecido en la Disposición Final 4.ª” EBEP; esto es, mantendría –como diremos inmediatamente– una “vigencia temporal condicionada”.** La distinción, tal como anticipábamos, entre vigencia y aplicabilidad, es de enorme importancia en el tema que nos ocupa. En este caso, aún más sofisticada en su planteamiento, pues entra en juego una suerte de “derogación implícita aplazada” o de “aplicabilidad diferida condicionada” en su vigencia de aquellos mandatos como el artículo 94 LBRL, que son efectivamente aplicables mientras no se lleve a cabo “desarrollo” del EBEP por parte de la Administración Pública que sea competente en la materia.

53.- **La Disposición Final Cuarta EBEP** tiene una estructura compleja y **establece**, a los efectos que nos ocupan, **tres reglas básicas:**

a) La primera es que la entrada en vigor del Estatuto se difiere en el tiempo (ritmo cronológico de vigencia) al plazo de un mes a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

b) La segunda, planteada en términos esquemáticos, es que el legislador básico difiere la aplicabilidad o efectividad plena de determinados principios y reglas (Capítulo II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y Capítulo III del Título V EBEP) al momento en que se produzca “la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto”. Pero esas normas están “vigentes”, lo único que se difiere es su “aplicabilidad” por determinadas cuestiones que ahora no procede examinar.

c) Y, la tercera, se enuncia del siguiente modo: **“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”. Esta regla pretende evitar vacíos aplicativos como consecuencia de la aprobación de una norma básica de estructura muy diferente al marco normativo básico hasta entonces vigente y que persigue dotar de unos márgenes de configuración muy amplios en determinadas materias a los legisladores de desarrollo, así como atribuye espacios de decisión considerables “a las Administraciones Públicas” sobre diferentes temas (entre ellos la jornada laboral). **No puede ocultarse aquí la identidad terminológica que utiliza el EBEP en el artículo 47 y en la Disposición Final Cuarta, 3, pues en ambos casos la referencia “subjettiva” es a “las Administraciones Públicas”, por lo que no veda, en absoluto, sino más bien fomenta en la lógica institucional del modelo que implanta, la intervención de la Administración local en desarrollo del EBEP en aquellos ámbitos en que este le atribuya un campo específico de actuación.**

54.- **La primera regla de la Disposición Final Cuarta EBEP implica la vigencia actual del artículo 47 EBEP. La segunda no afecta al artículo 47 EBEP, pues no está entre las materias cuya aplicabilidad o efectividad se difiere en el tiempo. Por tanto, en principio, la regla del artículo 47 EBEP está vigente y produce efectos jurídicos plenos** (es aplicable directamente) desde la entrada en vigor del EBEP. **Y la tercera, sí que sería de aplicación siempre y cuando se den dos supuestos: en primer lugar, que el establecimiento de la jornada se encuadre en los supuestos de “ordenación, planificación y gestión de recursos humanos” (alcance material de la Disposición Final Cuarta, 3); y, en segundo lugar, que el artículo 94 LBRL se mantenga “provisionalmente en vigor” (“derogación implícita diferida” y “vigencia temporal condicionada”) hasta que, por cada Administración Pública, se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo.**

55.- **No pensamos que requiera mucho esfuerzo hermenéutico encuadrar el tiempo de trabajo de los funcionarios públicos (y más en particular la definición de la jornada) como un aspecto sustantivo de “ordenación, planificación y gestión de recursos humanos”, al margen del (deficiente) tratamiento sistemático que de estas cuestiones hace la Ley (que lo enmarca dentro de los derechos). Tampoco se deben plantear especiales com-**

plejidades interpretativas en el segundo supuesto, pues el artículo 47 habla de “Administraciones Públicas” y la citada Disposición Final Cuarta, 3, aunque se refiere a “leyes de función pública y a las normas reglamentarias de desarrollo”, inmediatamente añade –y este es un dato determinante– de cada Administración Pública. El artículo 47 habilita para establecer la jornada a las “Administraciones Públicas”, y este es un apoderamiento directo para que, una vez negociado con los representantes sindicales, se determine la jornada general y las especiales, lo cual puede llevarse a cabo por medio de cualquiera de los instrumentos de negociación colectiva (pactos o acuerdos) o, en su caso, si fracasa la negociación colectiva la determinación de la jornada sería hecha por medio de un Acuerdo del órgano competente en la materia de cada entidad local. En todo caso, la exteriorización de la voluntad de la Administración local se lleva a cabo a través de un Acuerdo del órgano competente o mediante una disposición normativa de carácter general.

56.- La tesis de la derogación implícita del artículo 94 LBRL por modificación de la legislación básica posterior (artículo 47 EBEP) tiene la ventaja de la sencillez en su formulación y planteamiento, así como es coherente en sus efectos: el legislador básico posterior implícitamente ha querido cambiar radicalmente el estado de cosas existentes con anterioridad en la materia, y ha reforzado la autonomía local desde la perspectiva de las potestades de organización y gestión de sus propios recursos. Este artículo 94 LBRL seguiría, por tanto, en vigor hasta que por cada Administración Pública se aprobaran “las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo”, lo cual suscita de inmediato dos preguntas:

57.- La primera: **¿Está vigente y es directamente aplicable ese artículo 94 LBRL hasta que se aprueben esas leyes de función pública que desarrollen el EBEP con preferencia a lo dispuesto en el artículo 47 EBEP?** El problema no se debería plantear en estos términos, ya que lo que cabe dilucidar es exclusivamente **si el artículo 94 LBRL mantiene su carácter básico o no, pues, si lo mantuviera, también afectaría al legislador autonómico de desarrollo del EBEP, y, si no lo mantuviera, el debate es superfluo**. Tal como se dirá de inmediato, no puede mantenerse el carácter básico de una norma limitadora

o restrictiva de las potestades de organización de las entidades locales junto con otra norma básica posterior que es habilitadora del ejercicio de tales potestades: la integración de ambas no cabe, menos aún cuando el artículo 47 no está condicionado en su vigencia.

58.- **La Disposición Final Cuarta, 3, debe leerse, por tanto, en el conjunto del sistema diseñado por el EBEP y especialmente de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 de esa misma Disposición.** Su finalidad es exclusivamente que no haya vacíos aplicativos en un proceso cronológico de concreción de unas bases en materia de empleo público que dejan amplios espacios de configuración a las comunidades autónomas y que admiten, además, que determinadas decisiones en un amplio número de temas las adopten directamente en desarrollo del EBEP “las Administraciones Públicas” (y, por consiguiente, las Administraciones locales). Pero ello no impide, en ningún caso, la plena vigencia y aplicabilidad de aquellas normas del EBEP que no requieran una actuación previa del legislador, y que puedan activarse a través de normas reglamentarias o mediante acuerdos de las Administraciones Públicas cuando así lo prevé la norma.

59.- **La segunda pregunta se puede formular del siguiente modo: ¿La atribución del artículo 47 EBEP para que las Administraciones Públicas establezcan la jornada a través de la negociación colectiva puede encuadrarse en la configuración que lleva a cabo la Disposición Final Cuarta, 3, EBEP, relativa a “normas reglamentarias de desarrollo”?** Aunque no parece, en principio, que esas referencias a las “leyes” y “normas reglamentarias de desarrollo” de la Disposición Transitoria Cuarta, 3, EBEP pudiesen ser aplicables al supuesto previsto en el artículo 47, pues la formalización de la jornada no se realiza habitualmente (el Real Decreto-ley 20/2011 es una clara “excepción”) a través de leyes ni de reglamentos en sentido formal, no cabe descartar su aplicación sin perjuicio de cuál sea la naturaleza jurídica estricta que tengan los instrumentos jurídicos que exterioricen la voluntad de la Administración Pública en la determinación de la jornada.

60.- En efecto, en el caso de la Administración del Estado esa exteriorización se lleva a cabo a través de una Resolución de una Secretaría de Estado o de un órgano directivo. Sin embargo, en la STSJ de Cataluña 466/2003, de 16 de mayo (JUR/40226), se reconocía expresamente que el artículo 94 LBRL es, en efecto, una norma incompleta que debe integrarse con las

normas que regulan la jornada de los funcionarios de la Administración del Estado, justificando el carácter “normativo” en que tales Resoluciones encontraban cobertura en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983, que fue posteriormente desarrollado por Instrucciones y, más tarde, por Resoluciones. Tal Acuerdo, se decía, fue dictado en “ejercicio de la potestad reglamentaria que el artículo 97 CE atribuye al Gobierno”.

61.- No es necesario entrar en este debate, pues lo que sí parece cierto es que, en la Administración local, el contenido de los acuerdos o pactos tiene una formalización ulterior a través de la aprobación de los mismos por medio de un Acuerdo del órgano competente (Pleno). Y, si no se alcanzara el Acuerdo correspondiente en el procedimiento negociador, es la Administración Pública, a través de sus órganos competentes, la que determinará la jornada general y las especiales. Nada parece impedir dar carácter “normativo”, tal como se dirá, a los acuerdos y pactos, o en su caso considerar que “materialmente” un Acuerdo de una entidad local sobre ese ámbito goza de tal carácter, al menos por lo que afecta a su posible impugnación ante los tribunales de justicia. **Además –y tampoco es un dato menor– la Disposición Final Cuarta, 3, EBEP, utiliza expresamente la expresión “en cada Administración Pública”, lo que está explícitamente reconociendo que las Administraciones locales, en los ámbitos en los que así se establece por el legislador básico de empleo público, también pueden desarrollar directamente tal legislación básica y, en ese caso, producir un efecto de inaplicación de una norma básica que estaba derogada implícitamente, como es el artículo 94 LBRL, pero mantenía transitoriamente su vigencia y aplicabilidad en ausencia de tal desarrollo.**

62.- La conclusión de todo lo anterior sería precisa: **el artículo 94 LBRL incurriría en una derogación implícita, pero –de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final Cuarta, 3, EBEP– mantendría una “vigencia temporal condicionada” hasta que cada Administración local estableciera, previa negociación, una jornada general y las especiales para sus funcionarios públicos.**

63.- Ciertamente, **lo que hace el artículo 47 del EBEP –al igual que hacen otros muchos artículos de la misma norma básica– es reservar un espacio de decisión sobre una materia concreta a la Administración Pública y, por tanto, sustraerla del**

campo de decisión legislativa o normativa si así se estima procedente por la Administración Pública competente y nada se dice en contra por el legislador estatal posterior de carácter básico.

64.- El razonamiento anterior se debe completar del siguiente modo: **el EBEP “reserva” en unos casos el desarrollo de determinados ámbitos materiales a la Ley o, mejor dicho, a las leyes de “la función pública” que se aprueben en su desarrollo** (aunque, tal como se ha dicho, sea muy discutible que una “Ley ordinaria”, pues el EBEP lo es, pueda “reservar” ámbitos de regulación a favor de la Ley, ya que no tiene el carácter de “norma sobre producción de normas”), **pero en otros muchos atribuye directamente a “las Administraciones Públicas” la adopción de determinadas medidas (como es el caso de la jornada).** Ello no impide que esas materias sean reguladas por Ley, pero en todo caso **ese ámbito reservado a las Administraciones Públicas (dado su alto contenido organizativo) es una garantía que el legislador “de desarrollo” no puede desconocer de forma absoluta (salvo que se modifique la legislación básica) y representa una habilitación a la Administración Pública para que adopte tales medidas.**

65.- El problema es de secuencia o ritmo cronológico: el artículo 47 EBEP plantea unas “nuevas bases” sobre los criterios para establecer la jornada de los funcionarios locales, habilitando para que sea cada Administración Pública la que lo haga. Bajo esos nuevos presupuestos normativos básicos es obvio que la norma derivada del enunciado del artículo 94 LBRL no tiene encaje con lo previsto en el artículo 47 EBEP. Este precepto refuerza la autonomía organizativa y de gestión de las Administraciones locales, **aquel la contrae, limita o reduce.** Hay, por consiguiente, una antinomia clara de dos normas básicas y, por consiguiente, un problema aplicativo derivado de una correcta selección de cuál es la norma aplicable o, en caso de contradicción, cuál debe prevalecer.

66.- **Este problema aplicativo nos sitúa en el contexto del artículo 3.1 EBEP,** donde se indica expresamente lo siguiente:

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

67.- **Las preferencias aplicativas según ese artículo 3 serían las siguientes:**

a) **El personal funcionario local se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación (por ejemplo, por la LBRL), pero siempre que no contravenga lo dispuesto en el EBEP, pues en ese caso se aplicaría el EBEP**, ya que, por un lado, forma parte de “la legislación estatal que resulte de aplicación”, y, por otro, la norma básica posterior deroga la norma básica anterior si entre ellas hubiese antinomia.

b) En segundo lugar se aplicaría la legislación de las comunidades autónomas, que obviamente debe respetar la legislación “estatal” de carácter básico, ya sea esta de función pública o de régimen local que incluya previsiones de función pública.

c) Y, en tercer lugar, **todo ese “momento aplicativo” debe estar guiado por el “respeto a la autonomía local”, lo que conduce derechamente a interpretar que la lectura más correcta en esos términos es la que aboga por la aplicación preferente del artículo 47 EBEP sobre el artículo 94 LBRL.**

68.- No se puede pretender en este caso defender una pretendida preferencia aplicativa de la “norma especial” (artículo 94 LBRL) sobre la “norma general” (artículo 47 LBRL), pues el problema no se plantea en estos términos (ley especial/ley general). Y, además, en este caso “la especialidad” vendría marcada por la norma de empleo público frente a la de régimen local. En todo caso, el ritmo cronológico es evidente: el artículo 47 EBEP se superpone sobre el artículo 94 LBRL. **Y lo que no se puede pretender es que convivan en un mismo ordenamiento “normas básicas antinómicas o que no tengan lecturas integradoras”. El dogma de “la coherencia del legislador” lo impide por completo**, tal como expusiera en su día Carles Viver (*Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, 1989).

69.- **Tampoco cabe, a nuestro juicio, afirmar que ambos enunciados normativos (artículos 94 LBRL y 47 EBEP) tienen una “lectura integradora” en la medida en que el primero de ellos establece un límite al establecimiento de la jornada** (será en cómputo anual “como mínimo” la establecida para la Administración del Estado), **mientras que en el segundo se trata de una “norma habilitadora” a favor de cada Administración Pública y, en este caso, de la Administración local** para ejercitar plenamente su competencia (previa negociación colectiva)

en materia de jornada. Difícilmente cabe considerar que ambas normas pueden integrarse en una sola en la medida en que la primera (artículo 94 LBRL) es una norma “limitativa” o “condicionante” (castra la potestad de organización de las Administraciones locales en un aspecto totalmente instrumental a su capacidad de autogobierno) y la segunda (artículo 47 EBEP) es una norma “habilitadora” que parte de reforzar las competencias propias de las Administraciones Públicas en esta materia. Por tanto, no consideramos factible que la norma básica del artículo 47, dado su carácter habilitador sin límites materiales, se pretenda completar con una norma básica previa de carácter condicionante, dando lugar así a una pretendida “norma básica bifásica”, estructurada por una norma habilitante y por una norma condicionante, a su vez.

70.- **No sería posible pretender ese resultado complementario porque los enunciados normativos recogen reglas jurídicas dispares:** el artículo 47 habilita a las Administraciones Públicas para establecer la jornada “general y las especiales”. Si, tal como se ha dicho, por jornada general cabe entender la jornada ordinaria (y no el calendario ni el horario, que no se explicitan en el artículo 47 y sí en el artículo 37.1.m), si se considerara norma básica aplicable el artículo 94 LBRL (no se cuestiona su “vigencia”), ¿cómo integrar ambos enunciados normativos en una norma básica común? No parece viable tal integración en cuanto que si algo caracteriza al establecimiento de la jornada ordinaria o general es la determinación del número semanal, sí, pero también anual de horas que efectivamente se deban cumplir.

71.- Con la dicción del artículo 94 no cabe esa fijación, con lo que la norma básica quedaría vacía de contenido. Se nos objetará de inmediato que esa integración es posible a través de las facultades que tienen las Administraciones locales de distribuir las horas en cómputo anual como estimen pertinente o de ampliar el cómputo anual de la jornada. Sin embargo, el artículo 94 LBRL veda también el establecimiento de una jornada “superior” a la establecida en la Administración General del Estado, lo que es un recorte más de la autonomía local también en este punto (aunque algún pronunciamiento judicial ha querido suavizar tal limitación). Y si lo que se pretende es afirmar que la habilitación que se produce en el artículo 47 EBEP es solo para distribuir el número de horas en cómputo anual, esa regla se convierte en superflua, dado que esa facultad ya estaba en poder de las Administraciones locales en

el momento anterior a la entrada en vigor del EBEP. Nadie dudaba antes del EBEP que las entidades locales pudieran establecer el calendario y el horario: lo que vedaba el artículo 94 LBRL es el establecimiento de una jornada “diferente” en cómputo anual a la existente en la Administración del Estado, así como que dispusieran normas sobre equivalencias o de reducción de jornada también distintas.

72.- En conclusión, **el artículo 47 EBEP atribuye a las Administraciones locales el establecimiento de la jornada para sus funcionarios públicos, debiendo ser tal materia objeto de negociación que cristalizará, en su caso, en un Pacto o un Acuerdo (artículo 38 EBEP), o en su defecto en una determinación unilateral de la citada jornada por parte de la Administración competente ya sea mediante Acuerdo del órgano competente o a través de sus manifestaciones de la potestad normativa. En todos estos casos, la activación por parte de la Administración local de las atribuciones recogidas en el artículo 47 implica la inaplicación del artículo 94 LBRL, que cabe entender derogado implícitamente y que solo mantendría una “vigencia temporal condicionada”, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final Cuarta, 3, mientras no se aprobaran las normas reglamentarias de desarrollo del EBEP.**

73.- Realmente, el problema nos sitúa en el terreno de cuál es **la naturaleza jurídica de pactos y acuerdos** o, en su caso, de los acuerdos de los órganos de gobierno competentes de las entidades locales para establecer la jornada de trabajo de los funcionarios. Independientemente de que califiquemos a tales pactos o acuerdos como “normas”, “acuerdos colectivos”, “manifestaciones de la autonomía colectiva” o cualquier otra caracterización, lo cierto es que en el caso que nos ocupa es “la Administración Pública” la competente para establecer la jornada y, por tanto, se debería formalizar a través de un Pacto o por medio de un Acuerdo, que, en todo caso, conforme se deriva del artículo 38 EBEP, nadie puede dudar de su “fuerza normativa”. En este punto las diferencias son de orden menor, pues lo importante es que resulta competencia de la Administración local, previa negociación colectiva, llevarlo a cabo.

74.- **En suma, una vez ejercida la competencia de fijar la jornada de los funcionarios por parte de la Administración local, tras un proceso de negociación colectiva, esa decisión (formalizada a**

través de las modalidades ya expuestas) supone la inaplicación inmediata de la regla recogida en el artículo 94 LBRL, que en todo caso estará vigente y seguirá siendo aplicable de forma transitoria para todas aquellas Administraciones locales que no hayan hecho uso de la habilitación prevista en el EBEP.

VI. ¿Se aplica la reordenación del tiempo de trabajo prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 al personal laboral al servicio de las entidades locales?

1.- **Aunque el Objeto de la Consulta excluye al personal laboral, sí que puede ser oportuno –sobre todo por lo que luego se dirá– llevar a cabo alguna breve reflexión sobre si se aplican o no las medidas del artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 al personal laboral al servicio de las entidades locales.**

2.- **Y la respuesta es muy obvia: al no aplicarse directamente ni como norma básica el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 a las Administraciones locales, y sin perjuicio de que ese artículo sí que se aplica a todos los empleados públicos (incluido el personal laboral) del sector público estatal, no cabría extender la regulación de ese precepto al personal laboral de las entidades locales.**

3.- **Del mismo modo serían inaplicables las previsiones recogidas en el artículo 47 EBEP y 94 LBRL, pues en ambos supuestos la norma habla expresamente de funcionarios.** En lo que afecta a la jornada del personal laboral al servicio de la Administración local se ha de estar a lo previsto en el artículo 51 EBEP, donde se indica que a los efectos de establecer el régimen de jornada de trabajo del personal laboral “se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente”. Un enunciado que abre un sinfín de interrogantes sobre cuál es el conjunto normativo de aplicación preferente (¿lo dispuesto en el EBEP o lo establecido en la legislación laboral correspondiente?).

4.- La estructura interna del EBEP es en este punto bastante clara: **al personal laboral se le aplica preferentemente el EBEP frente a la legislación laboral (Estatuto de los Trabajadores) en aquellos casos en los que la norma utiliza la expresión “empleados públicos” o, mejor dicho, cuando no**

se utiliza la noción “funcionarios públicos”. Pues si es este último el concepto del que hace uso el EBEP, parece evidente concluir que en estos casos no se aplicará con carácter preferente la legislación básica de empleo público.

5.- Y este es el supuesto, en efecto, de la jornada de trabajo, ya que **el artículo 47 se refiere únicamente a los “funcionarios”**. Por consiguiente, la jornada de trabajo de los empleados públicos de las entidades locales vinculados con una relación de carácter laboral **se registrará exclusivamente por lo dispuesto en “la legislación laboral correspondiente”, esto es, en el Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos**.

6.- En efecto, resultan por tanto de aplicación a este caso las previsiones recogidas en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, que prevé expresamente que la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos, con lo que, de extenderse la aplicación de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto-ley a la Administración local, de acuerdo con lo establecido en el artículo 94 LBRL, esta solo podría ser a los funcionarios públicos y no a los laborales. Teniendo en cuenta el alto número de personal laboral que presta servicios en determinadas Administraciones locales, la incongruencia de la extensión de la jornada de trabajo de 37 horas y media al personal al servicio de las entidades locales está servida. Pues si efectivamente el “legislador excepcional” hubiese querido aplicar esa jornada a la Administración local hubiese incorporado al “sector público local” dentro del ámbito de aplicación, pues la extensión –aunque fuera por “reenvío” y en cómputo anual– solo al personal funcionario deja fuera al personal laboral de la Administración local, pero asimismo a todo el resto de personal al servicio del sector público instrumental local, salvo que sean funcionarios públicos. En estos dos últimos casos se deberá estar siempre –salvo decisión del legislador– a lo dispuesto en cada Convenio que resulte de aplicación.

VII. Algunas precisiones finales: ¿cabe que las entidades locales extiendan la aplicación de la jornada prevista en el Real Decreto-ley 20/2011 a sus propios empleados públicos?

1.- Una vez expuestos los términos del problema y analizado, asimismo, que a partir de la entrada en vigor del EBEP, las Administraciones locales pueden deter-

minar la jornada de sus funcionarios públicos a través de acuerdos o pactos o mediante una determinación unilateral de la misma del órgano local competente si fracasara la negociación, **cabe preguntarse de inmediato si los órganos de gobierno de las entidades locales no podrían extender la regla de “reordenación del tiempo de trabajo” prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, a sus propios empleados públicos**.

2.- Lo que sí resulta obvio es que **a aquellas entidades locales que, con posterioridad al 13 de mayo de 2007, no hayan suscrito acuerdos o pactos a través de los cuales fijen las condiciones de trabajo de sus funcionarios públicos o no hayan establecido tales condiciones (y, por tanto, la jornada) a través de un Acuerdo de su órgano competente, les seguirá siendo de aplicación el artículo 94 LBRL en cuanto norma básica con vigencia temporal condicionada** y, por consiguiente, operará en todo su sentido la remisión o reenvío a que la jornada general de ese personal funcionario será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Dado que el artículo 4 del citado Real Decreto-ley establece que la jornada ordinaria de trabajo del personal al servicio del sector público estatal (en el que obviamente está incluido el personal funcionario de la Administración General del Estado) “tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos”, ese debería ser el parámetro a partir del cual se calculara el cómputo anual aplicable a los funcionarios de las entidades locales que estuvieran en este supuesto.

3.- **Distinto es el caso de aquel personal de las entidades locales para el cual, por cualesquiera de los instrumentos “normativos” antes indicados y siempre a partir de la fecha de entrada en vigor del EBEP, los Gobiernos locales, haciendo uso de las potestades de organización y de la efectividad del principio constitucional de autonomía local en este ámbito, hubiesen establecido una jornada distinta a la existente en la Administración General del Estado**. Pues **en este caso cabe preguntarse si los órganos del Gobierno local competentes en la materia pueden adoptar algún Acuerdo por medio del cual hagan extensiva la aplicación de la jornada ordinaria prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley a sus empleados públicos locales**.

4.- **Planteado así el problema, se deben diferenciar nitidamente tres planos del mismo, desde**

una perspectiva formal (aunque con importantes consecuencias materiales): a) **Que la jornada general u ordinaria de los funcionarios públicos locales se haya establecido a través de un Acuerdo o Pacto;** b) **Que la jornada general u ordinaria de los empleados públicos locales (funcionarios y laborales) se haya determinado por medio de un Acuerdo que establezca las condiciones comunes a ambos colectivos (artículo 36.3 EBEP);** y c) **Que la jornada general u ordinaria se haya establecido a través de un Convenio Colectivo para el personal laboral** al servicio de la entidad local. Veamos brevemente los tres supuestos:

Jornada general u ordinaria de los funcionarios públicos establecida a través de un Acuerdo o Pacto

5.- **Si la jornada de trabajo de los funcionarios públicos esta recogida en un Pacto o Acuerdo nada impide que la Administración local pueda dejar sin eficacia el contenido de un Pacto o Acuerdo de acuerdo con lo que prevé el artículo 38.10 EBEP.** Este precepto prevé lo siguiente:

“Se garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de pactos y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

“En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación.”

6.- Hagamos una rápida exégesis de ese enunciado normativo:

a) Se establece, en primer lugar, **una regla de garantía del cumplimiento de pactos y acuerdos.**

b) Cabe, no obstante, **eludir “excepcionalmente” ese cumplimiento y siempre que concurra una “causa grave de interés público” que esté directamente conectada con una “alteración sustancial de las circunstancias económicas”.** Sin duda se trata de enunciados con un alto contenido de **“conceptos jurídicos indeterminados”** que habrá que precisar en función del caso concreto al que se pretendan aplicar.

c) **Son competentes para adoptar esa medida excepcional “los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”, lo cual marca un claro paralelismo con la atribución recogida en el artículo 47 EBEP** cuando atribuye a las Administraciones Públicas la facultad de establecer la jornada general y las especiales.

d) **El alcance de tales medidas excepcionales puede ser la “suspensión” o la “modificación” del cumplimiento de tales acuerdos,** que podría ser una suspensión o modificación parcial (de determinadas cláusulas) o podría ser íntegra de todo el contenido del Pacto o Acuerdo.

e) Y, en fin, el enunciado se cierra con la precisión de que tal suspensión o modificación **debe inspirarse en un juicio de proporcionalidad y con una finalidad muy precisa, esto es, ser adoptada “en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”.** El test de control sobre si la medida es “estrictamente necesaria” para salvaguardar el interés público, es posiblemente el más complejo de justificar, pero lo más razonable sería que se acreditara su idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

7.- La doctrina ha ido ocupándose con mayor intensidad de este importante enunciado, dado que está siendo ya aplicado en numerosas Administraciones Públicas. Este desequilibrio en la efectividad de los acuerdos de la negociación colectiva en la función pública a favor de la Administración Pública se deriva –tal como señala Palomar Olmeda– del papel constitucional que cumple y de los intereses públicos que ha de salvaguardar (PALOMAR OLMEDA, A., “La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 144, 2009).

8.- Por su parte, la profesora Cantero Martínez ha escrito recientemente lo siguiente:

“En todo caso, se trata de un concepto jurídico indeterminado que deja amplios márgenes de libertad para la Administración, no solo a la hora de apreciar la concurrencia del supuesto de hecho habilitante de la norma, sino también a la hora de determinar las medidas concretas afectadas por la desvinculación, que, tal como se deriva de la dicción del propio precepto, pueden ser todas aquellas que tengan o puedan tener una repercusión económica para la Administración” (CANTERO MARTÍNEZ, J., “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal”, *Cuadernos de Derecho Local*,

núm. 28, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2012).

9.- La jurisprudencia ha conocido algunos supuestos en los que ha tratado de forma más directa o indirecta el citado artículo 38.10 EBEP, pero dado que el estallido de la crisis se produjo en 2008 y las medidas más fuertes desde el sector público se comenzaron a dar durante finales de 2009 y principios de 2010, es obvio colegir que todavía no tenemos una clara delimitación jurisprudencial del alcance de ese enunciado, pero aun así ya hay datos jurisprudenciales que nos sitúan en el campo aplicativo de este precepto.

10.- En todo caso, la mayor parte de los pronunciamientos se han producido, principalmente, al calor de la aplicación en su momento del Real Decreto-ley 8/2010, que dio lugar a una conflictividad jurisprudencial notable. Así, **la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2011 (JUR 2011/345208) reconoce de forma expresa que la suspensión de las cláusulas de contenido retributivo del Acuerdo Gobierno-Sindicatos firmado el 25 de septiembre de 2009, que llevó a cabo el Real Decreto 8/2010, está amparada en el artículo 38.10 EBEP**, puesto que se reunió a la Mesa General de Negociación (aspecto formal) y asimismo encajaba plenamente dentro de la habilitación recogida en el citado artículo (grave deterioro de las finanzas públicas, como expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2010). Bajo este punto de vista se han de traer a colación también aquí el **Auto de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 2010 y, entre otras, la STSJ de Madrid 20001/2011, de 30 de junio, RJCA 1751/2010, donde se indica que al personal funcionario, a diferencia del personal laboral (con las precisiones que seguidamente se harán) es plenamente aplicable el artículo 38.10 EBEP “cuando concurren las causas habilitantes para ello”, lo que representa una traslación de la cláusula *rebus sic stantibus* al Derecho Público en el ámbito de la función pública**. Referencias también al citado artículo 38.10, entre otras, en la STSJ de Cataluña 1053/2011, de 6 de octubre.

11.- Bajo esas premisas normativas, doctrinales y tales apuntes recogidos en diferentes *obiter dicta* de los tribunales de justicia, **se puede perfectamente concluir que las Administraciones locales, a través de los órganos competentes para ello, pueden hacer uso de la facultad excepcional que les atri-**

buye el artículo 38.10 EBEP, para proceder a la suspensión o modificación de aquellos acuerdos que establezcan una jornada inferior a la establecida en estos momentos para el sector público estatal atendiendo a las graves circunstancias por las que atraviesa la economía española y, más concretamente, a la imperiosa necesidad de adoptar medidas excepcionales que contribuyan a reducir el déficit público hasta los estándares fijados por la Unión Europea en 2013.

12.- En principio, no nos plantea duda alguna que tal suspensión o modificación puede llevarse a cabo, puesto que **se trata de una medida de naturaleza excepcional que se adopta a imagen y semejanza de la acordada por parte del Estado, pero en uso de las potestades locales inherentes al principio de autonomía local. Concorre, además, el presupuesto de hecho habilitante (“causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”)**, aspecto este que puede acreditarse fehacientemente por un paralelismo con las medidas que se han adoptado en el Real Decreto-ley 20/2011, y por la justificación que de las mismas se hace en la Exposición de Motivos del mismo. **Y, en fin, la finalidad y proporcionalidad de la medida podrían perfectamente justificarse en que tiene como objeto salvaguardar el interés público** (al igual que ya se ha hecho en el sector público estatal, puesto que también las entidades locales deben estar regidas por los criterios de control del déficit público, más aún desde la modificación del artículo 135 CE y la consagración del principio de estabilidad presupuestaria para los entes locales) **y es “estrictamente necesaria” porque supera razonablemente el test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.**

13.- Obviamente, tal como señala el segundo párrafo del artículo 38.10 EBEP, **tales medidas excepcionales no deben ser negociadas con la representación sindical, siendo únicamente necesario que, previo a su adopción, se proceda a informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o de la modificación.**

14.- En conclusión, **nada impide que los órganos de gobierno de las entidades locales que, en uso de las potestades derivadas de su autonomía local, dispongan de acuerdos en los que se establezca, en los términos antes indicados, una jornada inferior a la estipulada en el artículo 4 del**

Real Decreto-ley 20/2011, puedan extender la aplicación de la misma a sus propios funcionarios invocando el presupuesto de hecho habilitante recogido en el artículo 38.10 EBEP, y proceder así a la modificación o, en su caso, a la suspensión temporal de la jornada hasta entonces vigente.

Jornada general u ordinaria del personal laboral recogida en un Acuerdo de condiciones comunes para funcionarios y laborales

15.- En el caso de que la jornada se haya recogido en un Acuerdo que establezca condiciones comunes para personal funcionario y laboral, tal como se ha regulado en el artículo 36.3 EBEP, el esquema de aplicación es el mismo que el previsto para el personal funcionario, puesto que en este caso lo determinante no es la naturaleza de la relación de empleo (funcionario o laboral), sino el instrumento normativo a través del cual se vehicula la regulación de las condiciones de trabajo.

16.- Efectivamente, sin entrar en mayores detalles que ahora no interesan, la doctrina laboralista ha expuesto con claridad que del artículo 38.8 EBEP se deriva una naturaleza dual de tales pactos y acuerdos, lo que no implica que en el caso de los supuestos de negociación conjunta hayan de formalizarse en instrumentos distintos (acuerdos/pactos y convenios colectivos), sino que se produce una suerte de “administrativización” o “publicación” de la negociación colectiva laboral, que se regularía así por “normas administrativas” (ROQUETA BUJ, R., “Los ajustes en materia de personal en las Administraciones Públicas”, *Boletín de Función Pública del INAP*, núm. 6, 2011). En realidad, lo que se produce es una capacidad de atracción más fuerte de la posición del empleador (Administración Pública) y de los intereses que salvaguarda (intereses públicos), que impone formalmente (aunque con consecuencias materiales de primera importancia) la preeminencia del instrumento “público”, Pacto o Acuerdo, frente al Convenio Colectivo.

17.- Y ello tiene, en efecto, importantes consecuencias materiales. La más relevante a nuestros efectos es que **el artículo 38.10 EBEP es directamente aplicable no solo al personal funcionario, sino también al personal laboral que haya negociado condiciones comunes a través de ese instrumento del Pacto o Acuerdo, pudiendo, por tanto, en es-**

tos casos la Administración local adoptar asimismo medidas excepcionales que, tras acreditar la existencia del presupuesto de hecho habilitante y de la finalidad y proporcionalidad de la medida, conlleven la modificación o suspensión de la jornada laboral también del personal laboral.

18.- Esta importante consecuencia se ve reforzada desde el momento en que la reciente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, prevé en su artículo 3, apartado e), cuando regula las materias excluidas del conocimiento de los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción social, el siguiente supuesto:

“e) De los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones Públicas con arreglo a lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de materia exclusiva **o conjunta con el personal laboral**; y sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral.”

Queda, por tanto, meridianamente claro que los pactos o acuerdos de condiciones comunes permanecen fuera del ámbito competencial de la jurisdicción social, por lo que cabe encuadrarlos como un objeto propio de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por consiguiente, no puede dudarse lo más mínimo que se les aplica, también para el personal laboral, lo dispuesto en el artículo 38.10 EBEP.

Jornada general u ordinaria del personal laboral de las entidades locales establecida a través de Convenio Colectivo

19.- En este caso concreto, sin embargo, la solución es muy distinta, única y estrictamente por motivos formales. Dicho de otro modo, las formas condicionan plenamente el contenido de la solución: pues **al haberse incorporado la jornada de trabajo a través de un Convenio Colectivo la modificación de este se rige exclusivamente por el Derecho Laboral, sin tener en cuenta en ningún momento la cualificación subjetiva del empleador (Administración Pública) ni los intereses que este debe salvaguardar (intereses públicos).** No cabe la menor duda de que la “solución legal” se compadece mal con los principios y reglas constitucionales recogidos

en el artículo 103 CE. Pero en este punto los pronunciamientos jurisprudenciales son muy contundentes.

20.- En efecto, por solo traer a colación un pronunciamiento reciente del **Auto de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 2010** ya citado, allí se nos recuerda expresamente cuáles son las diferencias del régimen de negociación entre el personal funcionario y el personal laboral, pues, en cuanto a los efectos jurídicos de lo acordado, es obvio que, conforme a lo previsto en el artículo 38.10 EBEP, la Administración puede desvincularse (en los términos ya examinados) de ese Acuerdo, mientras que **“los convenios colectivos una vez aprobados por la CECIR obligan a la Administración durante su vigencia, siendo inaplicable lo dispuesto en el artículo 38.10 EBEP”**.

21.- La situación no puede ser más paradójica para la Administración Pública y para los intereses públicos que debe salvaguardar. Una vez más se observa la inadecuación absoluta que representa aplicar los principios y reglas de un ordenamiento construido al margen de los intereses públicos a las Administraciones locales, siendo en este caso el tema particularmente grave por el amplio número de laborales que trabajan en el sector público local y que en algunas entidades locales son, con mucho, el porcentaje mayor del personal a su servicio.

22.- **La única puerta abierta que ha dejado la jurisprudencia a la modificación o suspensión de tales condiciones acordadas a través de Convenio Colectivo es que sea la Ley (o norma con rango de ley) la que lleve a cabo tal operación.** Pese a las dudas que esta operación planteó en la propia Audiencia Nacional, que elevó una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional sobre este determinado aspecto del Real Decreto-ley 8/2010, **el Auto del Tribunal Constitucional 85/2011, de 7 de junio**, es muy contundente, ya que considera que la cuestión planteada es notoriamente infundada, porque:

“(…) del artículo 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del Convenio Colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trata de una norma sobrevenida (...) (ya) que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el Convenio Colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la

Ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario”.

23.- A partir de estos presupuestos, se puede concluir perfectamente que **por medio de ley formal o por norma con rango de ley cabe modificar o suspender lo acordado a través de un Convenio Colectivo.** Y eso es lo que hizo el “legislador excepcional” de mayo de 2010 (Real Decreto-ley 8/2010), así como eso es lo que ha hecho el Real Decreto-ley 20/2011 en diferentes ámbitos, y, por lo que ahora importa, en el tema de ordenación del tiempo de trabajo (jornada), cuyas reglas hace extensivas a todo el personal del “sector público estatal” y, por consiguiente, también al personal laboral de la Administración General del Estado, de sus organismos y entes dependientes, así como al personal del sector público empresarial.

24.- De ahí la incongruencia de la que hablábamos en pasajes anteriores de este Informe: aunque se defiende la extensión de las previsiones del artículo 4 del Real Decreto-ley vía la norma de reenvío del artículo 94 LBRL, ello solo sería aplicable al personal funcionario y no al personal laboral. No cabría de ninguna de las maneras esa extensión: tampoco por la vía del artículo 38.10 EBEP, salvo en el supuesto examinado anteriormente (Acuerdo de condiciones comunes). Cabe, sí que es cierto, denunciar el Convenio, renegociarlo o acudir –solo en los temas salariales y con muchas limitaciones para la Administración Pública– a lo previsto en el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. Pero sobre estos puntos es mejor no profundizar, pues van a ser objeto de modificación en la inminente reforma del mercado laboral que se aprobará en los próximos días.²

25.- **Por tanto, al personal laboral de las entidades cuyas condiciones de trabajo se hayan fijado por Convenio Colectivo no se le aplica el artículo 38.10 EBEP y tan solo una Ley (o norma con rango de ley, ya sea esta estatal o autonómica: ATC 104/2011, de 5 de julio) puede modificar o suspender tales acuerdos**, salvo que se acuda a los procedimientos previstos en la legislación laboral. No deja de ser sorprendente cómo el Derecho Laboral es aquí un instrumento de una rigidez evidente frente a la

2. Durante la fase de composición de este Informe para este número de la Revista, ha sido publicado el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012). El importante contenido de esta reforma laboral, también en lo que afecta al sector público y al objeto de este Informe, no puede ser tratado en estos momentos.

flexibilidad que en este punto presenta el Derecho de la Función Pública. Convendría, tal como ha propuesto recientemente la profesora Cantero Martínez, que el legislador unificara claramente esta cuestión, teniendo en cuenta el proceso de convergencia que se ha producido en muchos campos del empleo público, y puesto que esa aplicación mecánica de concepciones formales al ámbito material de las Administraciones Públicas perjudica notablemente los intereses públicos de un país que se encuentra en una situación crítica en lo que afecta a las finanzas de su sector público.

CONCLUSIONES

Primera.- La cuestión objeto de este Informe es un tema controvertido, tanto desde el punto de vista doctrinal como de las diferentes posiciones institucionales que se han vertido recientemente. Sin embargo, la jurisprudencia contencioso-administrativa, básicamente dictada en relación a acuerdos o normas anteriores a la entrada en vigor del EBEP, ha venido considerando –en una línea jurisprudencial constante– que el artículo 94 LBRL era una norma básica aplicable a este supuesto.

Segunda.- Las dos preguntas clave que se pretenden resolver en este Informe son, en primer lugar, si la reordenación del tiempo de trabajo prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, es aplicable a las entidades locales (ya sea directamente, como norma básica o a través de la norma de reenvío del artículo 94 LBRL). Y, en segundo lugar, si la entrada en vigor del EBEP supuso un cambio de escenario normativo y, por tanto, la derogación implícita del artículo 94 LBRL, sin perjuicio de que continuara manteniendo su vigencia temporal condicionada hasta que se desarrollaran plenamente las previsiones recogidas en el artículo 47 EBEP por parte de cada Administración Pública.

Tercera.- El Informe concluye, por los motivos antes expuestos, que el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 no es aplicable directamente a las entidades locales, dado que limita su radio de acción al “sector público estatal”, como tampoco tiene la consideración de norma básica, ya que –a diferencia de los artículos 2 y 3 de la misma norma– nada dice al respecto.

Cuarta.- La pregunta gira, en consecuencia, hacia el plano de si es aplicable tal previsión recogida en el artículo 4 citado según lo dispuesto en el artículo 94 LBRL (esto es, por el reenvío que efectúa esta norma a la jornada de los funcionarios de la Administración General del Estado). La cuestión, así planteada, es superflua, pues si fuera aplicable el artículo 94 LBRL lo hubiese sido también con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley, y si no lo fuera no le afecta en absoluto.

Quinta.- El foco de atención debe situarse, por consiguiente, en si lo dispuesto en el artículo 47 EBEP conlleva una derogación implícita del artículo 94 LBRL. Una cuestión compleja de resolver por la alambicada estructura del propio EBEP en lo que afecta a vigencia, aplicabilidad y derogación de determinadas normas, lo que exige una interpretación tanto histórica como finalista o teleológica, así como sistemática, de las normas objeto de análisis.

Sexta.- El artículo 94 LBRL es una norma básica de claro contenido limitador o condicionante de las potestades de organización de las entidades locales, cuyo alcance se adecua mal con el principio de autonomía local garantizado en la Constitución y en la CEAL. Además –y no es un dato menor– esas restricciones proceden de la legislación preconstitucional, y se insertaron en la legislación postconstitucional sin que nadie planteara la pregunta sobre su correcto encaje en el principio de autonomía local.

Séptima.- Es cierto que el Tribunal Supremo, en una reiterada y constante jurisprudencia, ha considerado siempre que ese artículo 94 LBRL era directamente aplicable a los funcionarios de las Administraciones locales (no así a los laborales, como es obvio), a través de esa “norma de reenvío” a la jornada que, en cómputo anual, estableciera la Administración General del Estado para sus funcionarios (fijada normalmente en una Resolución). Pero esa jurisprudencia, en su inmensa mayoría, se ha producido en torno a acuerdos o normas reglamentarias anteriores a la entrada en vigor del EBEP. Y los escasos pronunciamientos judiciales posteriores sobre acuerdos posteriores a la entrada en vigor del EBEP, han continuado reproduciendo de forma mecánica un razonamiento que debe ser revisado en su integridad, ya que

ha habido un cambio normativo básico que modifica sustancialmente los términos del problema.

Octava.- Entender el exacto alcance del artículo 47 EBEP requiere enmarcarlo en los fines que pretendía el legislador básico con su aprobación, donde se incubaba un cambio de paradigma en el modo y manera de entender las relaciones de empleo en las Administraciones Públicas. Efectivamente, la nueva legislación básica pretende reforzar el principio de organización y de gestión de todas las Administraciones Públicas (locales, incluidas), así como eliminar las trabas que existían en la legislación básica anterior (también en la LBRL). Tal como ha reconocido el propio Tribunal Supremo en una abundante jurisprudencia, las leyes deben interpretarse de acuerdo con el principio de autonomía local garantizado constitucionalmente y reconocido en la CEAL.

Novena.- El artículo 47, por tanto, es una “norma habilitadora” que permite a las Administraciones Públicas –en lógica correspondencia con una materia estrictamente organizativa como es el establecimiento de la jornada de los funcionarios– establecer la “jornada general y las especiales”, obviamente previa negociación con las organizaciones sindicales [artículo 37.1.m) EBEP]. El establecimiento de la “jornada general” de los funcionarios públicos locales es, en suma, a partir del EBEP, competencia de cada Administración local, así como la determinación de la jornada “en cómputo anual”, debiéndose entender derogado implícitamente el artículo 94 LBRL porque ambas “normas básicas” (artículo 94 LBRL y 47 EBEP) no pueden ser “integradas” en una “norma común”, ya que la primera establece unos límites expresos que vulneran directamente el principio de autonomía local y las potestades de organización y gestión de los recursos humanos inherentes a aquel, más aún desde que el (nuevo) legislador básico estableciera una nueva arquitectura conceptual a la hora de desarrollar las políticas de personal en las Administraciones Públicas.

Décima.- Ello no supone, en ningún caso, que el artículo 94 LBRL no sea aplicable. Su derogación, por efecto de la Disposición Final Cuarta, 3, tiene un claro carácter de “condicionada”, dado que la jornada es una materia que se inserta fácilmente en las expresiones de “ordenación, planificación y gestión” del personal funcionario. Todo

ello implica que el artículo 94 LBRL seguirá manteniendo una “vigencia temporal condicionada” (o si se prefiere una “aplicabilidad condicionada”), dado que la derogación producida es, asimismo, una “derogación diferida” que se condiciona, a su vez, a que cada Administración Pública (en este caso, local) ejerza sus competencias atribuidas en el artículo 47 EBEP y apruebe un Acuerdo (o, en su caso, una disposición de naturaleza reglamentaria) en donde se recoja cuál es la jornada general y las especiales de sus funcionarios. Si las Administraciones locales no han fijado por tales procedimientos, y a partir de la fecha de entrada en vigor del EBEP, la jornada general y las especiales, seguirá siendo enteramente aplicable (en cuanto norma con vigencia temporal condicionada) el reenvío previsto en el artículo 94 LBRL. Ni que decir tiene que esta interpretación es la más coherente con la salvaguarda del principio de autonomía local y de las potestades de organización de cada entidad local.

Undécima.- A mayor abundamiento, no se puede prescindir de que el legislador básico de empleo público “llama” en innumerables ocasiones a que sean las Administraciones Públicas las que desarrollen aspectos concretos de las relaciones de empleo público, particularmente todos aquellos que tienen una dimensión organizativa. Ello implica que las Administraciones locales están perfectamente habilitadas para ese “desarrollo” (concretamente en este caso de jornada). Y esa atribución genérica casa perfectamente con la identidad de expresiones que utiliza el artículo 47 y la Disposición Final Cuarta, 3, del EBEP (“Administraciones Públicas” y “en cada Administración Pública”, respectivamente), por lo que el propio legislador básico ya preveía expresamente que ese desarrollo no solo se llevaría a cabo por Ley, sino que también podía ser ejercido por “normas reglamentarias” de cualquier Administración Pública.

Duodécima.- Y todo lo anterior tiene plena coherencia en un modelo que pretende la aproximación paulatina de los regímenes de personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas, como es la voluntad expresada por el propio EBEP en su Exposición de Motivos. No tiene ningún sentido, en un plano de gestión de recursos humanos, esa diferenciación de jornadas en-

tre personal funcionario y laboral. Por eso la determinación de la jornada se encuadra fácilmente en una de las “condiciones de trabajo comunes” que se deben negociar en las respectivas Mesas de tal carácter y reflejarse luego en un Acuerdo de condiciones comunes, sujeto en su fiscalización a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Decimotercera.- En cualquier caso, no cabe ocultar que las medidas establecidas en el Real Decreto-ley 20/2011, y más concretamente la “reordenación del tiempo de trabajo”, fueron aprobadas para hacer frente a la grave situación económica existente y con la finalidad de sanear las finanzas públicas. Por tanto, nada impide a los órganos de gobierno de las entidades locales hacer uso del artículo 38.10 EBEP y “descolgarse” (esto es, optar por la modificación o suspensión) de aquellos acuerdos o pactos de condiciones de trabajo (por ejemplo, que establezcan jornadas de trabajo sustancialmente menores), haciendo extensiva la jornada establecida en el citado Real Decreto-ley a sus funcionarios públicos o, simplemente, modificando sus condiciones anteriores. Se produce el presupuesto de hecho habilitante, así como también se justifica la medida por su finalidad y proporcionalidad. Pero, eso sí, debe ser acordada por cada entidad local en uso de sus competencias derivadas del principio de autonomía local y de las potestades de organización sobre sus recursos humanos.

Decimocuarta.- Esa aplicación del artículo 38.10 EBEP se limita exclusivamente a los funcionarios públicos, pudiendo hacerse extensiva esa modificación o suspensión también al personal laboral siempre y cuando se haya establecido un Acuerdo de condiciones comunes de trabajo para el personal funcionario y para el personal laboral (artículo 36.3 EBEP). En este caso también se podría hacer uso de esa cláusula excepcional y extender la jornada laboral a ese colectivo.

Decimoquinta.- Lo que no cabe es pretender aplicar el artículo 38.10 EBEP a los convenios colectivos, pues en este caso no hay posibilidad de extender esa solución excepcional, pudiéndose afirmar que, en este caso, los intereses públicos se diluyen y las Administraciones Públicas se asimilan (lo que no es cierto materialmente) a los empleadores de Derecho privado. No cabe duda de que, al igual que pasaba con la aplicación an-

terior del artículo 94 LBRL, todo el sistema diseñado carece de coherencia institucional, pues fragmenta una política instrumental vinculada con las potestades de organización (como es la de jornada) según cuál sea el colectivo de personal al cual se dirija (funcionarios o laborales).

Decimosexta.- En este marco normativo tan disfuncional es donde cabe entender la finalidad y razonabilidad de las innovaciones normativas que establece el EBEP. La primera, reforzar la autonomía organizativa y de gestión de personas en las Administraciones locales (artículo 47 EBEP), con el fin de salvaguardar de modo efectivo el principio constitucional de autonomía local y despojarlo de cualquier intervención o intromisión del legislador en el ejercicio de tal principio. La segunda, prever un sistema que tienda a la homogeneidad de las condiciones de trabajo de los empleados públicos (en este caso, locales), mediante una unificación de su régimen jurídico en algunos casos y, por lo que ahora interesa, a través del establecimiento de una negociación de las condiciones comunes de ambos colectivos, así como de una expresión formal única de tales acuerdos, que se fiscalizarán ante la jurisdicción contencioso-administrativa. ■

En Barcelona, a 30 de enero de 2012

Informe sobre procedimiento para la transferencia de competencias y servicios entre la Comunidad de Madrid y la Ciudad de Madrid

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. **Introducción**
2. **Inicio del procedimiento**
3. **Tramitación y contenido de la Ley de Transferencias**
4. **Aplicación de la Ley de Transferencias**
5. **Procedimiento para la transferencia de funciones o servicios de los municipios a la Comunidad de Madrid**
 - 5.1. Transferencia de todas las entidades locales (o las de un rango poblacional determinado) a la Comunidad de Madrid
 - 5.2. Transferencia de la Ciudad de Madrid a la Comunidad de Madrid
6. **Conclusiones**

1. Introducción

Desde hace varios meses, se viene produciendo un importante debate relativo a la necesaria clarificación de las competencias a desarrollar por cada Administración Pública, eliminando, en su caso, las duplicidades en la prestación de servicios. Este debate, en el caso de la Comunidad de Madrid, se ha formalizado mediante la constitución de una Comisión parlamentaria denominada "Comisión de Estudio sobre competencias duplicadas entre ayuntamientos y Comunidad de Madrid para mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos".

Esta Comisión, creada el pasado mes de julio, tiene por objeto analizar y estudiar las posibles duplicidades existentes en la prestación de servicios públicos por parte de la Comunidad de Madrid y los ayuntamientos, con el objetivo de conseguir una mayor eficacia y eficiencia que permita abaratar el coste de los servicios, simplificar la gestión de las Administraciones y facilitar el acceso a los servicios por parte de los ciudadanos.

Los trabajos desarrollados en dicha Comisión probablemente darán lugar al inicio de un proceso de reordenación de competencias entre la Comunidad de Madrid y los municipios. Por ello, resulta necesario reflexionar sobre el procedimiento a seguir para abordar el efectivo traspaso de funciones y servicios. En este sentido, podemos encontrarnos con distintos supuestos:

1. Servicios que la Comunidad de Madrid traspasa a los municipios, en general.
2. Servicios que la Comunidad de Madrid traspasa únicamente a la Ciudad de Madrid.
3. Servicios que los municipios traspasan a la Comunidad de Madrid.
4. Servicios que solo la Ciudad de Madrid traspasa a la Comunidad de Madrid.

La legislación autonómica ha previsto un procedimiento para ejecutar las transferencias de competencias de la Comunidad a las entidades locales. Dicho procedimiento se encuentra regulado en dos leyes autonómicas: la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid (en adelante, LAL), y la Ley 3/2003, de 11 de marzo, para el desarrollo del Pacto Local (en adelante, LPL).

Debe señalarse, no obstante, con carácter previo, que el proceso a iniciar en este momento implicará una transferencia de competencias justificada en mejorar la eficiencia en la prestación del servicio, ya que la misma función o el mismo servicio público está siendo prestado por distintas Administraciones Públicas y se pretende eliminar duplicidades atribuyendo su gestión a una sola de ellas; y no motivada directamente por un deseo de descentralizar la gestión haciendo efectivo con ello el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proximidad, que es el objetivo que persigue la LPL. Esta diferente finalidad implica que, en el marco de las de-

nominadas duplicidades, podemos también encontrarlos con la transferencia de servicios desde los ayuntamientos hacia la Comunidad de Madrid. Por ello, en los apartados siguientes de este informe se analiza el procedimiento a seguir en el supuesto de que la transferencia de competencias se realice de la Comunidad de Madrid a los municipios; mientras que el epígrafe 5 aborda el supuesto de que la transferencia tenga como destinataria a la Comunidad de Madrid.

2. Inicio del procedimiento

Tanto la Ley de Administración local como la Ley de desarrollo del Pacto Local exigen que la transferencia de competencias se efectúe mediante **Ley de la Asamblea de Madrid**, pero no precisan las posibles formas de inicio del procedimiento.

La única referencia es la de los artículos 144.2 LAL y 6 LPL, que señalan que las entidades locales interesadas, a través de la Comisión Mixta de Coordinación de Competencias, podrán solicitar de la Comunidad de Madrid que se haga efectiva la transferencia de las competencias que la Ley de Transferencias determina. Por tanto, esta iniciativa de las entidades locales se produce una vez que ya se ha aprobado la propia Ley de Transferencias, y se sustancia a través de la Comisión Mixta.

La Comisión Mixta de Coordinación de Competencias, se configura en la LPL como el órgano colegiado encargado de garantizar la participación de las entidades locales en el proceso de transferencia y delegación, y está integrada por 12 representantes autonómicos y 12 representantes locales (designados por la Asociación de entidades locales de mayor implantación en la Comunidad de Madrid).

A pesar de dicho carácter, no está previsto que la Comisión Mixta presente una iniciativa legislativa para poner en marcha el proceso de transferencia de competencias. Las únicas referencias efectuadas por la LPL a las posibles actuaciones previas a la aprobación de

la Ley son, por un lado, la del artículo 14.1 LPL, que atribuye a la Comisión Mixta el impulso del proceso, determinando las funciones o servicios susceptibles de transferencia, que pueden plasmarse en una propuesta que se elevará al Gobierno de la Comunidad de Madrid; y por otro, la del artículo 15.3, que señala que "Si la propuesta de la Comisión se refiriere a cuestiones necesitadas de regulación legal, el Gobierno aprobará el proyecto de ley correspondiente para su remisión a la Asamblea de Madrid".

En consecuencia, la iniciativa para la aprobación de la Ley de Transferencias coincidirá con la iniciativa legislativa general prevista en el Reglamento de la Asamblea de Madrid de 30 de enero de 1997, pudiendo partir:

- a) Del Gobierno de la Comunidad de Madrid, mediante la presentación del correspondiente proyecto de ley.
- b) De los diputados y grupos parlamentarios, en los términos previstos en el Reglamento de la Asamblea.
- c) De los ciudadanos, mediante el ejercicio de la iniciativa legislativa popular.
- d) De los ayuntamientos, en los términos previstos en la Ley 6/1986, de 25 de junio, de la iniciativa legislativa popular y de los ayuntamientos de Madrid.¹

Es decir, **la normativa vigente no exige que el ejercicio de la iniciativa legislativa para transferir competencias, funciones o servicios desde la Comunidad de Madrid a las entidades locales vaya precedido de ninguna actuación o solicitud por parte de estas**, sino que la Comunidad de Madrid puede decidirlo, en principio, unilateralmente. Debe tenerse presente que esta situación se produce con cierta frecuencia, aunque no vinculada a una Ley de Transferencias, sino con la modificación puntual de normas ya vigentes.²

Si bien para iniciar un proceso de transferencias no es imprescindible contar con las voluntades de las entidades locales receptoras, sí parece que el espíritu de las leyes citadas,³ y la propia mejora del servicio público que se pretende al abordar un proceso de elimina-

1. El artículo 14 de esta Ley exige que se trate de 3 o más ayuntamientos con una población superior a 50.000 habitantes, o bien que se trate de 10 o más ayuntamientos limítrofes entre sí.

2. Por ejemplo, la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de racionalización del sector público, modificó el artículo 61.2 b) de la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos, ampliando la potestad sancionadora de las entidades locales en materia de venta y consumo de bebidas alcohólicas.

3. El artículo 13 LPL señala que "Para el desarrollo y ejecución del proceso de transferencia y delegación de competencias a las entidades locales previsto en esta Ley y asegurar su plena participación en el mismo se crea la Comisión Mixta de Coordinación de Competencias."

ción de las duplicidades existentes, aconsejan alguna intervención previa de los ayuntamientos a los que se pretenden transferir las competencias. Dicha participación puede articularse a través de la Comisión Mixta de Coordinación de Competencias,⁴ ya que le corresponde proponer a los órganos competentes la adopción de las medidas tendentes al desarrollo del proceso de transferencias o delegaciones previsto en la Ley, especialmente las siguientes (artículo 14 LPL):

a) Determinación de las funciones o servicios susceptibles de delegación o transferencia en los distintos ámbitos materiales de acción pública.

b) Fijación de los tramos de población de los municipios destinatarios de la transferencia o delegación.

c) Valoración de los medios financieros, materiales y personales que se traspasen como consecuencia de la transferencia o delegación.

d) Informar en los supuestos en los que proceda la revocación de las transferencias.

e) Crear y coordinar el funcionamiento de las Comisiones sectoriales.

A pesar de lo anterior, como se ha apuntado arriba, la aprobación de una Ley de Transferencias que no tuviera su fundamento en una determinación previa de servicios o funciones susceptibles de traspaso efectuada por la Comisión Mixta, no resultaría por ello afectada por ningún vicio de validez.

En segundo lugar, hemos de plantearnos si es posible que la transferencia tenga como destinatario a un solo municipio, en concreto a la Ciudad de Madrid.

Si bien la LPL no prohíbe que la transferencia o delegación se efectúe a favor de una única entidad local, tampoco contempla expresamente esta posibilidad; de hecho, el artículo 3.2 prevé que las transferencias de competencias se realicen a favor de todos los municipios o mancomunidades de municipios, o diferenciar a estas entidades por tramos de población. Pero en este último supuesto la transferencia se realizaría a favor de un conjunto de municipios, y no de uno solo.

Sin embargo, cuando la entidad beneficiaria de la transferencia o delegación es la Ciudad de Madrid, sí se prevé expresamente la posibilidad de que se realice únicamente a la capital la transferencia de competencias:

– El artículo 139.3 LAL prevé que, en razón de su singularidad como capital del Estado, pueden realizarse transferencias o delegaciones de competencias a favor únicamente del Municipio de Madrid.

– Se contempla la existencia de una Comisión Sectorial específica para el Municipio de Madrid.

– Si bien no está previsto que la iniciativa para la aprobación de una Ley de Transferencias parta de una entidad local en concreto, sí se exige que los Acuerdos de la Comisión Mixta relativos a una concreta entidad local tengan la previa conformidad de dicha entidad (artículo 14.2 LPL).

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que es posible que las transferencias se realicen exclusivamente a favor de la Ciudad de Madrid, debiéndose adaptar el procedimiento general previsto en la LPL a esta situación particular.

En este sentido, son trasladables las conclusiones referidas a la no exigencia de ninguna solicitud o trámite previo por parte del Ayuntamiento para la tramitación de la Ley de Transferencias, pero sí su conveniencia. Si se deseara plasmar formalmente el acuerdo entre Comunidad y Ayuntamiento con carácter previo a la aprobación de la Ley, pueden plantearse las siguientes alternativas:

a) La alternativa prevista en la LPL consistiría en reunir a la Comisión Sectorial específica para Madrid⁵ prevista en el artículo 18 LPL, con objeto de que adopte un acuerdo en el que se propongan las funciones o servicios a transferir a Madrid en la Ley de Transferencias. Dicho acuerdo debería, no obstante, elevarse para su aprobación a la Comisión Mixta de Coordinación. Y debería plantearse, además, si en este supuesto es preciso el cumplimiento de la previsión del artículo 14.2 LPL, que exige que los Acuerdos de la Comisión Mixta relativos a una concreta entidad local tengan la conformidad previa de dicha entidad, o si se considera que al proceder la propuesta de la Comisión Sectorial se entiende cumplido ese trámite.

b) Una segunda opción consistiría en que la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento, a través de sus máximos representantes, suscriban un acuerdo,⁶ en el que conste el compromiso del Gobierno autonómico

4. Se constituyó en abril de 2005.

5. Se creó mediante Acuerdo de la Comisión Mixta de Coordinación de Competencias de 20 de junio de 2006.

6. El artículo 127 f) LAL establece que la cooperación entre la Comunidad de Madrid y las entidades locales podrá formalizarse a través de cualquier instrumento que se juzgue adecuado para tal fin.

de presentar un proyecto de ley de transferencia de competencias a la Ciudad de Madrid. Si bien en este supuesto estaríamos ante un acuerdo de carácter exclusivamente político.⁷

3. Tramitación y contenido de la Ley de Transferencias

Ni la LPL ni el Reglamento de la Asamblea de Madrid establecen especialidades procedimentales para este tipo de leyes. Por tanto, la tramitación de la iniciativa seguirá el procedimiento legislativo ordinario, tanto si se trata de una Ley aplicable a varias entidades locales, como si la transferencia se efectúa únicamente a favor de la Ciudad de Madrid.

Por lo que se refiere al contenido de la Ley de Transferencias, el artículo 5 LPL señala que la misma determinará:

- Las facultades concretas que se transfieren en cada materia y los términos en que se transfieren.
- Los criterios para proceder a la evaluación de los medios financieros, reales y, en su caso, personales, que se traspasan.

No está previsto de manera expresa que la Ley de Transferencias regule aspectos procedimentales para la efectiva ejecución de la transferencia, puesto que dicho procedimiento está regulado en la LPL (artículos 13 y siguientes). No obstante, en este supuesto también debemos plantearnos si el hecho de que la transferencia de competencias se realice exclusivamente a favor de la Ciudad de Madrid implica alguna especialidad en el contenido de la Ley.

La cuestión estriba en determinar si el esquema de cooperación previsto en la LPL para arbitrar el efectivo traspaso de las competencias resulta eficaz y suficiente para ordenar dicho proceso cuando la transferencia tiene como única destinataria a la Ciudad de Madrid, ya que si se considera necesaria la inclusión de alguna especialidad, razones de economía legislativa aconsejan que la misma se incorpore a través del mismo texto legal.

En este sentido, debe recordarse que la LPL prevé la existencia de una Comisión Sectorial para la Ciudad de Madrid, que fue constituida en el año 2006.

Una primera opción sería, por tanto, otorgar a la Comisión Sectorial para Madrid un papel central en el proceso de ejecución de las transferencias establecidas en la Ley. Esta posibilidad se enfrenta, no obstante, a algunas limitaciones:

i. En primer lugar, las Comisiones Sectoriales –incluida la de Madrid– son creadas por la Comisión Mixta, y sus miembros locales son designados por la Federación de Municipios de Madrid.

ii. Su relación con la Comisión Mixta es de dependencia absoluta, ya que sus estudios y propuestas deben elevarse a aquella para su adopción.

iii. En consecuencia, cada vez que se deseara avanzar en el proceso de transferencias, sería necesario reunir a la Comisión Sectorial para Madrid, convocar a continuación a la Comisión Mixta, solicitar, en su caso, la conformidad del Ayuntamiento, y elevar su acuerdo a la Comunidad de Madrid.

El esquema anteriormente descrito resulta poco funcional y excesivamente complejo a la hora de efectuar transferencias exclusivamente a la Ciudad de Madrid. La Comisión Sectorial para Madrid no debería ostentar el carácter de Comisión Sectorial dependiente de la Comisión Mixta, sino que sería aconsejable que su naturaleza fuera la de Comisión independiente, para garantizar la agilidad y la eficacia en el desarrollo del proceso de transferencias.

Por ello, **se propone que la Ley de Transferencias que se tramite incorpore como contenido adicional la creación de un órgano paritario específico para ordenar el desarrollo y ejecución del proceso de traspaso efectivo de los servicios**, bien estableciendo una regulación independiente, bien modificando la LPL.

Concretando las opciones legislativas para la regulación de este proceso, podemos barajar las siguientes posibilidades:

1. Añadir una disposición adicional tercera o un artículo 19 a la LPL, titulado “Procedimiento para la

7. En el caso de que se optara por formalizar el acuerdo en algún instrumento de cooperación, parece que sería lógico que en el mismo constara también el compromiso adoptado por el Gobierno municipal de presentar al Pleno el correspondiente acuerdo de transferencia de funciones o servicios municipales a la Comunidad de Madrid, ya que el artículo 11.1 k) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y de régimen especial de Madrid, atribuye al Pleno “La transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones Públicas, así como la aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras Administraciones, salvo que por ley se impongan obligatoriamente”.

transferencia y delegación de competencias a la Ciudad de Madrid”, en el que se establecería que, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.3 LAL,⁸ se regula un procedimiento (en caso necesario) y una Comisión Mixta de composición paritaria (no dependiente de la Comisión Mixta de Coordinación de Competencias) Comunidad de Madrid-Ayuntamiento de Madrid, destinada a desarrollar y ejecutar el proceso de transferencia y delegación de competencias a este municipio. Sus miembros serán designados por la Comunidad de Madrid y por el Ayuntamiento de Madrid.

2. Añadir una disposición adicional tercera a la LPL en la que, bajo la misma justificación (artículo 139.3 LAL), se señale que las transferencias efectuadas exclusivamente a la Ciudad de Madrid se realizarán en los términos que señale la propia Ley de Transferencias. E incluir en dicha Ley tanto las especialidades procedimentales que se consideren oportunas como la regulación de la Comisión que va a ordenar el proceso efectivo de transferencia de competencias.

En ambos casos, parece que debería derogarse el apartado 7 del artículo 18 LPL.

Por lo que se refiere a las ventajas de una y otra alternativa, debe señalarse que si bien en el primer supuesto la modificación se incardinaría en la Ley general que regula el desarrollo del Pacto Local que, por tanto, tiene vocación de permanencia, y sería aplicable a ulteriores transferencias de competencias, en el segundo caso dicha Comisión estaría anudada a la concreta transferencia de competencias realizada en un preciso momento, por lo que resultaría más disfuncional mantener su funcionamiento y operatividad en el tiempo.

La regulación concreta a incluir parece que no debería diferir demasiado de la contenida en el Capítulo IV de la LPL, salvo por lo que se refiere a la representación local en la misma, que, lógicamente, procedería exclusivamente del Ayuntamiento de Madrid.

4. Aplicación de la Ley de Transferencias

Una vez aprobada la Ley de Transferencias, la LPL ordena la aprobación por parte del Ejecutivo autonómico

de los correspondientes **Decretos de traspasos**. El artículo 7 LPL parece que apunta a que se aprueba un decreto por cada entidad local.

Dichos Decretos de traspasos deben concretar:

a) La legislación aplicable a las competencias transferidas.

b) Los medios financieros, y, en su caso, reales y personales que se traspasan.

c) La fecha de entrada en vigor de la transferencia realizada y del traspaso de los medios necesarios para su gestión.

d) La relación de los documentos que se traspasan relativos al servicio traspasado.

Para la adopción de estos decretos parece necesaria la intervención de la Comisión Mixta, ya que el artículo 15 de la LPL señala que los Acuerdos de la Comisión Mixta de Coordinación de Competencias adoptarán la forma de propuestas al Gobierno autonómico, que, en su caso, los aprobará mediante Decreto.

Respecto a la eventual aplicación de una Ley de Transferencias que se refiera exclusivamente a la Ciudad de Madrid, deben valorarse las siguientes especialidades:

➤ Por un lado, que cada Decreto de traspasos pudiera referirse a un ámbito material determinado, en función de la complejidad de los servicios traspasados.

➤ Por otro, que dichos Decretos de traspasos sean propuestos por un órgano paritario específico con participación exclusiva de la Comunidad de Madrid y del Ayuntamiento de Madrid, y no por la Comisión Mixta de Coordinación de Competencias.

5. Procedimiento para la transferencia de funciones o servicios de los municipios a la Comunidad de Madrid

Tal y como apuntábamos al inicio, las transferencias derivadas de la eliminación de duplicidades no tienen por qué ser exclusivamente de la Comunidad Autónoma a las entidades locales, sino que también es posible que, como consecuencia del análisis efectuado, se dé la situación inversa, esto es, que sean los municipios los que trasladen servicios a la Comunidad de Madrid,

8. Artículo 139.3 LAL: “No obstante, en razón de su singularidad como capital del Estado, se podrán prever transferencias o delegaciones de competencias a favor únicamente del Municipio de Madrid”.

bien porque el servicio tenga un impacto supramunicipal, bien porque existan razones de eficacia, eficiencia o economía de escala que así lo aconsejen.⁹

Esta posibilidad no está contemplada ni en la LAL ni en la LPL, ya que estas leyes vienen referidas al proceso denominado Pacto Local que persigue una mayor descentralización en las entidades locales.

La ausencia de regulación se produce tanto en el supuesto de que la transferencia de competencias se realice por todas las entidades locales madrileñas (o por las de un determinado rango poblacional), como si dicha transferencia solo afecta a una de ellas. Analizaremos en primer lugar el supuesto de que se pretenda la transferencia de competencias de varias entidades locales a la Comunidad de Madrid, resaltando posteriormente únicamente aquellas especialidades que se producirían en el supuesto de que fuera únicamente la Ciudad de Madrid la que transfiriera competencias a la Comunidad Autónoma.

5.1. Transferencia de todas las entidades locales (o las de un rango poblacional determinado) a la Comunidad de Madrid

A diferencia del supuesto de transferencia de la Comunidad a las entidades locales, en el caso de que sean las entidades locales las que transfieran servicios a la Comunidad de Madrid **no será necesaria una norma con rango de ley que modifique la distribución competencial** en la materia, porque todos los servicios que se transfieran, en su caso, de los municipios a la Comunidad, o bien serán “servicios impropios” (en la mayoría de los casos) o bien serán servicios no obligatorios, respecto de los cuales la Comunidad de Madrid tiene títulos competenciales suficientes de acuerdo con el Estatuto de Autonomía.

En efecto, en el origen de muchas de estas duplicidades se encuentra el fenómeno de las competencias impropias: aquellas que la entidad local ejercita sin que una norma con rango de ley haya atribuido la citada competencia con el suficiente grado de especificidad. Es decir, al no ser obligatorio el ejercicio de la com-

petencia, el resultado es que se desarrolla simultáneamente por varias Administraciones.

La no exigencia de ley, si bien simplifica el procedimiento desde un punto de vista jurídico, lo dificulta desde la perspectiva política, pues resulta imprescindible para efectuar la transferencia el acuerdo entre las Administraciones afectadas, y no existe en la legislación vigente un foro específico para sustanciar este acuerdo.

No obstante, la Comisión Mixta de Coordinación de Competencias podría resultar un foro adecuado para esta finalidad, pero dada su configuración en la LPL como órgano encargado de garantizar la descentralización de competencias en las entidades locales, podría resultar necesaria una previsión legal expresa de que también desarrollará las funciones previstas cuando la transferencia de competencias o servicios se efectúe de las entidades locales a la Comunidad de Madrid.

También debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 123.1 j) LBRL, corresponde al Pleno “La transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones Públicas”, cuando se trata de municipios que aplican el régimen previsto en el Título X de la misma. No existe esta previsión, sin embargo, en el caso de los municipios de régimen común, ya que el artículo 22.2 g) solo se refiere a la aceptación de la delegación de competencias hecha por otras Administraciones Públicas.¹⁰

Por tanto, en el caso de que se deseara iniciar el proceso de transferencia de servicios de las entidades locales a la Comunidad de Madrid, parece que deberían seguirse los siguientes pasos:

- En primer lugar, **adopción de un acuerdo político** entre la Comunidad y los ayuntamientos en el que se precisen los servicios a transferir.
- En segundo lugar, adopción por los correspondientes plenos del **Acuerdo de Transferencia** donde, de manera similar a la Ley de Transferencia, se señalarían las facultades concretas que se transfieren y los criterios para proceder a la evaluación de los medios financieros, reales y personales que se traspasan.

9. Así, por ejemplo, podemos pensar en los servicios sanitarios y de atención a drogodependientes que vienen prestando los municipios cuando son competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma conforme al Estatuto de Autonomía.

10. En consecuencia, en los municipios con régimen de organización común, operaría la atribución residual del artículo 21.1 s) LBRL, que señala que al alcalde corresponden las demás atribuciones que la legislación asigne al Municipio sin atribuir las expresamente a otro órgano municipal. No obstante, esta interpretación no parece muy lógica.

– En tercer término, ordenación y desarrollo del proceso a través de la Comisión Mixta de Coordinación de Competencias o el foro que en los Acuerdos anteriores se establezca para tal fin.

5.2. Transferencia de la Ciudad de Madrid a la Comunidad de Madrid

Si la transferencia se efectúa únicamente de la Ciudad de Madrid a la Comunidad Autónoma, deberán tenerse en cuenta los siguientes factores:

1. Iniciativa para efectuar la transferencia: en este supuesto **el acuerdo entre ambas Administraciones no es solo aconsejable, sino imprescindible**, ya que ninguna de las dos puede unilateralmente iniciar el proceso. Por tanto, el acuerdo político en el que se concretaran los servicios a transferir iniciaría todo el proceso.

2. Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 11.1 k) LCREM atribuye al Pleno “La transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones Públicas”. En consecuencia, en segundo término habrá de elevarse al Pleno el correspondiente Acuerdo donde se señalen las facultades concretas que se transfieren y los criterios para proceder a la evaluación de los medios financieros, reales y personales que se traspasan.

3. Ejecución material de la transferencia. A pesar del vacío legal existente, es evidente que el traspaso de los servicios exige una serie de decisiones de carácter financiero, de personal, relativas a los edificios que albergan el servicio, de sucesión en los correspondientes contratos, etc., que habrán de ser adoptadas por el Ayuntamiento de Madrid en colaboración con la Comunidad de Madrid, para lo cual sería conveniente contar con un respaldo legal en la Ley de Transferencias.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la solución más adecuada sería que la Comisión paritaria que hemos propuesto en los apartados anteriores, no solo se ocupe de ordenar el proceso de transferencias de la Comunidad de Madrid a la Ciudad de Madrid, sino también a la inversa.

En el supuesto de que la transferencia sea del Ayuntamiento a la Comunidad, la Comisión deberá remitir sus propuestas al Pleno municipal, para que este adopte el correspondiente Acuerdo plenario en virtud del cual se realice la transferencia [artículo 11.1 k) LCREM].

Todas estas cuestiones deberían regularse en la Ley de Transferencias que se tramite, pues actualmente, como se ha dicho, no existe una concreta regulación al respecto.

6. Conclusiones

1. El proceso de transferencia de competencias entre la Comunidad de Madrid y la Ciudad de Madrid puede iniciarse mediante un acuerdo político entre ambas instituciones, que exprese o adelante el contenido concreto de las transferencias. Si bien este acuerdo no es obligatorio para iniciar el traspaso de competencias de la Comunidad a la Ciudad de Madrid, en el supuesto de las competencias que se trasladan del Ayuntamiento a la Comunidad resulta imprescindible, ya que ninguna de las dos Administraciones puede unilateralmente iniciar este proceso.

2. El inicio del proceso de transferencia de competencias de la Comunidad a la Ciudad de Madrid, queda formalizado con la aprobación de la Ley de Transferencias prevista en la LPL.

3. Junto al contenido habitual de las leyes de transferencia, referido a la concreción de las facultades transferidas o los medios financieros, reales y personales que se traspasan, sería conveniente modificar la LPL creando un órgano paritario Comunidad-Ayuntamiento que será el encargado de ordenar el proceso y proponer los Decretos de traspaso al Ejecutivo autonómico y, en su caso, al Gobierno municipal.

4. Los servicios municipales que, en su caso, se traspasen a la Comunidad de Madrid, coincidirán en su mayor parte con competencias impropias, por lo que en este supuesto no será precisa una modificación legislativa que reasigne la competencia correspondiente. Ahora bien, el traspaso material de bienes, servicios y personal requiere que se regule esta posibilidad a través de una Ley autonómica. ■

Madrid, noviembre de 2011

Las actas previas a la ocupación

Francisco Castillo Martín

Secretario de Administración local, categoría superior.

Secretario de la Comisión Provincial de Valoraciones de Granada

1. **Antecedentes, centrando el tema**
2. **Concepto, objeto y finalidad del Acta previa de ocupación (APO)**
3. **Acto de trámite**
4. **Garantías del APO: publicidad y emplazamiento**
5. **Las partes intervinientes. Especial consideración del representante municipal**
6. **Lugar del desarrollo y levantamiento del APO**
7. **Contenido del APO**
8. **Efectos derivados del APO. Especial indicación de las superficies**
9. **Conclusiones prácticas**

1. Antecedentes, centrando el tema

Los expedientes de expropiación forzosa por vía de urgencia del artículo 52 de la Ley de expropiación forzosa (LEF) se caracterizan, ante la existencia de razones de eficacia, porque se altera el normal desarrollo del procedimiento expropiatorio, de manera que primero se ocupan los terrenos objeto de expropiación, y después se inician las obras y simultáneamente se abre la pieza separada de valoración o justiprecio del bien afectado a tenor del artículo 52 regla 7.ª LEF. Se invierte, pues, el procedimiento normal de que mientras no esté debidamente valorado, pagado o consignado el bien objeto de expropiación, este no puede ser ocupado, y, por tanto, no pueden comenzar las obras de interés general o utilidad pública. Razones de interés general y eficacia de la Administración Pública, exigen que en casos "excepcionales" se arbitre la vía de la expropiación por urgencia. Pero una vez más lo excepcional se convierte en lo habitual, y lo que debe ser ordinario en lo excepcional. Es más, la exigencia de la auténtica excepcionalidad ha decaído en un mero trámite administrativo ausente de toda lógica y justificación, consecuencia de la nula planificación pública y la rutina administrativa, y desgraciadamente después se constata que, efectivamente, ni el expediente de expropiación por urgencia se lleva a cabo con la rapidez que a priori se reclamó (dura este varios años en su tramitación, con excesivos tiempos muertos), ni las obras se ejecutan con la celeridad que se demandaba.

Pero además, en la mayoría de los casos, la Administración Pública expropiante y/o Beneficiaria, una vez ocupadas las propiedades de los particulares, ejecuta las obras, y, una vez concluidas estas (a veces pasan varios años), es cuando inicia los trámites de valoración del justiprecio, consignación o pago de las propiedades, incumpliendo de forma flagrante la regla 7.ª del artículo 52 LEF.

Ante este panorama se encuentra el artículo 33 de la Constitución española (CE), que configura el derecho a la propiedad como un derecho fundamental, en el que toda actuación pública debe velar por la garantía de los derechos de los ciudadanos, y compatibilizarlo adecuadamente con las exigencias de eficacia y de interés público de la Administración Pública (artículo 103.1 CE).

Si razones de urgencia demandan reducir el derecho a la propiedad con más premura de tiempo, es decir, si existen razones de función social para delimitar más intensamente el contenido de dicho derecho, por contra se debe ser más exigente en las garantías patrimoniales de los afectados, en su aplicación y concreción.

Una de las consecuencias del principio de que a más intensa limitación del derecho dominical, más garantías de protección en el derecho de los afectados, estriba en que la configuración de la tramitación formal del procedimiento expropiatorio de urgencia requiere mayor nivel de exigencia en el respeto a las debidas formalidades procedimentales, que se configuran en

garantía y defensa del derecho a la propiedad, que se ve seriamente afectado. Así, la pieza esencial en la expropiación por vía de urgencia del artículo 52 LEF es el Acta previa de ocupación (APO), eje de todo el sistema, y al que con mucha frecuencia no se presta la debida atención.

La jurisprudencia viene a decir, desde hace muchos años [STS de 15 de febrero de 1985 (1985/747)], que:

“En materia restrictiva de los derechos individuales como es la expropiación, el cumplimiento de las formalidades legales es ineludible para garantizar que la actuación administrativa no vulnera el derecho de los expropiados.”

Otras sentencias exponen que es necesario motivar las resoluciones, notificar los actos a los interesados, preservar la presencia de los afectados a lo largo del procedimiento, velar por la ausencia de defectos formales que originen indefensión a los particulares expropiados, etc. (STS de 22 de diciembre de 1997, 1997/8790). No puede perderse de vista que el Acta de ocupación es título suficiente para inscribir o inmatricular la finca en el Registro de la Propiedad y demás registros públicos, y tomar razón de la transmisión de dominio a nombre de la Administración que expropia, y esto antes incluso de que se haya valorado y pagado el justiprecio a los expropiados. Por todo ello, el Acta previa de ocupación y posterior Acta de ocupación se erigen en pieza esencial del sistema.¹

2. Concepto, objeto y finalidad del Acta previa de ocupación (APO)

El Acta previa de ocupación es un documento administrativo oficial que, de forma concreta, por una parte, describe y delimita el bien que es objeto de expropiación, y de otro lado, describe las afecciones concretas que comporta la expropiación, y que encabeza la pieza separada del justiprecio. En la misma se hacen cons-

tar todas las manifestaciones y datos que las partes aporten y que sean útiles, entre otros extremos, para determinar el valor de lo que se expropia y los posibles perjuicios ocasionados por la rápida ocupación.²

La sentencia de 8 de febrero de 2005 (RJ 2005/1888) y que recoge la STS de 6 de abril de 2011 (RJ 2011/2965), define el APO de forma descriptiva afirmando:

“Cumple con un fin esencial, como es el de constatar el estado físico y jurídico de los bienes y derechos afectados por la decisión administrativa de expropiar que se plasma en el expediente expropiatorio, para tomando en consideración los datos que configuran la realidad del bien que se expropia, extraer de ahí las oportunas consecuencias en orden a que como expone la regla 3.^a del artículo 52 de la Ley, se describa el bien o derecho expropiable y se hagan constar todas las manifestaciones y datos que aporten quienes intervienen en el expediente y que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquellos y los perjuicios determinantes de la rápida ocupación.”

Por tanto, el APO no cumple con la función de fijar cuál haya de ser la valoración de los bienes y derechos expropiados, sino aquella que recoge las circunstancias a tener en cuenta para proceder a la valoración de los mismos.

Una de las características principales del APO es la participación contradictoria de todos los interesados, mediante la cual, y con las manifestaciones de todos ellos, se describe el bien que es objeto de expropiación, sea total o parcial. Esta descripción debe ser detallada, concreta y precisa. Al mismo tiempo, se describen las concretas limitaciones que la expropiación comporta para el derecho dominical (expropiación de dominio, ocupación temporal, daños por la rápida ocupación, indemnizaciones derivadas de la expropiación, superficies afectadas, etc.); cuantos más datos se reflejen, mejor. Todos estos datos son, en principio, determi-

1. Así lo pone de manifiesto la unanimidad de la doctrina, por ejemplo LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel, en *Expropiación Forzosa. El Justiprecio*, Editorial Colex, 2.^a edición, Madrid, p. 88. La jurisprudencia también se hace eco de la importancia del APO. Así, la STS de 6 de noviembre de 1984 (1984/5383) expresa “documento de indudable trascendencia en el expediente expropiatorio”; o “cumple con un fin esencial”, como dicen las SSTs de 8 de febrero de 2005 (RJ 2005/1888) y 6 de abril de 2011 (2011/2965).

2. SSTs de 22 de junio de 1994 (1994/4887); 29 de noviembre de 1994 (1994/8958); 8 de febrero de 2005 (RJ 2005/1888); 24 de mayo de 1996 (1996/4516); 17 de octubre de 1992 (1992/7974). Desde hace mucho tiempo es pacífica la consideración y objeto de las actas previas a la ocupación de las expropiaciones por vía de urgencia. Así, la STS de 23 de enero de 1980 (1980/57) expresaba: “La extensión del documento denominado ‘Acta previa a la ocupación’, en el procedimiento expropiatorio de urgencia, va dirigida a la finalidad de constatar el estado físico y jurídico de los bienes o derechos afectados por la medida expropiatoria, para de tales datos configuradores de la realidad extraer las oportunas consecuencias valorativas, en orden a la formulación de las hojas de depósito previo, determinación de los perjuicios por rápida ocupación y ulterior fijación del definitivo justiprecio, una vez ocupada y quizá alterada la finca en su destino y características.”

nantes para los trámites posteriores: consignación de depósito previo, indemnización por rápida ocupación, Acta de ocupación y valoración del justiprecio por las partes implicadas a través de sus respectivas hojas de aprecio, y, en su caso, la valoración definitiva del justiprecio por parte de los Jurados Provinciales de Expropiación o Jurados Territoriales Autonómicos. Solo en determinadas circunstancias, que ahora veremos, puede modificarse el contenido del APO.

3. Acto de trámite

Resulta chocante que a pesar de la importancia que tiene el APO, sin embargo, tiene la consideración de "acto trámite", aunque, obviamente, no de "mero trámite", pues su ausencia comporta la nulidad del procedimiento de expropiación. Pero la jurisprudencia habla de que se trata de un acto trámite no susceptible de impugnación autónoma, salvo que se justifique, en el caso concreto, que dicho acto decide directa o indirectamente el fondo del asunto, que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, que produce indefensión, o que causa un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, todo ello como exigen el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y el artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 8 de febrero de 2005, FJ 4, RJ 2005/1888).

La STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2003, FJ 4, JUR 2004/45921, citando la STS de 11 de marzo de 1997, JUR 1997/1897, expone que es lógico que la interposición de un recurso de reposición no pueda suspender un acto administrativo debidamente convocado y citado, y reafirma que las APO constituyen actos de mero trámite no impugnables directamente en la vía contencioso-administrativa, en cuanto no

pueden considerarse resoluciones administrativas con propios efectos jurídicos, constituyendo un "acto de constancia", y por tanto no un acto resolutorio que, como norma general, puede ser impugnado independientemente.

4. Garantías del APO: publicidad y emplazamiento

Una de las garantías clave del APO es la publicidad y emplazamiento individual de los interesados para el levantamiento del Acta.

Primero, la publicidad en diferentes medios: 1. Tablones de anuncios de los ayuntamientos de los términos donde radiquen los bienes. 2. BOE. 3. BOP. 4. En un periódico de la localidad de ubicación de los bienes, si lo hubiere, lógicamente. 5. Y en dos diarios de la capital de la provincia, si los hubiere (artículo 52.2.ª LEF).

En segundo lugar, la notificación personal a los interesados, que debe realizarse con una antelación mínima de ocho días. Entiendo que el cómputo es de días hábiles, puesto que no se dice el sentido del plazo en el precepto de la LEF, y en aplicación del artículo 48.1 LRJPAC y del artículo 24.1 del Reglamento de la Ley de expropiación forzosa (REF) debe interpretarse en el sentido de días hábiles, máxime teniendo en cuenta la finalidad de dicho acto, y la necesidad de que las partes se preparen adecuadamente y con el tiempo suficiente³ no solo la documentación que necesitan aportar, sino también sus alegaciones y manifestaciones, y se hagan acompañar, en su caso, por perito y notario.

Dicha notificación tiene carácter administrativo, y deberá regirse en su desarrollo por lo previsto en la LRJPAC, artículo 58 y siguientes, y por tanto practicarse por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción. La falta de citación personal de los interesados constituye un defecto formal susceptible de generar indefensión.⁴

3. No obstante, algunos autores mantienen la postura de días naturales en aplicación del artículo 57.1 REF, que en relación con la citación del alcalde o su delegado, expresa que se hará "también con antelación a ocho días naturales...". Véase AA. VV., *Manual de Expropiación Forzosa*, Abogacía del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Edit. Thomson/Aranzadi, 1.ª edición, 2007, p. 437.

4. STS de 23 de septiembre de 1997, RJ 1997/6479. Y la STS de 19 de julio de 1997, RJ 1997/6732, expone que la consecuencia de la falta de notificación es la anulación de la expropiación, cuando los interesados son conocidos.

De otra parte, ante las notificaciones defectuosas, el interesado puede optar por la pura inactividad, y si la Administración intenta atribuir algún efecto al acto objeto de la notificación defectuosa, el interesado puede confrontar el carácter de notificación defectuosa privando de eficacia a la actuación administrativa, como expresa ESCUÍN PALOP, Vicente, en *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Editorial Thomson/Civitas, 2.ª edición, 2004, p. 595.

La exigencia de notificar a los interesados el lugar, día, hora en que se procederá al levantamiento del APO, no solo viene recogida en el artículo 52.2.ª LEF, sino que también deriva de lo previsto en el artículo 21.3 LEF, que exige notificar individualmente a cuantas personas aparezcan como interesadas en el procedimiento expropiatorio.⁵

5. Las partes intervinientes. Especial consideración del representante municipal

Las personas que deben ser citadas al acto de levantamiento de las APO, son las siguientes:

1. Un representante de la Administración que expropia, acompañado de un perito.

Si no asiste, no se puede celebrar el acto, puesto que es quien debe redactar y cumplimentar el Acta, al ser un expediente que se incoa de oficio. En este caso se extiende diligencia de suspensión [STS de 23 de enero de 1980 (1980/57)].

2. En su caso, un representante de la Beneficiaria de la expropiación.

3. Los afectados por la expropiación, que pueden asistir acompañados de perito/s y notario.

Necesaria su notificación reglamentaria pero no su asistencia. La trascendencia del acto determinó el interés de que el legislador de la LEF incluyera la posibilidad de que el expropiado se hiciera acompañar de peritos y un notario, por la razón de que es muy difícil posteriormente verificar las alegaciones y manifestaciones del interesado al producirse la transformación física del bien para cumplir con el fin de la expropiación. Ahora bien, el hecho de que el expropiado no comparezca al acto de levantamiento del APO, no supone para él la aceptación de su contenido (STS de 9 de marzo de 1995, RJ 1995/1935).

4. El alcalde del Ayuntamiento donde radican los bienes inmuebles, o concejal en que delegue.

En la redacción literal del precepto se concluye que es necesaria su presencia. Así se desprende de SSTs como las de 19 de diciembre de 1996, RJ 1996/9630, 17 de febrero de 1997, RJ 1997/984, y 23 de septiembre de 1997, RJ 1997/6479.

En relación con la asistencia del alcalde, el artículo 57.1 REF indica el alcalde o su "delegado", que es una

expresión más amplia que la de la LEF, pues ese delegado no tiene por qué ser necesariamente un concejal. No obstante, según la normativa de régimen local (artículo 23.4 LBRL), el alcalde puede delegar el ejercicio de sus atribuciones en miembros de la Junta de Gobierno Local, en tenientes de alcalde, y, para cometidos específicos, puede realizar una delegación especial en cualquier concejal del Ayuntamiento, que sería el caso.

Ahora bien, no se trata de delegar una atribución de competencia local, sino de designar un representante del alcalde en el ejercicio de una función atribuida legalmente, que es ajena al ámbito competencial local. Algo similar a lo que ocurre con lo previsto en el artículo 49 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de que los matrimonios civiles pueden contraerse ante el alcalde, y este delegar en los concejales.

En este sentido, la STS de 4 de noviembre de 2002, RJ 2002/2219, expresa que no nos encontramos ante un supuesto de delegación en sentido técnico del artículo 13 de la LRJPAC, sino "*ante lo que en la terminología al uso se llama comisión o representación en sentido impropio (representante es el significante que emplea ese artículo 52.3 [se refiere al 52.3 LEF] para referirse a quien actúa en nombre de la Administración, y su función es la misma que cumple el que lo hace en nombre del Ayuntamiento). No estamos –esto es innegable– ante una transferencia del ejercicio de una competencia del alcalde, sino de suplir a este (sustitución personal por tanto) en el desarrollo de unas actuaciones, ciertamente necesarias y, en su caso, trascendentes, pero que jurídicamente son meros actos trámite...*". Por ello, no se ve la objeción para que se nombre delegado de la Alcaldía a una autoridad administrativa o funcionario público.

De todos modos, dada la importancia que atribuye el REF a la asistencia del alcalde o delegado del mismo, expone el artículo 57.1 de dicho texto legal que, en caso de incomparecencia del mismo, se suspenderá el acto de levantamiento del APO, acordándose inmediatamente una nueva citación y dándose cuenta al gobernador civil de la provincia para que ordene a la autoridad municipal la asistencia al nuevo acto, con prevención de las responsabilidades en que, caso de desobediencia, pueda incurrir. Sobre esta redacción, que data del año 1957, es claro que no puede

5. Así lo recoge expresamente la STS de 9 de marzo de 1993, RJ 1993/1672.

mantenerse la “orden” de asistir imperativamente a la primera autoridad municipal o su delegado o representante. Debe entenderse derogada, por resultar frontalmente contraria a la autonomía municipal (artículo 140 CE).⁶ En una hermenéutica correcta, es lógico que en tiempos de la redacción de la LEF y su Reglamento de desarrollo se diese importancia y solemnidad al acto del levantamiento del APO, que conllevaba el que estuviese presidido por la autoridad municipal y en clara dependencia del gobernador civil de la provincia. Pero actualmente, y en previsión de legislación futura de *lege ferenda*, bastará que se aclare que entre los participantes esté algún representante municipal en el acto, por razón de los datos y conocimientos que pueda tener de los terrenos objeto de expropiación (urbanísticos, fiscales, domicilios de interesados y notificaciones, afecciones públicas municipales, etc.).

6. Lugar del desarrollo y levantamiento del APO

Respecto al lugar del levantamiento del APO, en coherencia con la finalidad del Acta previa es lógico que la LEF determine que dicho acto se realice en la propia finca rústica o urbana afectada por la expropiación. Pero no deja de ser cierto que, por razones de comodidad, celeridad y costumbre, dicho acto se suele realizar en dependencias municipales cercanas o próximas a las fincas; piénsese por ejemplo en expropiaciones de grandes obras públicas donde los titulares son muy numerosos, o que razones de alteración del orden público aconsejan la celebración del acto en un local seguro. De todos modos, si alguno de los comparecientes solicita que el acto tenga lugar en la propia finca, resulta obligado acceder a su solicitud;⁷ en caso contrario, si por ello se causa indefensión, puede ser motivo de nulidad. Y también cabe que se personen primero en las fincas para inspección ocular y toma de fotografías, datos, etc., y posteriormente se desplacen a las dependencias municipales para redactar y levantar el APO.

7. Contenido del APO

Respecto del contenido del APO, dado que la finalidad que se persigue es la de servir de base para determinar el justiprecio, lo esencial es la correcta descripción del bien o derecho objeto de expropiación, recogiendo, por tanto, todas las manifestaciones, alegaciones y documentos que sirvan para ese objetivo, y que hoy día con los medios técnicos y tecnológicos son más fáciles de aportar. Deben aportarse también los elementos que sean relevantes para determinar los derechos afectados. Es decir, una vez descritas las características físicas y jurídicas del bien, deben especificarse las concretas afecciones que conlleva la expropiación en relación con el bien previamente descrito, pues representan la clave para inmediatamente determinar qué valor debe atribuírsele, así como los posibles perjuicios por la rápida ocupación que se va a hacer y otros perjuicios que deriven directamente de la expropiación. Por tanto, es fundamental que los interesados realicen cuantas manifestaciones tengan oportuno para facilitar la futura valoración de las limitaciones y afecciones que la expropiación pueda producir en el derecho a la propiedad. Y también que se pongan de manifiesto los defectos en que pueda incurrir la Administración o Beneficiaria a la hora de realizar la expropiación y la ejecución de las obras y que afecten a la valoración del bien.

En concreto, la regla 3.^a del artículo 52 LEF expone: “describirán el bien o derecho expropiable y se harán constar todas las manifestaciones y datos que aporten unos y otros que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquellos y los perjuicios determinantes de la rápida ocupación. Tratándose de terrenos cultivados, se hará constar el estado y extensión de las cosechas, los nombres de los cultivadores y el precio del arrendamiento o pactos de aparcería en su caso. Si son fincas urbanas se reseñará el nombre de los arrendatarios, el precio del alquiler y, en su caso, la industria que ejerzan”. Se trata, obviamente, de una relación abierta a otras muchas consideraciones.

Ahora bien, una vez redactada y firmada el APO, en principio, es inamovible, aunque se permite añadir

6. Véase AA. VV., *Manual de Expropiación Forzosa*, citado anteriormente, p. 440. Es más, consideran que, ateniéndose al sentido común, la reiterada incomparecencia del representante del Ayuntamiento en el levantamiento del APO no puede implicar la paralización de las actuaciones, debiendo entenderse cumplido el requisito mediante el segundo llamamiento, sin que sean necesarios terceros o posteriores llamamientos, salvo causa justificada.

7. STS de 4 de noviembre de 2002, RJ 2003/2219.

documentos anexos o complementarios posteriormente en determinadas circunstancias, pues así lo permite expresamente la regla 4.ª del artículo 52 LEF: “A la vista del Acta previa a la ocupación y de los documentos que obren o se aporten en el expediente, y dentro del plazo que se fije al afecto, la Administración formulará las hojas de depósito previo a la ocupación”. Esta posibilidad queda circunscrita a un momento procesal determinado, que va desde la confección del APO al levantamiento del Acta de ocupación. Espacio de tiempo breve considerando el carácter de expropiación urgente, pero flexible según los casos.⁸ La cuestión es si se permite posteriormente modificar los datos del APO, adjuntando documentos anexos o complementarios a la misma que completan o modifican los datos contenidos en la propia Acta previa y en el Acta de ocupación. La STS citada de 6 de abril de 2011 permite “manifestaciones anexas” al Acta previa. Es cierto que el artículo 15 LEF establece que la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir derechos debe ser solo de los que “sean estrictamente indispensables” para el fin de la expropiación, pero, acto seguido, el propio precepto abre la posibilidad de que en el correspondiente acuerdo se puedan incluir, entre los bienes de necesaria ocupación, los que “sean indispensables para previsibles ampliaciones de la obra o finalidad de que se trate”, y, por otra parte, el punto 3 de artículo 16 REF establece que: “Cuando la ejecución de la obra o servicio requiera la comprobación previa de los bienes que hayan de resultar afectados por la ocupación, la relación se formulará una vez realizadas las operaciones que permitan la individualización concreta de las cosas o derechos necesarios...”. Pero a pesar de ello, llegamos a la conclusión de que no siempre coinciden los datos superficiales y características de los bienes objeto de expropiación afectados por el proyecto expropiatorio en la relación concreta e individualizada (artículo 17 LEF y 16.1 REF) con los que finalmente resultan realmente afectados; y esto puede ocurrir por dos motivos: o bien como consecuencia de las previsi-

bles ampliaciones, o bien como consecuencia de que en la ejecución de las obras se ha ocupado una superficie de suelo diferente de la prevista inicialmente, en más o menos metros cuadrados, o se han afectado plantaciones, instalaciones, edificaciones, que inicialmente no estaba previsto afectar. Y no es usual, sino más bien habitual, que, incumpliendo lo previsto en el artículo 52, regla 7.ª, LEF, una vez ocupadas las fincas de los particulares, la Administración expropiante o Beneficiaria no abre inmediatamente la pieza separada del justiprecio, sino que espera a que estén concluidas las obras (a veces pasan 3 o 4 años) para realizar las hojas de aprecio, conociendo los datos definitivos de los elementos que se han afectado, tanto en la expropiación como en la ocupación temporal, y es muy frecuente que se tomen cifras y datos totalmente distintos de los que aparecen en el APO, porque las ejecuciones de las obras nunca coinciden con lo inicialmente previsto y proyectado.

Efectivamente, para el supuesto de previsibles ampliaciones que ya se constatan al inicio del proceso y así se prevé expresamente en los correspondientes proyectos o planes, existe una justificación legal para realizar unos documentos anexos o actas complementarias que avalen dichas ampliaciones, siempre que las mediciones o datos se tomen en documentos confeccionados reglamentariamente que sirvan como prueba en contrario de lo fijado en las APO, al tener carácter de certeza *iuris tantum*.

El problema surge cuando no se establecen previsibles ampliaciones, sino que el resultado final de las obras lleva a ocupaciones de bienes que en algunos casos son totalmente distintas de las que se recogen en la relación individualizada y concreta y en el APO; entonces aparecen unos documentos llamados “actas complementarias” o en las hojas de aprecio se valoran unos datos totalmente distintos a los que aparecen en las APO. En estos supuestos, dichos documentos complementarios deben confeccionarse siguiendo los mismos trámites que las APO para poder desplegar

8. En la STS de 24 de abril de 1997, RJ 1997/2758, se expone un caso en el que ante la manifestación de la propiedad acerca de la imposibilidad de reflejar de modo instantáneo y con exactitud el número de árboles existentes en la finca, la Administración le concedió el plazo de un mes con el fin de que pudiera documentalmente acreditar su existencia. Ante la aseveración de la parte apelante de que el Acta previa de ocupación no contenía los bienes y derechos afectados, como establece el artículo 52 LEF, lo que conlleva la nulidad, la Sala refleja que la pretensión de la apelante estaba apoyada en un exagerado e inadmisibles formalismo, pues existía constancia de que, “sin quebrantar la ley, se hizo lo necesario para que las circunstancias de los bienes expropiados quedaran reflejadas con la máxima fidelidad, incluso con la concesión de un plazo amplio a la expropiada para que tuviera oportunidad de aportar la constancia documental que nadie mejor que ella podía preparar velando por sus intereses y derecho”.

efectos jurídicos; de este modo, no pueden ser elaborados de forma unilateral por la Administración expropiante o Beneficiaria como si se tratase de rectificar meros errores materiales de hecho o aritméticos en base al artículo 111 LRJPAC, sino que debe convocarse a los particulares interesados para su comparecencia y precisión del contenido de forma contradictoria, o, al menos, posibilitar la intervención de estos, pues lo que no puede hacer la Administración es modificar unilateralmente el contenido del APO una vez que ha sido levantada, “la Administración no puede desde luego alterar ‘per se’ la calificación jurídica de los bienes afectados o su constatación en el terreno para, con base en ello, modificar el contenido de las actas extendidas”.⁹

También se puede fundamentar el proceder correcto de la Administración, considerando que se ha levantado una nueva APO que requiere anular la anterior si se ha modificado el trazado de las obras (STS de 15 de febrero de 1985, 1985/747).

8. Efectos derivados del APO. Especial indicación de las superficies

En cuanto a los efectos que se derivan del APO, podemos destacar los siguientes:

1.- Debe existir entre el APO y el Acta de ocupación absoluta identidad en la definición y concreción del bien expropiado objeto de ocupación, como se pone de relieve en la STS de 26 de septiembre de 1979 (1979/3122), y en tal sentido debe estar perfectamente concretado dicho bien, para no dar lugar a interpretaciones diversas, pues la debida claridad es esencial en garantía del expropiado. La inconcreción del objeto de expropiación choca con lo dispuesto en los artículos 15 y 17 LEF, lo que supondría una grave amenaza para los derechos de los expropiados.

2.- El contenido del APO da fe de certeza *iuris tantum*. La presumible certeza y exactitud de concretas

determinaciones sobre las cualidades físicas o jurídico-valorativas, puede ser destruida cuando se acredite fehacientemente la diferente realidad de alguna de sus determinaciones.¹⁰ Al estar presentes todas las partes, los datos que allí consten serán considerados como válidos si no se ha manifestado oposición alguna. Se basa en el principio de que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos cuando el Acta se ha extendido con todos los requisitos legales (*venire contra factum proprium non valet*). Pero el hecho de que el expropiado no haga constar en el Acta ninguna disconformidad no supone para él la incondicional aceptación del contenido de la misma.

En relación con la determinación de las superficies, que muchas veces se fijan de forma aproximada o estimativa en base a lo reflejado en los proyectos técnicos de las obras a realizar, y después, una vez ejecutadas las obras, se comprueba que las afecciones son diferentes, en especial cuando se han expropiado más metros cuadrados de superficie, la jurisprudencia sigue el criterio de acreditar y probar fehacientemente la superficie realmente ocupada. En muchos casos se exige una prueba completa y determinante que no siempre es posible aportar, como sería acompañar plano taquímetro levantado por técnico competente. Si no se aportan pruebas claras que contradigan lo reflejado en el APO, el justiprecio se realiza con la documentación que obra en el expediente, y los jurados de valoración tienen entre sus competencias la determinación de las superficies de las fincas expropiadas en base a los documentos que obran en el expediente de referencia: Acta previa de ocupación, Acta de ocupación y hojas de aprecio de las partes, e incluso, si persisten las dudas, el jurado puede realizar una inspección personal, puesto que tienen derechos de dietas y gastos de viaje en las comisiones que desempeñen en cumplimiento de los fines del jurado (artículo 38.1 REF), y se recoge expresamente esta posibilidad en algunas normativas de los jurados territoriales autonómicos.

9. Por ejemplo, en la STS de 4 de octubre de 1997, RJ 1997/7391, so pretexto de rectificar errores materiales o de hecho al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 LRJPAC, pues realmente no se trata de errores de tal naturaleza, sino de diferencias conceptuales de significado trascendente para los derechos de los afectados, sin intervención alguna de los mismos, que llevan a la alteración de la calificación jurídica de los bienes y su constatación en el terreno (bienes de dominio público). En igual sentido, STS de 11 de marzo de 1997, RJ 1997/1897.

10. Sobre esta cuestión existen multitud de sentencias que manifiestan el carácter de documento oficial con presunción de certeza *iuris tantum*: SSTS de 17 de marzo de 1980 (1980/976); 19 de febrero de 1982 (1982/475); 19 de octubre de 1983 (1983/4911); 3 de abril de 1990 (1990/2847); 27 de enero de 1992 (1992/494); 17 de octubre de 1992 (1992/7974); 17 de julio de 1993 (1993/5516); 22 de junio de 1994 (1994/4887), y 14 de noviembre de 1995 (1995/8189); STSJ Galicia de 31 de octubre de 1996 (RJCA 1996/2220) y de 11 de noviembre de 2003 (RJCA 2004/337).

Así, si la superficie objeto de expropiación es errónea, no puede prevalecer sobre la realmente afectada cuando tal disconformidad es fehacientemente acreditada por las partes, correspondiendo probar la mayor superficie afectada por la expropiación a la parte que favorece dicha aseveración. Prueba documental que debe ser realizada por técnico competente que pruebe de manera suficiente, apreciada según reglas de la sana crítica, esto es, los principios lógicos que permitan valorar la demostración de los hechos de la superficie ocupada y expropiada (STS de 22 de junio de 1994, 1994/4887).

En este sentido, es importante tener presente que la hoja de aprecio no es suficiente para acreditar la superficie, pues la STS de 12 de diciembre de 1984 (1984/6098) expresa que la hoja de aprecio solo resulta vinculante en cuanto a la determinación del precio, pero no a extremos de la extensión, si posteriormente se comprueba que sus datos básicos no eran correctos.

Tampoco es prueba suficiente lo manifestado en las escrituras públicas (STS de 8 de mayo de 1990, 1990/4717), pues los documentos públicos tan solo hacen prueba frente a terceros del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este, mas nunca de la veracidad de las declaraciones contenidas en ellos (artículo 1218 del Código Civil).

Tampoco es prueba suficiente la confección de un plano con mediciones facilitadas en conversaciones con técnicos de la ejecución de las obras, sin el adecuado contraste de levantamiento topográfico, pues se desconocen el alcance y los datos técnicos de la medición (STS de 22 de junio de 1994, 1994/4887).

También decae la superficie expresada en el Registro de la Propiedad frente a la determinada por mediciones realizadas fehacientemente (STS de 8 de julio de 1963; 27 de abril de 1966; 10 de noviembre de 1966; 17 de mayo de 1995, 1995/4016; 27 de junio de 1996, 1996/5033), la fe pública registral no ampara la superficie, ya que reposa sobre las simples declaraciones de los otorgantes y, así, cae fuera de la garantía que prestan cuantos datos registrales se correspondan con hechos materiales o físicos, tanto a los efectos de fe pública como de la legitimación registral, sin que, por tanto, la institución responda de los datos y circunstancias de puro hecho, ni, por consiguiente, de los datos descriptivos de las fincas, como son los referentes a su superficie.

3.- El hecho de que un particular interesado comparezca al levantamiento del APO y no haga alegaciones en relación con los extremos incluidos en el documen-

to, no puede suponer la nulidad del acto administrativo de trámite (STSJ Madrid de 21 de febrero de 2003, JUR 2003/45921, FJ 4 *in fine*).

4.- El hecho de que un particular interesado asista al acto de levantamiento del APO y manifieste que no firma el Acta por entender nula de pleno derecho la misma, en base a los argumentos jurídicos constituidos en un escrito que va a presentar inmediatamente, tampoco puede suspender o paralizar la tramitación legal del procedimiento de expropiación urgente, sin que sea posible proceder a los interdictos de retener o recobrar contra el Acta de ocupación (artículo 52. 6.ª LEF, en redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre). Se establece la restricción de la prohibición de recursos que podrían frustrar la finalidad propia de la urgente ocupación. Si las partes asisten al acto es obvio que no existe vía de hecho alguna, ya que esto puede ocurrir en los supuestos previstos en el artículo 125 LEF, sin que ello afecte al derecho de defensa, ni a la tutela judicial efectiva, ya que la LEF en sus diferentes trámites concede posibilidades variadas para que los particulares puedan defender sus derechos e intereses en la forma determinada en la Ley, resaltando la sentencia citada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de febrero de 2003: "Raya en el absurdo el mantener que porque a un particular le parezca poco el depósito previo a la ocupación y la indemnización por la rápida ocupación se pueda paralizar un proyecto como el de la M-50 madrileña cuya utilidad e interés social nadie puede dudar". Es más, la STS de 4 de noviembre de 2002, RJ 2003/2219, expone que es esencial constatar si se produce daño, perjuicio u otra consecuencia jurídica para los interesados o para los intereses generales derivado del levantamiento de las APO, pues es intrascendente para decretar la nulidad de las actuaciones cuando ni siquiera se justifica indefensión ni daño, perjuicio o consecuencia dañosa de ningún tipo.

5.- El hecho de que el expropiado no compareciese en el Acta previa de ocupación no supone para él la aceptación del contenido de la misma, pudiendo desvirtuar los datos consignados con el resultado de pruebas periciales emitidas con las formalidades legales (STS de 9 de marzo de 1995, RJ 1995/1935).

6.- El APO posee el carácter de límite extremo de reclamaciones relacionadas con los posibles errores padecidos al efectuar la referencia concreta de bienes a expropiar, debiendo el titular de los bienes o su representante legal en el momento de realizar la citada

Acta, hacer las manifestaciones y protestas oportunas para en su día impugnar la resolución administrativa, e interesar de los jurados de valoración que tengan en cuenta otros bienes que los que figuran en el APO (STS de 6 de noviembre de 1984, 1984/5383), pues el hecho de que en el Acta de ocupación no figuren, por error, todos los bienes que en definitiva han sido ocupados, no impide que el propietario pueda reclamarlos, si este realizó en el Acta la oportuna alegación (STS de 27 de enero de 1992, 1992/494).

7.- La claridad y precisión en la descripción del bien objeto de expropiación y de las limitaciones afectadas es un requisito esencial en garantía del expropiado (STS de 26 de septiembre de 1979, 1979/3122).

8.- El APO es un documento que configura objetivamente el procedimiento expropiatorio, convirtiéndose así en el límite a las facultades valorativas del jurado (SSTSJ Galicia de 31 de octubre de 1996, RJCA 1996/2220, y 11 de noviembre de 2003, RJCA 2004/337).

9. Conclusiones prácticas

Con miras a evitar conflictos en el desarrollo del expediente expropiatorio por vía de urgencia, es deseable que las diferentes partes realicen su adecuada aportación contradictoria para que el APO se levante correctamente y evite posteriormente alegaciones, reclamaciones y recursos.

1.- En primer lugar, el modelo de documento de Acta previa de ocupación debe confeccionarse con el contenido lo más completo y claro posible para dar cumplimiento a su finalidad. Se observa en la práctica forense de las Comisiones provinciales de valoración que los modelos son pobres y muchos de sus apartados no se rellenan, o se remiten a otros documentos que no son claros y definitorios del concepto que interesa recoger en el Acta, con lo que el APO no cumple con su función.

Sería acertado que los diferentes jurados elaborasen los modelos de APO para su utilización por las Administraciones expropiantes de su ámbito de aplicación. Unificando los modelos se facilita el trabajo de los órganos de valoración de justiprecios, y con la experiencia diaria podrían ser mejorados y aclarados los conceptos e interpretaciones de los mismos.

2.- En segundo lugar, los particulares expropiados deberían preparar con tiempo y celo el acto de levanta-

miento de las APO, para lo cual sería conveniente que comprobaran y prepararan los siguientes documentos y aspectos:

- Comprobar que su finca está inscrita en el catastro actualizada y que figura a nombre del verdadero propietario.
- Comprobar que la superficie real coincide con la recogida en la certificación catastral descriptiva y gráfica.
- Tener la escritura de propiedad de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad.
- Obtener certificación de cédula urbanística de la finca.
- Obtener reportaje fotográfico de la finca.
- Acudir al acto el día y hora señalados, asistidos de perito, y en su caso, notario, si las afecciones son muy importantes y el importe de la expropiación compensa su coste y repercusiones.
- Explicar en el acto el uso de los terrenos afectados y de las fincas circundantes.
- Exponer los elementos y conceptos afectados por la expropiación: muros, vallados, aparcamientos, edificaciones, riegos, pozos, elementos de jardinería, explotaciones, etc.
- Relacionar los árboles y plantas afectadas.
- Establecer los accesos y comunicaciones de la finca y la distancia a casco urbano.
- Pedir plano parcelario y de afecciones del proyecto de obra para analizar las afecciones en la propiedad que se expropia.
- Aclarar las afecciones de la "ocupación temporal" prevista en el artículo 111 LEF y, si es posible, sentar las bases del convenio indemnizatorio a que hace referencia el artículo 112 LEF. Hacerlo constar como documento anexo al APO.

3.- En tercer lugar, como las APO están consideradas como documentos administrativos que dan certeza de su contenido *iuris tantum*, exigen pruebas completas que desvirtúen los datos contenidos en las mismas, cuestión muy complicada normalmente, dado que una vez ejecutadas las obras es muy difícil probarlo, puesto que la finca se ha transformado como consecuencia de las obras que se han ejecutado. Así, a los propietarios afectados les resulta muy difícil probar la afección de plantaciones, cosechas, instalaciones e incluso mediciones reales de superficies realmente ocupadas en la ejecución de la obra proyectada. De ahí que se deba cuidar lo mejor posible el levantamiento del APO para dejar constancia de la situación física de la finca en el

momento de la ocupación. Además, sabedora la Administración expropiante y la Beneficiaria de que las actas de ocupación no coinciden en bastantes casos con la ocupación real que finalmente se produce, retrasan la apertura de la pieza separada de justiprecio, en contra de lo previsto en la regla 7.ª del artículo 52 LEF, que establece que una vez “efectuada la ocupación de las fincas se tramitará el expediente de expropiación en sus fases de justiprecio y pago según la regulación general establecida en los artículos anteriores, debiendo darse preferencia a estos expedientes para su rápida resolución”; y, sin embargo, abren dicha pieza separada una vez concluidas las obras o durante su ejecución con el objeto de, a través de las hojas de aprecio, fijar definitivamente las afecciones realmente producidas, y en algunos casos se confeccionan unas llamadas “actas complementarias”, alterando las APO, en base a unas certificaciones o informes de la dirección de las obras. Actas complementarias por supuesto que no siguen los mismos trámites y requisitos que aquellas. Además, debido al retraso en la valoración del justiprecio, y pago, se aumentan los intereses de demora que deberá abonar la Administración expropiante según la regla 8.ª del artículo 52 LEF. Y además, crece la desafección de los ciudadanos sobre el funcionamiento de la Administración, ya que en muchos casos, transcurridos años desde que se iniciaron los expedientes de expropiación y se ocuparon sus propiedades, las obras están concluidas, y en funcionamiento los servicios públicos que las soportan, pero ellos todavía no saben en cuánto valora la Administración sus bienes expropiados, y se les somete a un procedimiento que en muchas cuestiones es ilógico, y pesa sobre ellos la carga de la prueba, y para remate, en muchos casos, tardarán años en que realmente se les indemnice por la privación que han sufrido.

La solución definitiva debe venir de *lege ferenda*, modificando profundamente la llamada expropiación por vía de urgencia en muchos sentidos, y entre ellos, estableciendo que con el APO, que tendrá carácter provisional, deberá abonarse o consignarse la cantidad que proceda antes de la ocupación, y después, una vez terminadas las obras, se deberá realizar una liquidación definitiva a resulta del Acta complementaria que se levante con las garantías oportunas para los afectados. ■

En Granada, a 5 de febrero de 2012

28_{QDL}

Noticias bibliográficas



Noticias bibliográficas

Antonio Descalzo González
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Agua y agricultura

ANTONIO EMBID IRUJO (DIRECTOR)
Civitas, Cizur Menor, 2011

Este libro recoge las ponencias y comunicaciones presentadas a las XVI Jornadas de Derecho de Aguas, celebradas los días 24 y 25 de febrero de 2011 en la ciudad de Zaragoza.

Desde su creación en el año 1992, las Jornadas de Derecho de Aguas se han configurado como una referencia fundamental para todos los investigadores interesados en su rica problemática. En esta ocasión, los trabajos recogidos en la presente obra colectiva abordan temas fundamentales en la siempre estrecha relación entre agricultura y agua. Pues, en efecto, y sin perjuicio de la importancia que tiene todavía en algunos lugares de nuestro territorio la agricultura de secano, es lo cierto que la de regadío constituye, con carácter general, la de mayor repercusión económica y social.

De esta manera, las distintas ponencias y comunicaciones examinan de manera excelente temas como los relativos a la organización administrativa, la calidad del agua, la planificación hidrológica, el mercado de derechos de usos de agua, la agricultura de regadío dentro de la política agraria común, así como la situación de la agricultura y del agua en el actual contexto de crisis financiera.

Asimismo, y de gran utilidad para contrastar experiencias, junto a estudios concretos de Derecho autonómico español se analizan también en este libro el régimen del uso del agua en Argentina y la actividad de fomento de obras hidráulicas en Chile.

Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos

RAFAEL BARRANCO VELA (DIRECTOR), CARLOS BULLEJOS CALVO (COORDINADOR) Y MIGUEL ÁNGEL CAMPOS SÁNCHEZ

La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas, 2011

Desde antiguo, la organización y celebración de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas

y de ocio han concitado la atención de la policía administrativa, entendida como una función de intervención o limitación pública “cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas”, según establece el todavía vigente artículo 1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1955. Intervención tradicionalmente llamada policía de espectáculos que encuentra en la técnica de la autorización una de sus piezas maestras de manifestación, conforme bien testimonia la presente obra colectiva.

De esta manera, y aunque es cierto que la vertiente de protección de la moralidad ciudadana mantiene todavía alguna presencia en la presente materia desde la óptica principal de la protección de los menores, no cabe duda de que en la actualidad, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, el régimen de limitación de los espectáculos y actividades recreativas abiertas al público, conforme ordena el artículo 8.1 de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, atiende y se inscribe normalmente en el ámbito de la protección del orden público, y con ello, y al mismo tiempo, pasa por reconocer y respetar las competencias que, desde otros intereses públicos, pueden igualmente recaer bien sobre el evento o la actividad, bien sobre el lugar o establecimiento donde tiene lugar y que, en su caso, puede corresponder a otras Administraciones Públicas.

Pues bien, toda esta rica temática relacionada con las actividades de ocio aparece analizada con gran detalle y profundidad en este libro dirigido por el profesor Barranco Vela.

En efecto, desde el marco normativo competencial de las distintas Administraciones Públicas hasta el régimen sancionador y de responsabilidad patrimonial de pertinente aplicación, el lector encuentra en este libro un estudio cabal sobre la materia, que se completa luego, además, con una excelente selección de la

normativa de interés, así como con una bibliografía de referencia, un anexo de consultas de la redacción de El Consultor de los Ayuntamientos y, en fin, con índices analítico y sistemático que facilitan su consulta.

Análisis completo entonces del régimen jurídico de la intervención administrativa en las actividades de ocio, que se realiza, importa notarlo, teniendo en cuenta el impacto producido en nuestro ordenamiento por la conocida Directiva 2006/123/CE, de servicios en el mercado interior. ■



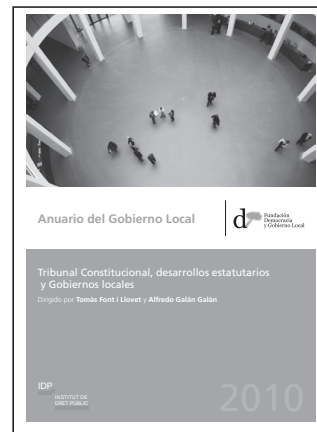
3 números al año

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.

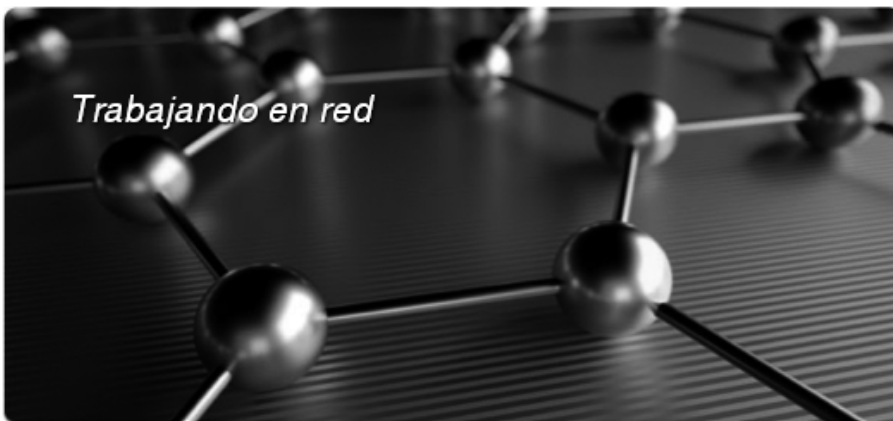
CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

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](#)

