

Febrero de 2013

31

# Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local



QDL

d Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local

# 31 Febrero de 2013 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, *Tribunal Supremo*  
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del 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, *expresidente del Consejo de Estado*  
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*  
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*  
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Supremo*

### Consejo de Redacción

Presidente: Rafael Jiménez Asensio, *U. Pompeu Fabra*  
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*  
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*  
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegui, *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

Dagaz Gráfica, s.l.u.

### Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

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

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en la Base de datos nacional ISOC, que cuenta con un sistema de selección de publicaciones basado en normas internacionalmente reconocidas.



### **Estudios**

- 7 Las diputaciones provinciales en la Comunidad Autónoma de Andalucía  
Eloísa Carbonell Porras
- 23 La administración electrónica en el contexto de la Unión Europea:  
programación, legislación y financiación  
David Ordóñez Solís
- 40 Posibilidades para el reajuste de efectivos en el ámbito público a la luz de  
la reforma laboral de 2012  
Susana Rodríguez Escanciano
- 70 La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un “retorno” a las  
gestiones públicas/municipales?  
Hellmut Wollmann

### **Ponencias, crónicas y notas**

- 83 Los entes locales ante el Tribunal Supremo (crónica de jurisprudencia 2012)  
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
- 112 Los códigos de ética y cumplimientos normativos en las empresas públicas  
locales (notas sobre su procedencia y exigibilidad)  
Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urrés

### **Jurisprudencia**

- 121 Crónica de jurisprudencia (de 1 de septiembre de 2012 a 31 de enero  
de 2013)  
Antonio Descalzo González

### **Documentos e informes jurídicos**

- 143 Informe sobre viabilidad jurídica de suscribir un convenio de colaboración  
en materia de recaudación entre el organismo provincial de recaudación  
(OPAEF) y una entidad local autónoma, distinto al que tiene suscrito con  
la entidad local matriz  
Fernando Fernández-Figueroa Guerrero
- 146 Informe sobre reclamación de pago de trienios  
Jorge Pueyo Moy

149 Informe sobre efectos económicos de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) en el Ayuntamiento de Badalona  
Juan Ignacio Soto Valle

**Noticias bibliográficas**

163 Noticias bibliográficas  
Antonio Descalzo González

31 QDL

**Estudios**





---

# Las diputaciones provinciales en la Comunidad Autónoma de Andalucía\*

Eloísa Carbonell Porras

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén

## 1. Introducción

### 2. La provincia en el Estatuto de Autonomía de 1981 y su legislación de desarrollo

2.1. La plena aceptación del Informe de la Comisión de Expertos en el texto estatutario

2.2. La inaplicación de los criterios estatutarios en la legislación de desarrollo: la reducción casi al mínimo posible de la posición institucional de las provincias

### 3. La provincia en el Estatuto de Autonomía de 2007

3.1. Una mayor atención a lo local en el nuevo Estatuto como planteamiento general

3.2. La adaptación del texto estatutario a la realidad de las diputaciones andaluzas

3.3. La remisión a una ley aprobada por mayoría absoluta

### 4. La regulación de la provincia en la Ley de autonomía local de Andalucía

4.1. La idea de la "comunidad política local". ¿El inicio de una nueva época para las diputaciones provinciales andaluzas?

4.2. Las competencias provinciales propias en la Ley

## 5. Reflexiones finales

## Resumen

El trabajo reflexiona acerca de la ausencia de criterios sobre el papel institucional que corresponde a las diputaciones provinciales en una comunidad autónoma pluriprovincial, como es Andalucía. Con este objetivo, se analiza el Estatuto de Autonomía de 1981, que incorpora fielmente los postulados defendidos en el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías, pero que serán ignorados por el legislador autonómico. Por eso, el Estatuto de Autonomía de 2007 no incorpora grandes novedades al respecto, pues se limita a adecuar el texto estatutario a la realidad normativa e institucional. Sin embargo, de la aprobación de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, se deduce un intento de revitalizarlas, y quizá se produzca un giro respecto de las anteriores tendencias.

Palabras clave: *régimen local; provincia; diputaciones provinciales; Andalucía.*

---

\* Proyecto I+D+i del Plan Nacional "Los intereses colectivos: representación y defensa ante la Administración y los Tribunales. Las otras legitimaciones" (DER2011-26080), del que soy investigadora principal, que se desarrolla en la Universidad de Jaén integrado en el Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI) SEJ-317: "Andalucía y la Unión Europea. La participación institucional".

## Provincial councils in the region of Andalusia

### Abstract

The study analyses the lack of criteria on the institutional role that corresponds to provincial councils in a multiple-province Local Government such as Andalusia. To this end, this article studies the Statute of Autonomy of 1981 that duly incorporated the principles defended in the report of the Committee of Experts on autonomy. However, these principles have been ignored by the regional legislature. Thus, the Statute of Autonomy of 2007 did not incorporate significant new features and only it was an attempt to adapt the statutory text to the present regulations and institutions. However, the passing of the Law 5/2010, of June 11th, of local autonomy of Andalusia, reveals an effort to revitalize provincial councils which could perhaps imply a change with regard to past trends.

Keywords: Local Government; province; provincial councils; Andalusia.

## 1. Introducción

En una situación de crisis económica como la que actualmente vivimos se cuestiona, desde diversos foros y con distintas perspectivas, la proliferación de organizaciones administrativas cuyas funciones no siempre están bien definidas o perfiladas, y, como siempre, lo más sencillo es criticar la posición institucional de la provincia.<sup>1</sup> En todo caso debe reseñarse que no es un debate nuevo, ni ocasionado por la configuración de la provincia en la Constitución española de 1978, o por las aspiraciones de algunos territorios de organizarse de otra forma.<sup>2</sup> Por el contrario, se trata de un debate tan antiguo como la propia institución provincial, que ha estado marcada por la polémica desde su nacimiento a partir de la Constitu-

ción de Cádiz, cuyo bicentenario celebramos ahora. Llevamos ya doscientos años discutiendo sobre la división del territorio nacional en provincias, y no parece que hayamos avanzado mucho. Al menos no en lo que al mapa provincial se refiere, que, a pesar de las diversas voces que han reclamado su revisión, permanece prácticamente inalterado desde el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, *mandando hacer la división territorial de provincias del modo que se contiene en seguida*. Tampoco hemos avanzado mucho en el debate sobre la naturaleza jurídica de la provincia. Aunque su configuración como entidad local sea posterior, ya en 1812 la provincia se concebía como ámbito territorial para la elección de los diputados a Cortes, y como división para un mejor ejercicio de las funciones estatales.<sup>3</sup>

1. En las últimas elecciones generales la posición institucional de la provincia fue cuestionada por algunos partidos políticos. Al respecto puede verse SÁNCHEZ NAVARRO, A., "Las propuestas de reforma del régimen local en los programas electorales de los partidos políticos", en COSCULLUELA MONTANER, L. y MEDINA ALCOZ, L. (dirs.) y HERNANDO RYDINGS, M. (coord.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 75 y ss., que analiza los diferentes programas, destacando, en lo que ahora nos interesa, el del Partido Socialista Obrero Español, pues, además de contemplar la transformación de las diputaciones provinciales en consejos de alcaldes, indica expresamente que "Andalucía, con sus leyes municipales, es una referencia para conseguir una Administración local más simplificada, eficiente y eficaz". También puede verse BERNADI I GIL, X. y GALÁN GALÁN, A., *El debate actual sobre las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales*, Colección Documentos e Informes, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012.

2. Ni siquiera es un debate propio de nuestro Estado, pues, como es sabido, en Italia la provincia también está profundamente cuestionada. Pueden verse: BORGONOVO RE, D., "Italia: la reforma del sistema provincial", en *Crisis Económica...*, cit., p. 393 y ss.; SALVADOR CRESPO, M. y RAGONE, S., "La supresión de la Provincia en Italia", y ZAFRA VÍCTOR, M., "El debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones provinciales en España", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 27, 2011; BORDINI, M., "El papel de la provincia en el sistema constitucional italiano", en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2010, p. 287-314; así como CARAVITA, B. y FABRIZI, F., "Riforma delle province. Spunti di proposte a breve e lungo termine", en *federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, núm 2/2012.

3. Precisamente con ocasión de los distintos actos celebrados para conmemorar el bicentenario de la Constitución de Cádiz, la doctrina ha vuelto a ocuparse de la institución provincial en el período constitucional. Con este alcance, y sin perjuicio de la numerosa bibliografía sobre el origen y la historia de la provincia y sus instituciones de gobierno, puede verse la obra *El bicentenario de las diputaciones provinciales (Cádiz 1812)*, Serie Claves del Gobierno Local, 14, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012, que incluye los trabajos de NIETO GARCÍA, A., "Las diputaciones provinciales en el último período doceañista", p. 11 y ss.; de ORDUÑA REBOLLO, E., "Orígenes de las diputaciones provinciales: territorio y Administración", p. 33

Un debate tan prolongado en el tiempo, que ni siquiera ha estado cerrado cuando eran inconcebibles las protestas de los ciudadanos o de unos inexistentes partidos políticos, quizá está mal planteado. Tal vez pueda convenirse que algo de bueno habrán aportado las provincias como divisiones del territorio nacional en general que, por lo menos, aconseja ser cautelosos frente a quienes abiertamente y sin profundizar en el tema abogan por su supresión, y este planteamiento de partida y de llegada no es incompatible con la conveniencia de mejorar los aspectos más controvertidos, o, incluso, de cuestionarnos si sería procedente eliminar su consideración como entes locales básicos, previa la preceptiva reforma constitucional. Hace ya tiempo, Posada Herrera formulaba, del siguiente modo, un punto de partida de cualquier reforma: “las diputaciones provinciales son objeto de censura para unos y motivos de elogio para otros. Unos las quisieran constituir en completa independencia del poder central y otros reducir tanto las atribuciones y facultades que las leyes las conceden que vinieran a ser, según sus principios, un consejo de los jefes políticos [...]. Las provincias tienen su base en la situación del territorio en que están colocadas; en las costumbres de sus habitantes, en las producciones de su suelo, en su historia, en sus hábitos, y, en fin, en aquellas circunstancias que caracterizan entre nosotros la diferencia que hay entre la provincia A, a la provincia B”.<sup>4</sup>

Parece que los intentos de sentar unos criterios generales y unívocos sobre la posición institucional de la provincia, difícilmente podrán prosperar hoy día sin tener presente la realidad organizativa del Estado español. Para demostrarlo basta con referirse a la provincia en las Islas Canarias o en las comunidades autónomas uniprovinciales; e incluso en las comunidades pluriprovinciales, pues poco tienen en común los territorios históricos vascos y las diputaciones catalanas. Sin embargo, en otras comunidades autónomas las diputaciones están, en mayor o menor medida, presentes en la sociedad, a veces a pesar de lo que proclama el derecho positivo o de lo que defienden los distintos partidos políticos. Así ha ocurrido en Andalucía, que cons-

tituye un buen ejemplo de la ausencia de un criterio más o menos estable sobre cuál debe ser la posición de las diputaciones provinciales, y justifica que le dediquemos este trabajo. En efecto, un breve y esquemático análisis de la provincia en la organización territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, desde el Estatuto de Autonomía de 1981 hasta la actualidad, pone de manifiesto la ausencia de un planteamiento político claro, que condiciona las respuestas que se ofrecen desde el derecho de la organización administrativa.

## 2. La provincia en el Estatuto de Autonomía de 1981 y su legislación de desarrollo

### 2.1. La plena aceptación del Informe de la Comisión de Expertos en el texto estatutario

El Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías de 1981 contemplaba, como es sabido, algunas soluciones a la proliferación de organizaciones administrativas que la construcción del Estado autonómico implicaba. Concretamente, en relación con las diputaciones provinciales en las comunidades autónomas pluriprovinciales, se abogaba por convertirlas en la Administración periférica autonómica, empleando para ello las diversas técnicas de traslación de competencias: transferencia, delegación, gestión ordinaria de servicios autonómicos... Este planteamiento se tendría en cuenta en el Proyecto de Ley de Armonización del Proceso Autonómico, que, después de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, será la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, y en los estatutos de autonomía, incluido el andaluz.

En efecto, la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981, recoge fielmente los postulados de la Comisión de Expertos. La provincia se concebía como una entidad local que “constituye, también, ámbito territorial para el desarrollo y gestión de las competencias y funciones de la Comunidad Autónoma”, de modo

y ss., y de SALVADOR CRESPO, M., “Españoles, ya tenéis patria...’ y Gobierno para las provincias y los pueblos: los ayuntamientos y las diputaciones en la Constitución de Cádiz”, p. 115 y ss. También, en CHAMOCHO CANTUDO, M. A. y LOZANO MIRALLES, J. (coords.), *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, Jaén, 2012, pueden verse los trabajos de CARBONELL PORRAS, E., “La división del territorio en provincias y su evolución”, p. 537 y ss., y de SALVADOR CRESPO, M., “Las diputaciones provinciales en la Constitución de Cádiz de 1812”, p. 555.

4. POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, texto incluido parcialmente en ORDUÑA REBOLLO, E. y COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la legislación de régimen local (Siglos XVIII a XX)*, lustel-Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2008.

que, sin perjuicio de las competencias propias de las diputaciones, la Comunidad Autónoma articularía “la gestión ordinaria de sus servicios periféricos propios a través de las diputaciones provinciales”, en los términos previstos por una ley autonómica que establecería los mecanismos de dirección y control por parte de la Comunidad. En general, la regulación estatutaria de la provincia, con similitudes a la de otros estatutos, expresaba con relativa precisión el papel relevante que se quería dar a las diputaciones. Esta idea era, sin duda, coherente con la extensión de Andalucía y con la consolidación que tienen en esta Comunidad, donde, por otra parte, podían constituir una fórmula adecuada para frenar la tentación centralista. Pero estas previsiones estatutarias se han desarrollado solo parcialmente. Se ha profundizado más bien, incluso excesivamente, en la coordinación, acaso llevándola más allá de lo que propiamente debe significar, para convertirse en el instrumento de centralización. Por el contrario, los aspectos que destacaban la autonomía provincial y que habrían orientado la organización andaluza en una dirección descentralizadora han quedado casi inéditos. Por lo pronto, así ha ocurrido palmariamente con la atribución a las diputaciones de la gestión ordinaria de los servicios autonómicos, aunque inicialmente parecía que se cumpliría la previsión estatutaria.

Como recientemente ha subrayado Cosculluela Montaner, el modelo que se defendió en la Comisión de Expertos “puede considerarse absolutamente fracasado, fundamentalmente porque las nuevas comunidades autónomas quisieron establecer su propia Administración al margen de las entidades locales, y también porque la política de transferencia de personal a las comunidades autónomas permitió que los antiguos funcionarios estatales manifestaran su rechazo a integrarse en las estructuras locales, que estaban históricamente fuertemente consolidadas, y se inclinaron totalmente por su integración en una Administración nueva que les ofrecía una trayectoria de futuro con mejores horizontes”.<sup>5</sup> Seguidamente podrá comprobarse esta conclusión, al menos por lo que a la Comunidad Autónoma de Andalucía se refiere.

## 2.2. La inaplicación de los criterios estatutarios en la legislación de desarrollo: la reducción casi al mínimo posible de la posición institucional de las provincias

La Ley 3/1983, de 1 de junio, de Organización Territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, incorporaba algunas previsiones de las que cabía deducir una posible descentralización, al menos tendencialmente. Para ello, regulaba las cuestiones generales de esa gestión ordinaria de los servicios periféricos autonómicos a través de las diputaciones provinciales, remitiendo a un acuerdo del Consejo de Gobierno la efectiva asignación y la concreción de las facultades de dirección y control que corresponderían en todo caso a la Comunidad. Sin embargo, cualquier intento de profundizar en esta dirección pronto quedó olvidado, pues no existió una voluntad política para desarrollar ese papel de las provincias en relación con la gestión ordinaria de la Administración periférica andaluza. No obstante, la Ley 3/1983 permanecería formalmente vigente hasta su expresa derogación por la Disposición derogatoria única de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía. De hecho, en la Ley 11/1987, de 26 de diciembre, Reguladora de las Relaciones entre la Comunidad Autónoma de Andalucía y las Diputaciones Provinciales de su Territorio, no se encuentra referencia alguna a esa gestión ordinaria de los servicios periféricos autonómicos por las diputaciones provinciales. Por el contrario, siguiendo la tendencia de otras comunidades autónomas, la Ley 11/1987 suponía la asunción por la Comunidad de competencias anteriormente provinciales, con una marcada tendencia centralizadora, como puso de manifiesto la doctrina. Así, Morillo-Velarde Pérez afirmaba que era una ley centralizadora frente a las diputaciones, cuyo único objetivo era neutralizarlas al máximo; una ley “resultado del afán de poder de unos y de los prejuicios y complejos reivindicativos de otros”, con “una filosofía que, sin exageración alguna, se centra en una afirmación total de la supremacía de la Administración autonómica”.<sup>6</sup> Por su parte, Tornos Mas destacaba que “la Ley 11/1987 impone ya un modelo de organización territorial que, puede afirmarse, comporta, al menos tran-

5. COSCULLUELA MONTANER, L., “La problemática de la provincia como entidad local”, en *Crisis económica...*, cit., p. 109.

6. MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., “Las diputaciones provinciales en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en *REDA*, núm. 65, 1989, p. 66 y ss.; y “La provincia en el derecho propio de Andalucía”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 33, 1999, p. 11 y ss.

sitoriamente, un incremento de la centralización a nivel autonómico y una reducción del nivel competencial propio del ente provincial”.<sup>7</sup> Tampoco la doctrina ha defendido una posición uniforme sobre cuál debía ser la posición de las diputaciones provinciales en la organización territorial de Andalucía. Algunos autores llegaron incluso a cuestionar la legitimidad del Estatuto de Autonomía, al atribuir a las diputaciones provinciales la gestión ordinaria de los servicios periféricos de la Junta de Andalucía. Con tal intención se consideró que esta previsión “está en flagrante contradicción con el apartado 1 del art. 13 del mismo (Estatuto) que otorga a la Junta de Andalucía competencia exclusiva sobre la organización y estructura de sus instituciones de autogobierno. Difícil va a resultar el ejercicio de dicha competencia a la Comunidad andaluza, reconocida también por el art. 148 de la Constitución cuando antes de nacer sus instituciones encuentran su autoorganización predeterminada por una ley orgánica estatal cual es el Estatuto de Autonomía”.<sup>8</sup> Para otros, tal interpretación no valoraba suficientemente la posición institucional del Estatuto de Autonomía como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, a la que precisamente corresponde fijar las reglas fundamentales de su organización, como expresamente dispone el artículo 147.2.c) de la Constitución, y el Estatuto andaluz de 1981 establecía un claro mandato para que la Comunidad se sirviera de las diputaciones como Administración periférica.<sup>9</sup>

En todo caso, y al margen de este debate, lo que resulta incuestionable es que la legislación autonómica no desarrolló esta gestión ordinaria de los servicios pe-

riféricos autonómicos a través de las diputaciones provinciales, y se consolidó una completa organización periférica de la Junta de Andalucía. Además, la normativa andaluza, general y sectorial, procedió sistemáticamente a reducir el papel de las diputaciones provinciales, suprimiendo o limitando las competencias que tradicionalmente habían ejercido. Recordemos ahora que la Junta de Andalucía asumió la gestión de todas las materias que, siendo de competencia autonómica, no se atribuyeran en la Ley 11/1987, de 26 de diciembre, de Relaciones entre la Comunidad Autónoma y las Diputaciones Provinciales, o en las leyes posteriores, a las provincias, y ni una ni otras llevaron a cabo un expreso reconocimiento de competencias provinciales.<sup>10</sup> Si algo parece claro en esta etapa es la ausencia de cualquier intención política de potenciar la posición de las diputaciones provinciales.<sup>11</sup>

En resumen, puede sostenerse que la organización administrativa en Andalucía ha estado conformada por dos ideas esenciales:

– Por un lado, la reducción de la posición institucional de las provincias ha supuesto que Andalucía se organice en la Administración autonómica, central y periférica, y el municipio, entidad local que, además de constitucionalmente garantizada, encuentra en la legislación estatal básica de régimen local mayor protagonismo. Ello, no obstante, no se ha traducido en un proceso de descentralización interna a favor de los municipios, que, en lo esencial, no han encontrado en el legislador andaluz una auténtica voluntad descentralizadora.

7. TORNOS MAS, J., “La provincia en la legislación de las comunidades autónomas”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1991, p. 252-253.

8. Así lo sostuvo CLAVERO ARÉVALO, M. F., en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, p. 39-40; también ESCRIBANO COLLADO, P. y RIVERO YSERN, J. L., “La provincia en los estatutos de autonomía y en la LOAPA”, en *RAP*, núm. 104, 1984, p. 79 y ss.; y LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., “La provincia en el ordenamiento regional de Andalucía”, en la obra colectiva *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, p. 1632 y ss.

9. *Vid.* BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Descentralización y desconcentración en Andalucía”, en *Documentación Administrativa*, núm. 214, 1988, p. 111; o JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “La provincia: virtualidad y fortalecimiento en el territorio andaluz”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 43, 2001, p. 52.

10. El artículo 24 de la Ley 11/1987 supuso un desapoderamiento general de las competencias provinciales, que fueron asumidas por la Comunidad Autónoma. Pero además de esta cláusula general debe tenerse en cuenta, por un lado, que la Ley 11/1987 solo se refería a las competencias provinciales propias en tres concretas áreas (cultura, deporte y turismo), y lo hacía en cuestiones marginales o secundarias; y, por otro lado, que aquellas leyes sectoriales que se referían concretamente a las diputaciones provinciales generalmente se limitaban a reiterar las de asistencia y cooperación con los municipios en esa materia. Un análisis detenido de estas cuestiones en REBOLLO PUIG, M. y CARBONELL PORRAS, E., “La Administración local en la legislación andaluza”, en MUÑOZ MACHADO, S. (coord.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, Civitas, 2003, p. 2834 y ss.

11. MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., “La provincia en el derecho propio de Andalucía”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 33, 1999, p. 11 y ss.

– Por otro lado, se ha potenciado la creación de entes supramunicipales, fundamentalmente mancomunidades y consorcios, para suplir las carencias que presentan los municipios de menor capacidad.<sup>12</sup>

En ese contexto, las diputaciones provinciales en Andalucía han visto significativamente mermado su papel, que ha quedado reducido al mínimo que permiten la Constitución y la legislación básica de régimen local, y significativamente por debajo de las amplias posibilidades que contemplaba el Estatuto de Autonomía. Por ello, hace algunos años, con el profesor Rebollo Puig, afirmamos que “la legislación andaluza, con una retórica y unas formas aparentemente más respetuosas de la autonomía provincial, no está demasiado distante de la catalana. Por lo menos, no tan distante como lo está su realidad, con un sentimiento provincial que está aquí arraigado, con unas provincias indiscutidas, con la extensión de Andalucía y las de sus ocho provincias... y sin que aquí haya ni se plantee la creación de comarcas como alternativa a la demolición de las diputaciones. Entra en el terreno de la discusión política si ello es lo adecuado para Andalucía, si ello servirá para construir sobre bases sólidas la Comunidad Autónoma o si, por el contrario, más bien creará recelos, tensiones y hasta un cierto rechazo. En nada de esto nos corresponde entrar aquí. Pero en el plano jurídico es incontrovertible que la legislación andaluza no ha sido ni mínimamente respetuosa con lo previsto en el Estatuto de Autonomía para las diputaciones. Si la opción política que se cree adecuada para Andalucía es la que actualmente refleja su legislación, ello, si acaso, debería hacerse modificando el Estatuto tras seguir el procedimiento establecido en su Título VI”.<sup>13</sup> Precisamente, el nuevo Estatuto de Autonomía que se aprueba en 2007 elimina cualquier referencia a la utilización de las diputaciones provinciales para la gestión de las competencias autonómicas, adecuando el texto estatutario a la realidad jurídica autonómica. Sin embargo, esto no implica necesariamente que la provincia no pueda desempeñar un relevante papel en la organización territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, según se destaca a continuación.

### 3. La provincia en el Estatuto de Autonomía de 2007

#### 3.1. Una mayor atención a lo local en el nuevo Estatuto como planteamiento general

Resulta evidente que la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, dedica más atención al régimen local que el derogado Estatuto de Autonomía de 1981. Este se había referido genéricamente al municipio (artículo 3), a la provincia (artículo 4) y a la comarca (artículo 5), así como a la iniciativa legislativa de los ayuntamientos (artículo 33.2). En relación con las competencias de la Comunidad Autónoma, proclamaba la competencia exclusiva sobre “régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el núm. 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución”, y las relativas a la alteración de los términos municipales (artículo 3.2), a la coordinación de las policías locales (artículo 14.2), a las consultas populares (artículo 15.2) y a la tutela financiera (artículo 62) –que también incorporaba alguna previsión general sobre las Haciendas locales–.

En efecto, el Estatuto de 2007 se refiere, con mayor detalle, tanto a las competencias de la Comunidad Autónoma como a los diversos entes locales. Los artículos 59 y 60 se refieren a las competencias sobre organización territorial y régimen local, respectivamente. En relación con la organización territorial y previa invocación del respeto a la garantía institucional establecida en los artículos 140 y 141 de la Constitución, la competencia autonómica comprende en todo caso las relativas a la “determinación, la creación, la modificación y la supresión de las entidades que configuran la organización territorial de Andalucía”, y a la “creación, la supresión y la alteración de los términos de los entes locales y las comarcas que puedan constituirse, así como denominación y símbolos”. En materia de régimen local, el Estatuto se refiere a una competencia autonómica exclusiva, que se ejerce “respetando el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución y el principio de autonomía local”, y que incluye las submaterias expresamente relacionadas en el artículo 60, pues, en otros aspectos susceptibles de ser incluidos en el régimen local, corresponde a la Comunidad Autónoma la com-

12. Sobre estas cuestiones puede verse REBOLLO PUIG, M. y CARBONELL PORRAS, E., “La Administración local...”, cit., p. 2810-2811 y 2814-2816.

13. *Vid.* REBOLLO PUIG, M. y CARBONELL PORRAS, E., “La Administración local...”, cit., p. 2841.

petencia compartida, según precisa el artículo 64.2 del Estatuto.<sup>14</sup>

El Título III del Estatuto, “Organización territorial de la Comunidad Autónoma”, está dedicado a la regulación sustantiva de las entidades locales, y comprende los artículos 89 y 90, relativos a la estructura y principios de la organización territorial, y los artículos 91 a 95, que se refieren al municipio, sus relaciones con la Comunidad Autónoma y las agrupaciones de municipios; el artículo 96, sobre la provincia; el artículo 97, relativo a las comarcas; y el artículo 98, dedicado a la ley de régimen local. Con carácter general el Estatuto de Autonomía de 2007 precisa, en el artículo 89.1, que Andalucía se organiza territorialmente en municipios, provincias y demás entidades territoriales que puedan crearse por ley.

Por último, cabe recordar que, según dispone el artículo 89.2, las relaciones entre la Administración autonómica y las Administraciones locales se ajustarán a los principios de información mutua, coordinación, colaboración y respeto a los ámbitos competenciales correspondientes determinados en el Estatuto, en la legislación básica del Estado y en la normativa autonómica de desarrollo, con plena observancia de la garantía institucional de la autonomía local reconocida por la

Constitución y por la Carta Europea de la Autonomía Local. Por su parte, la organización territorial de Andalucía se rige por los principios de autonomía, responsabilidad, cooperación, desconcentración, descentralización, subsidiariedad, coordinación, suficiencia financiera y lealtad institucional (artículo 90).

### 3.2. La adaptación del texto estatutario a la realidad de las diputaciones andaluzas

Concretamente respecto de las diputaciones provinciales, el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía suprime cualquier referencia a la gestión de los servicios autonómicos a través de las diputaciones provinciales, en lo que constituye la principal novedad en relación con la provincia. El artículo 96 no es sustancialmente distinto del anterior artículo 4 en todo lo demás: reitera la consideración de la provincia como entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios, cuyo gobierno y administración corresponden a la diputación, como órgano representativo, y que cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica.

14. Las materias en las que la competencia autonómica es exclusiva, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución, son: “a) Las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía 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 Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales; b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el Título III; c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos; d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, el funcionamiento y el régimen de adopción de acuerdos de todos estos órganos y de las relaciones entre ellos; e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales; f) La regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, con la excepción de los constitucionalmente garantizados”. Con carácter general, la nueva regulación de la asunción de competencias que han llevado a cabo los diferentes estatutos ha originado un amplio debate doctrinal, que sintéticamente he expuesto en “La Administración local en el Estatuto de Autonomía de 2007 y en la reciente legislación andaluza”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo IV, 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2011, p. 4521-4531. Sin embargo, con carácter general hay que subrayar que la regulación que, respecto del régimen local, ha establecido el Estatuto de Autonomía de Andalucía, es sustancialmente diferente de la prevista en la redacción inicial del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que en parte ha sido anulada por la STC 31/2010, de 28 de junio; por eso, la doctrina ha afirmado mayoritariamente su constitucionalidad. Al respecto pueden verse CARBONELL PORRAS, E., “El régimen local en el Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007”, p. 147 y ss., y LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Desarrollos normativos de las previsiones estatutarias andaluzas sobre régimen local”, p. 167 y ss., ambos incluidos en COSCULLUELA MONTANER, L., CARBONELL PORRAS, E. (dirs.) y MEDINA ALCOZ, L. (coord.), *Reforma estatutaria y régimen local*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011; así como LÓPEZ MENDUO, F., “Clasificación, principios y consideraciones generales sobre las competencias”, p. 335 y ss., y RIVERO YSERN, J. L., “El régimen local en el nuevo Estatuto de Autonomía. Reglas sustantivas y distribución de competencias”, p. 847 y ss., ambos en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008. También pueden verse RUIZ-RICO RUIZ, G., “La organización territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el nuevo Estatuto de Autonomía”, en AGUDO ZAMORA, M. (coord.), *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008, p. 179 y ss.; TORRE MARTÍNEZ, L. DE LA, “Una aproximación al régimen local en el Estatuto de Andalucía”, en la obra colectiva *El nuevo Estatuto para Andalucía. Un enfoque comparado y multidisciplinar*, Universidad de Jaén, Jaén, 2007, p. 282 y ss.; y BALAGUER CALLEJÓN, F. et al., *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, Madrid, p. 91 y ss., y *Estatuto de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

En relación con las competencias provinciales, el artículo 96.3 recoge las dos que ya figuraban en el Estatuto de 1981, que son: por un lado, las competencias “que con carácter específico y para el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia le vengán atribuidas” por la legislación básica del Estado y por la legislación autonómica de desarrollo; y, por otro lado, las competencias que puedan ser delegadas por la Comunidad Autónoma. El propio texto estatutario incorpora competencias que la actual Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce como propias de las diputaciones provinciales, en concreto la “gestión de las funciones propias de la coordinación municipal, asesoramiento, asistencia y cooperación con los municipios, especialmente los de menor población que requieran de estos servicios, así como la posible prestación de algunos servicios supramunicipales, en los términos y supuestos que establezca la legislación de la Comuni-

dad Autónoma”. Por último, el artículo 96.4 del Estatuto se refiere en los mismos términos que su antecesor a la coordinación autonómica de la actuación de las diputaciones provinciales en materias de interés general para Andalucía, incluyendo, en todo caso, la coordinación de los planes provinciales de obras y servicios. Una ley aprobada por mayoría absoluta del Parlamento de Andalucía regulará, en el marco de la legislación estatal básica, la apreciación del interés general y las formulas de coordinación que procedan.<sup>15</sup>

Aunque el Consejo Consultivo de Andalucía había llamado la atención sobre las deficiencias de la organización territorial andaluza, lo cierto es que el Estatuto se ha limitado a ajustarse a la realidad organizativa andaluza, y la principal novedad es precisamente lo que se ha suprimido: cualquier referencia a la provincia como ámbito territorial para el desarrollo o la gestión de competencias autonómicas.<sup>16</sup> El resto de la regulación estatutaria no resulta especialmente innovadora.<sup>17</sup>

15. El artículo 96.4 del Estatuto de 2007 reitera lo que ya estableció el de 1981 para que la Junta pudiera coordinar las competencias provinciales propias en materias de interés general para Andalucía, así como los planes provinciales de obras y servicios, remitiéndose a una ley aprobada por mayoría absoluta la apreciación del interés general y las fórmulas de coordinación. Aunque inicialmente la coordinación fue particularmente intensa –y conflictiva–, la progresiva reducción de las competencias provinciales reduce significativamente la importancia de esta potestad de coordinación que podría, en su caso, ejercerse sobre las escasas materias de competencia provincial. *Vid.* REBOLLO PUIG, M. y CARBONELL PORRAS, E., “La Administración local...”, cit., p. 2838 y ss.; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., “La provincia...”, cit., p. 10 y ss.; o BARNÉS VAZQUEZ, J., “Descentralización...”, cit., p. 119 y ss. Se muestra particularmente crítica con este precepto del Estatuto, al entender que podría ser una cláusula vulneradora de la autonomía provincial, SALVADOR CRESPO, M., “La autonomía provincial bajo sospecha. El régimen local en el Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en la obra colectiva *El nuevo Estatuto para Andalucía. Un enfoque comparado y multidisciplinar*, Universidad de Jaén, Jaén, 2007, p. 279. Quizá porque en 2010 no son muchas las competencias materiales propias de las diputaciones provinciales y, por tanto, poco hay que coordinar, la Ley de autonomía local regula la coordinación con carácter general para todas las entidades locales andaluzas. Según el artículo 58, la coordinación autonómica procederá si la actividad o el servicio trascienden el ámbito de los intereses propios de las entidades locales, inciden o condicionan de forma relevante los intereses autonómicos, o si son concurrentes o complementarios respecto a los de la Comunidad Autónoma. También se ha previsto la coordinación cuando se produzcan delegaciones de competencias autonómicas en las entidades locales, pero, en ese caso, nos encontramos con un punto de partida diferente: la actividad o servicio es de titularidad autonómica, y la Comunidad Autónoma, al delegar su ejercicio, conserva las facultades de dirección y control que considere oportunas, tal y como ha previsto el artículo 20 de la misma Ley.

16. El Dictamen 072/2006, de 10 de marzo, marginal 10, sobre la Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, afirma que “nuestro modelo de organización administrativa se ha ido deslizando hacia un sistema de reparto de responsabilidades territorialmente mal distribuidas, a través de una red de Administraciones extraordinariamente compleja. Este fenómeno tiene como consecuencia que sobre el territorio de Andalucía incidan la Administración central del Estado, la Administración de la Junta de Andalucía, las diputaciones provinciales, los ayuntamientos y otros órganos de naturaleza administrativa de carácter territorial. Esta situación de abigarramiento institucional provoca una serie de perturbaciones y disfuncionalidades: entre otras, favorece el surgimiento permanente de conflictos competenciales entre las distintas entidades territoriales, cuadruplica en ocasiones la estructura administrativa que presta cobertura a una determinada materia (turismo, juventud, etc.), incrementa desproporcionadamente el gasto público, fragmenta el funcionamiento administrativo, produce confusión ante el ciudadano en torno al titular de la competencia y, además, diluye la responsabilidad del órgano público que debiera conocer del asunto”, y subraya el Estatuto de Autonomía como el “instrumento normativo adecuado –dada su posición en el sistema de fuentes– para atraer hacia sí todo lo que no pertenezca al núcleo duro de la competencia en materia de Régimen Local”. Algo de eso precisamente había intentado el Estatuto andaluz de 1981, pero fue ignorado por las instituciones andaluzas y criticado por un sector doctrinal.

17. Por esa razón, RIVERO YSERN, J. L., “El régimen local...”, cit., p. 861, considera claramente insatisfactoria la regulación estatutaria.

### 3.3. La remisión a una ley aprobada por mayoría absoluta

El Estatuto de Autonomía de 2007 reserva a la ley la regulación de las cuestiones más significativas relativas a la organización y régimen local.<sup>18</sup> Además de remitir a la ley en diversos preceptos estatutarios, el artículo 98.1 dispone que, en el marco de la legislación básica estatal, la ley de régimen local “regulará las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía 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 Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales”, y las demás submaterias que integran el régimen local. Pero, por otro lado, el artículo 108 del Estatuto establece que “Las leyes que afectan a la organización territorial, al régimen electoral o a la orga-

nización de las instituciones básicas, requerirán el voto favorable de la mayoría absoluta del Pleno del Parlamento en una votación final sobre el conjunto del texto”. Son varios los interrogantes que este precepto suscita, en particular el relativo a cuál deba ser el contenido de este tipo de leyes, como ha puesto de manifiesto Rebollo Puig.<sup>19</sup> No obstante, parece claro que comprende el régimen local con el alcance previsto en los artículos 60 y 98 del Estatuto. Esta ley es la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, que, como indican su Exposición de motivos y su primer artículo, se ha aprobado de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 del Estatuto de Autonomía, cuyo contenido es más amplio del que podría deducirse de su título.<sup>20</sup> Esta Ley incorpora algunas novedades significativas en el régimen local en general, y respecto de la posición institucional de las diputaciones provinciales andaluzas en particular.<sup>21</sup>

18. Sobre las reservas de ley que establece el Estatuto de Andalucía, *vid.* REBOLLO PUIG, M., “El derecho propio de Andalucía y sus fuentes”, en la obra colectiva *Comentarios...*, cit., p. 230 y ss.

19. REBOLLO PUIG, M., “El derecho propio...”, cit., p. 161-166, advierte que el Estatuto no acota con exactitud las leyes que requieren esa mayoría, pero parece claro que tendrían un contenido más amplio que el que indican los artículos 93.1 y 96.4. Señala este autor que las leyes que afectan a la organización territorial podrían “ser todas las que desarrollen el Título III justamente denominado ‘Organización territorial de la Comunidad Autónoma’, incluso la genérica ley de régimen local a la que se refiere el artículo 98 EA. Esa parece, incluso, la interpretación más adecuada al artículo 108 EA, por más que pueda resultar excesivo exigir para todo esto mayoría absoluta”.

20. Según su Exposición de motivos y su primer artículo, la Ley 5/2010 se dicta de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 del Estatuto, y este precepto condiciona también “las modificaciones que afecten al régimen jurídico que en esta Ley se establece”; su objeto es determinar las competencias y las potestades de los municipios y de los demás entes locales como expresión propia de la autonomía local, y las reglas aplicables a transferencias y delegaciones de competencias autonómicas, así como regular las relaciones entre las entidades locales y las instituciones de la Junta de Andalucía; asimismo, la Ley regula las modalidades de prestación de los servicios locales de interés general y la iniciativa económica local, así como la demarcación territorial municipal y la organización administrativa de su territorio (artículo 2). Como he analizado con detalle en otro lugar –CARBONELL PORRAS, E., “El régimen local...”, cit., p. 4533-4534–, puede resultar razonable exigir una mayoría cualificada, como es la mayoría absoluta, para regular las cuestiones esenciales que configuran la autonomía local, y la posición de los entes locales en la organización territorial de la Comunidad, como el amplio reconocimiento de la potestad de organización de las entidades locales, o la concreción legal de las competencias locales. Sin embargo, parece excesivo exigir la misma mayoría para modificar las formas de gestión de los servicios locales o la regulación relativa a la alteración de los términos municipales.

El Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 827/2009, de 10 de diciembre, sobre el Anteproyecto de Ley de autonomía local, se refería al título de la Ley, subrayando el valor simbólico de la denominación “Ley de autonomía local” en el sentido de destacar la voluntad del legislador de garantizar la autonomía de las entidades locales andaluzas, pero “el objeto de la regulación es, en palabras del Estatuto de Autonomía, una ‘ley de régimen local’ (así es como se denomina en el art. 98, hasta en dos ocasiones, o tres si se incluye el título). Se trata de una ley que por prescripción del citado artículo ha de regular relaciones entre la Junta de Andalucía y los entes locales, (...) y otras muchas materias previstas en el art. 60 (precisamente titulado ‘régimen local’) (...) se considera que debería rectificarse el título, evitando equívocos sobre su contenido. Y ello sin perjuicio de que pudiera destacarse el que ahora se adopta (‘Anteproyecto de Ley de... y de autonomía local’)”.

21. Con carácter general pueden verse RIVERO YSERN, J. L. (dir.), *Derecho local de Andalucía. Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía*, Iustel, Madrid, 2011; y ZAFRA VICTOR, M. (coord.), *Estudios sobre la Ley de autonomía local de Andalucía (LAULA) y la Ley de participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, CEMCI, Granada, 2011.

## 4. La regulación de la provincia en la Ley de autonomía local de Andalucía

### 4.1. La idea de la “comunidad política local”. ¿El inicio de una nueva época para las diputaciones provinciales andaluzas?

La nueva Ley se refiere a un único nivel de Gobierno local, integrado por municipios y provincias, lo que afecta tanto a la posición que formalmente debe desempeñar la provincia como a los criterios generales de reparto de competencias. Con esta intención ya la Exposición de motivos de la Ley pone de manifiesto este nuevo planteamiento, y distingue la autonomía municipal y la autonomía provincial, si bien parte de que ambas entidades locales integran una sola comunidad política, la comunidad política local, que constituye el marco que el legislador delimitador de competencias debe tomar como referencia. Con esta intención se afirma:

“la ley ubica la autonomía provincial al servicio de la autonomía municipal, diferenciando ambas, reconociendo relevancia jurídica a las prioridades y solicitudes presentadas por los municipios, que no podrán ser ignoradas ni suplantadas, pero no completa o necesariamente satisfechas si la provincia, obligada a ponderar la prioridad municipal con visión intermunicipal, la entendiera desmesurada o lesiva para la prestación equitativa de un servicio.”

La Ley andaluza acoge así un planteamiento defendido por la Comisión que elabora el Primer Borrador del Libro Blanco para la reforma del Gobierno Local en España en enero de 2005, que se refería a esta idea en los términos siguientes:

“Provincias y municipios, ayuntamientos y diputaciones integran una misma comunidad política local, comparten un mismo interés político, entre diputación y ayuntamientos no media una relación jerárquica sino una relación de paridad institucional. Esto no significa que interés provincial e interés municipal converjan espontáneamente, es necesario ajustar ambas realidades en un proceso de concertación que intenta conciliar los conceptos de coordinación y cooperación.”

En esta línea, el artículo 3 de la Ley proclama que municipios y provincias conforman un único nivel de

Gobierno en su relación con la Comunidad Autónoma, de modo que la provincia tiene como principal función garantizar, de conformidad con los municipios, el ejercicio de las competencias municipales, y facilitar la articulación de las relaciones de los municipios entre sí y con la Comunidad. Por otra parte, el artículo 6, que remite a la ley la concreción de las competencias locales, dispone:

“La legislación tomará en consideración, en su conjunto, a la comunidad política local, integrada por municipios y provincias, al valorar la amplitud o naturaleza de la materia o actividad pública, la capacidad de gestión de las entidades locales o las necesidades de eficacia o economía.”

La interpretación de este precepto ha suscitado algunas dudas. Así, López Benítez afirma: “parece que discurre en la línea de advertir que los techos competenciales de todas las entidades locales no van a ser los mismos, no porque se disminuyan las competencias propias de los municipios..., sino porque desde las leyes sectoriales no se amplíe a todos los municipios su relación de competencias propias”.<sup>22</sup> También avanza otra posible interpretación, entendiendo que “el carácter propio de las competencias municipales pudiera venir referido por las leyes sectoriales al bloque municipio-provincia, toda vez que... una competencia local *propia* no pierde su cualidad ni siquiera por el hecho de que existan facultades o funciones de una competencia que se ejerzan por otros entes que pertenezcan a otros niveles de Gobierno” (cursiva del autor). En apoyo de esta interpretación, hay que destacar que este apartado 3 del artículo 6 comienza invocando el principio de mayor proximidad a la ciudadanía en la determinación de las competencias locales. Desde este planteamiento, cabría entender que lo que la Ley de autonomía local de Andalucía pretende es que las leyes sectoriales amplíen las competencias municipales y provinciales que la propia ley reconoce –y que tienen la consideración de competencias propias y mínimas–, valorando qué entidad local es más adecuada para asumir esa nueva competencia. Con este alcance, cabe recordar ahora que el artículo 98.2 del Estatuto de Autonomía también hace referencia a lo que se ha dado en llamar el principio de diferenciación, y que obliga a la ley de régimen local a tener en cuenta las “diferen-

22. LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Desarrollos normativos de las previsiones estatutarias andaluzas sobre régimen local”, en la obra colectiva *Reforma estatutaria...*, cit., p. 181.

tes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y capacidad de gestión de los distintos entes locales". También la legislación sectorial debería valorar estas circunstancias para conseguir una organización y un funcionamiento de las Administraciones andaluzas más eficaces y eficientes. En ese contexto, una adecuada descentralización territorial analizaría qué entidad local es más adecuada para asumir una nueva competencia, ampliándose las de municipios y provincias, que integran la "comunidad política local". Esta misma idea está presente en el artículo 14 de la Ley, al establecer que la provincia, en los términos que prevea la legislación sectorial, podrá ejercer competencias municipales "cuando su naturaleza no permita una asignación diferenciada y las economías de escala así lo aconsejen". López Benítez ha puesto de relieve la difícil caracterización de esta técnica desde el punto de vista de la Teoría de la Organización: "ni es propiamente una cláusula residual de competencias a favor de las diputaciones; ni es tampoco una delegación intersubjetiva o una encomienda de gestión porque la voluntad de los municipios no cuenta en ello para nada; ni es una sustitución puesto que no tiene como premisa un incumplimiento o una desatención de sus obligaciones por parte de los municipios".<sup>23</sup> Sin perjuicio de todo esto, coincido con este autor en que se trata de una técnica que toma como referencia la idea de que los municipios y las provincias forman un único nivel de Gobierno, de modo que una concreta competencia sobre una determinada materia se atribuirá a unos o a otras en función de las circunstancias materiales y jurídicas que concurran en cada caso. Para comprobar cómo se articula efectivamente que una competencia de titularidad de un municipio se ejerza por la provincia habrá que esperar a las leyes sectoriales, que deberán contemplar esta posibilidad.

En todo caso, el legislador autonómico parece aceptar –al menos formalmente y aunque solo sea en esta Ley– que también las diputaciones provinciales pueden asumir competencias en aquellas materias que se gestionan más adecuadamente a ese nivel de estructuración local. Si efectivamente esto es así y lo acogen también las leyes sectoriales, las diputaciones pro-

vinciales pueden recuperar lo perdido. O, por lo menos, ya no podremos seguir sosteniendo que se encuentran próximas a desaparecer o que la organización global de Andalucía se encuentra polarizada entre la Junta y los municipios, al prescindirse de cualquier entidad intermedia.<sup>24</sup> Afirma Morillo-Velarde Pérez que "la nueva ley local de Andalucía ha buscado un sentido a la provincia, ahora enraizado en la más genuina tradición de su historia casi bicentenaria: la integración de la autonomía provincial con la autonomía municipal en un único sistema de autonomía local, donde se elude cualquier tipo de confrontación o rivalidad con los municipios, contando, naturalmente, con la inevitable mezquindad de quienes en un nivel u otro –también en el autonómico– se obstinan en levantar inútiles rivalidades o de crear desconfianzas basadas en alicortas miras partidistas".<sup>25</sup> En todo caso todavía es pronto para saber si este nuevo planteamiento será llevado a la práctica, pero, sin duda, parece que así lo pretende el legislador andaluz de 2010.

#### 4.2. Las competencias provinciales propias en la Ley

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la Ley de autonomía local ha regulado las competencias provinciales –que, como se ha dicho, son competencias propias y mínimas– en los términos que veremos seguidamente. Previamente debe llamarse la atención sobre lo que se ha dado en llamar el blindaje de las competencias locales, que ha suscitado amplias polémicas, fundamentalmente respecto de las competencias de los municipios. La Ley autonómica, que, recordemos ahora, ha sido aprobada por mayoría absoluta, pretendería asegurar las competencias locales que detalla frente a ulteriores regulaciones que pudieran establecer las leyes sectoriales, que deberían respetar lo establecido en la de autonomía local. Esta finalidad, que se destaca en la Exposición de motivos de la Ley respecto de las competencias de los municipios, ha sido cuestionada por el Consejo Consultivo de Andalucía y por la doctrina: entienden que el legislador sectorial es el que debe concretar las competencias y no puede sentirse vinculado

23. LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Desarrollos...", cit., p. 184.

24. Vid. REBOLLO PUIG, M. y CARBONELL PORRAS, E., "La Administración local...", cit., p. 2811, en particular.

25. MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., "Aproximación a la concepción de la provincia en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 77, 2010, p. 446.

por lo previsto en esta Ley sobre autonomía local, que petrificaría la legislación autonómica.<sup>26</sup> En realidad, las concretas competencias que la Ley de autonomía local reconoce a los municipios no son sustancialmente diferentes de las que atribuye la legislación vigente, y, desde un planteamiento general, permitirían frenar los tradicionales abusos de las leyes sectoriales que sistemáticamente han condicionado las genéricas atribuciones competenciales. Si acaso, respecto de las diputaciones provinciales, adquiere un mayor significado, pues permite deducir que la intención del legislador autonómico ha sido reforzar sus atribuciones, incluso asumiendo que el grado de concreción de las competencias provinciales es obviamente menor que el de las municipales, y que continúan centrándose en la ayuda y la cooperación a los municipios.

En realidad, respecto de concretas materias de competencia de las diputaciones provinciales, la Ley de autonomía local no incorpora novedades, pues el artículo 15 se limita a reconocer que la provincia tendrá

competencias en materia de carreteras provinciales, de archivos de interés provincial y de museos e instituciones culturales de interés provincial.<sup>27</sup> Más detenida es la regulación de la competencia provincial de asistencia a los municipios, como a continuación se detalla.

El artículo 11 de la Ley se refiere a la asistencia provincial en términos generales, y dispone que la asistencia, que podrá ser obligatoria, cuando la provincia deba prestarla a solicitud de los municipios, o concertada, podrá consistir en:

- a) Asistencia técnica de información, asesoramiento, realización de estudios, elaboración de planes y disposiciones, formación y apoyo tecnológico.
- b) Asistencia económica para la financiación de inversiones, actividades y servicios municipales.
- c) Asistencia material de prestación de servicios municipales.

La Ley concreta el alcance de estas funciones de asistencia a los municipios en los siguientes términos:

26. El Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 827/2009, de 10 de diciembre de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley de autonomía local, que destaca el acierto del Estatuto al introducir un listado de materias de competencia municipal, cuestiona, sin embargo, que sea esta Ley general la que concrete el alcance de esas competencias, pues debe hacerlo la ley sectorial: "Este Consejo Consultivo considera que dicha tarea no puede realizarse por la Ley de autonomía local, no solo por su singularidad, en tanto su aprobación exige una mayoría cualificada, sino porque el Estatuto llama a las leyes, y en esa llamada se incluyen las leyes sectoriales, a las que corresponde, como reconoce la jurisprudencia constitucional, la concreción última del alcance de las competencias autonómicas". "En efecto, una operación jurídica como la que se propone no puede ignorar que no es posible que en el Anteproyecto de Ley examinado se concrete, de una vez y para siempre, el alcance de esas competencias, con el efecto de congelación, o al menos la rigidez que llevaría aparejada la inclusión de una regulación así en una ley que ha de ser aprobada por mayoría absoluta". También LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Desarrollos normativos...", cit., sostiene que "no resultaría pertinente estimar que este modo de proceder de la Ley de autonomía local entrañe impedir al legislador sectorial ejercer las competencias que le son propias y modificar la normativa objeto de su responsabilidad. [...] Desde luego, el art. 92.2 del Estatuto de Autonomía no alienta tal interpretación, ya que para concretar o ultimar las competencias locales remite a 'los términos que determinen las leyes', lo que creo que significa que el contenido que, como integrante de la autonomía local, resulta protegido por el Estatuto de Autonomía no son las concretas facultades o funciones que la Ley de autonomía local haya decidido incorporar, sino los enunciados mínimos que el citado art. 92.2 atribuye a los municipios. Dicho de otro modo, el blindaje de competencias, auspiciado por la Ley de autonomía local, no vincula a los legisladores sectoriales sino en la medida en que así venga fijado por los términos del Estatuto". También se ha señalado que este sistema de lista para determinar las competencias municipales puede implicar una dinámica análoga a la que se ha generado con la establecida a nivel constitucional entre el Estado y las comunidades autónomas (RUIZ RICO-RUIZ, G., "Las entidades locales...", cit., p. 71); o que no corrige las deficiencias en la concreción de las competencias municipales desde el punto de vista competencial (RIVERO YSERN, J. L., "El régimen local...", cit., p. 850-851).

27. La derogada Ley 11/1987 ya había incluido los archivos, museos y otras instalaciones culturales de interés provincial entre las competencias propias de las diputaciones provinciales en materia de cultura, aunque nada dispone al respecto la Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía. En relación con las carreteras, hay que recordar que (junto con servicios sociales) constituyeron una materia delegada por la Comunidad hasta la aprobación de la Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía. Por tanto, en términos generales, no se ha producido una ampliación de las materias en las que se reconocen competencias propias, quizá incluso se hayan reducido, ya que la Ley 11/1987 se refería a las competencias provinciales en deportes y turismo, aunque con escaso calado. En estas materias debe estar en la actualidad a lo previsto en las leyes sectoriales. Al margen de la asistencia a los municipios, ni la Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte, ni la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, enumeran atribuciones provinciales de interés (salvo que se califiquen como tales la "promoción de los recursos, zonas o fiestas de especial interés para la provincia", "el fomento de la práctica de la actividad física y el deporte dentro de su término territorial y, en particular, en los municipios de menos de 20.000 habitantes", o "el impulso de actividades de ámbito supramunicipal que no excedan del territorio de la provincia"). Vid. REBOLLO PUIG, M. y CARBONELL PORRAS, E., "La Administración local...", cit., p. 2832.

– La asistencia técnica comprende: a) la elaboración y disciplina del planeamiento urbanístico y de instrumentos de gestión urbanística; b) la elaboración de los pliegos de condiciones y demás documentación integrante de la contratación pública, así como la colaboración en la organización y gestión de los procedimientos de contratación; c) la redacción de ordenanzas y reglamentos municipales, así como de cualquier otra disposición normativa; d) la implantación de tecnología de la información y de las comunicaciones, así como de la administración electrónica; e) la elaboración de estudios, planes y proyectos en cualquier materia de competencia municipal; f) el asesoramiento jurídico, técnico y económico, incluida la representación y defensa jurídica en vía administrativa y jurisdiccional; g) la formación y selección del personal, así como la elaboración de instrumentos de gestión de personal, planes de carrera profesional y evaluación del desempeño; h) el diseño y, en su caso, ejecución de programas de formación y desarrollo de competencias para representantes locales; i) la integración de la igualdad de género en la planificación, seguimiento y evaluación de las políticas municipales; y j) cualquier otra que la provincia determine por iniciativa propia o a petición de los ayuntamientos. Los criterios para la prestación de la asistencia y su financiación se determinarán en una norma provincial, teniendo en cuenta los criterios de atención preferente a los municipios de menor población y a los municipios de insuficiente capacidad económica y de gestión, así como la urgencia. La solicitud de asistencia se tramitará mediante un procedimiento basado en los principios de eficacia, transparencia y celeridad, y la decisión que adopte la diputación provincial se motivará con referencia a los criterios normativos establecidos (artículo 12).

– La asistencia económica para la realización de inversiones, actividades y servicios por los municipios se articula en los planes y programas que se regularán en una norma provincial conforme a los principios y trámites procedimentales. En todo caso, el procedimiento de elaboración se regirá por los principios de transparencia y publicidad, y se compondrá de las siguientes fases:

a) La diputación provincial recabará de los ayuntamientos información detallada sobre sus necesidades e intereses peculiares.

b) Conforme a la información recabada, la diputación provincial fijará los criterios básicos para la priorización de las propuestas municipales. En todo caso,

entre dichos criterios se incluirá el apoyo preferente a los municipios de menor población.

c) Considerando los criterios básicos aprobados por la diputación provincial, cada ayuntamiento formulará su propuesta priorizada de asistencia económica.

d) Partiendo de las propuestas municipales, la diputación provincial formulará un proyecto de plan o programa de asistencia económica, cuyo contenido tendrá en cuenta las prioridades municipales con criterios de solidaridad y equilibrio interterritorial.

e) El proyecto de plan o programa de asistencia económica provincial se someterá a un trámite de consulta o audiencia de los ayuntamientos, dirigido a la consecución de acuerdos.

f) Terminado el trámite de audiencia, la diputación provincial introducirá las modificaciones oportunas en el proyecto. Si de las modificaciones pudiera resultar perjuicio o afección singular para uno o varios municipios, la diputación iniciará un trámite extraordinario de consultas con todos los municipios interesados.

g) La aprobación definitiva del plan o programa de asistencia económica corresponderá a la diputación provincial. Cualquier rechazo de las prioridades municipales será motivado, con especificación expresa del objetivo o criterio insatisfecho, y se propondrá derivar la asistencia para otra obra, actividad o servicio incluido en la relación de prioridades elaborada por el ayuntamiento, el cual podrá realizar una nueva concreción de la propuesta.

h) Si en el curso de la ejecución de un plan o programa surgieran circunstancias especiales en algunos municipios que hicieran conveniente su modificación, se procederá a efectuarla siguiendo los trámites previstos en las letras e), f) y g).

En todo caso, corresponde a la diputación provincial evaluar los efectos sociales, económicos, ambientales y territoriales del plan o programa de asistencia económica (artículo 13).

– La asistencia material comprende la prestación de los servicios básicos municipales en caso de incapacidad o insuficiencia de un municipio cuando este lo solicite. En todo caso, corresponde a la diputación provincial la determinación de la forma de gestión del servicio y las potestades inherentes a su ejercicio. También se prestarán obligatoriamente a petición del municipio en los términos que fije una norma provincial los servicios municipales de inspección, gestión y recaudación de tributos; disciplina urbanística y ambien-

tal; disciplina del personal funcionario y laboral; la representación y defensa judicial; y suplencias en el ejercicio de funciones públicas necesarias de secretaría, intervención y tesorería en municipios menores de cinco mil habitantes. Aunque la asistencia material parte de la previa solicitud municipal, la posición institucional de las diputaciones provinciales podría reforzarse con apoyo en los apartados 3 y 5 de este artículo 14, que establecen: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, en el caso de que un municipio incumpla su obligación de prestar los servicios básicos, la diputación provincial, previo requerimiento, actuará por sustitución”, por un lado; y, por otro lado, que “La provincia, en los términos que prevea la legislación sectorial, ejercerá competencias de titularidad municipal, cuando su naturaleza no permita una asignación diferenciada y las economías de escala así lo aconsejen”. Además, las diputaciones provinciales podrán promover la creación de redes intermunicipales para la prestación de servicios de competencia municipal, a las que podrán incorporarse los ayuntamientos en los términos que determine una norma provincial. Las redes constituyen, con los convenios, los instrumentos de cooperación territorial que regula la Ley andaluza. Sin duda, el

más novedoso y de difícil caracterización jurídica, como he tenido ocasión de señalar.<sup>28</sup>

## 5. Reflexiones finales

De nuevo parece vislumbrarse el inicio de un cambio en la posición institucional de las provincias en Andalucía, que podría traducirse en una mayor atribución de concretas competencias materiales allí donde la eficacia y eficiencia de la gestión administrativa lo aconsejen.<sup>29</sup> De todo lo anterior cabe concluir que ni el legislador ni la doctrina han mantenido un criterio claro sobre las diputaciones provinciales en general y en Andalucía en particular.<sup>30</sup> Ciertamente, como se ha visto, la ausencia de criterios claros y unívocos sobre la posición que debe corresponder a las provincias fue puesta de relieve hace ya tiempo por Posada Herrera. Probablemente la solución a esta cuestión deba partir de la diversidad política, jurídica e institucional que corresponde a las provincias. Sería razonable, si se alcanza el suficiente consenso político para ello, reformar la Constitución, para suprimir la provincia como entidad local básica y necesaria.<sup>31</sup> En tal caso, correspondería a cada comunidad autónoma pluriprovincial decidir si

28. CARBONELL PORRAS, E., “La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y los servicios locales (reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales)”, en *Anuario de Derecho Municipal* 2010, núm. 4, Madrid, 2011, p. 91.

29. Con esta intención LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Desarrollos normativos...”, cit., en relación con el Proyecto de Ley afirma que “pretende –no sabemos si a la postre y en la práctica ello se conseguirá– la difícil empresa de resucitar a un muerto –las diputaciones provinciales andaluzas– que, desde la Ley de Diputaciones, llevaban en rigor una existencia mortecina limitada poco más que a diseñar programas informáticos para los ayuntamientos pequeños, organizar fastos culturales de dudoso interés y gestionar los planes provinciales de obras y servicios con criterios, por cierto, no siempre ecuanímenes y transparentes”.

30. Vid. CARBONELL PORRAS, E., “¿Existe un criterio sobre las diputaciones provinciales? Algunas reflexiones sobre la provincia en Andalucía”, en *Crisis económica...*, cit., p. 173-193.

31. Este parece ser el sentir mayoritario. Así, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 390, subraya que “entre dos instituciones fuertes y de general aceptación, como son el municipio y la Comunidad Autónoma, la provincia [...] aparece hoy desdibujada, hasta el punto de que sería realista plantear alguna modificación constitucional en este punto, con la finalidad de dotar de mayor versatilidad a la provincia como ente local, donde se convenga mantenerla, o sustituirla por otras agrupaciones de municipios en las comunidades autónomas que así lo consideren oportuno”. Por su parte, COSCULLUELA MONTANER, L., “La problemática...”, cit., p. 122, ha afirmado: “Particularmente, creo, siempre en el plano de *lege ferenda*, que todo intento de reforma de la planta provincial o de su supresión debería partir de que la reforma de la Constitución en este punto parece de momento una utopía, y ello pese a que no requiere un procedimiento reforzado. La reforma afectaría esencialmente al artículo 137 CE, suprimiendo la mención de la provincia. y respecto al 141 CE, afectaría solo a la mención de la provincia como entidad local, salvando las referencias a la Administración periférica del Estado y precisando que es una opción de la legislación autonómica, que podría prever otras corporaciones de carácter representativo. Ahora bien, cabe defender la existencia de una mutación constitucional, por cambio de la interpretación de los preceptos citados por parte del Tribunal Constitucional, que admitiría dos puntos cruciales: la reorganización de las competencias locales que permitiera reducir las competencias de las diputaciones provinciales en beneficio de otras entidades y la admisión de la comarcalización de los pequeños municipios. Sin dicha reforma o, en su caso, sin la mutación constitucional indicada, debe afirmarse la indisponibilidad del legislador ordinario para pretender la desaparición de la provincia. En todo caso, no parece que haya el consenso necesario para abordar este tipo de reforma constitucional. Ni veo que a corto plazo pueda modificarse la doctrina del Tribunal al respecto, sobre todo si se considera que ha sido reafirmada en fecha reciente en la sentencia 31/2010 y que los recientes estatutos de autonomía reformados siguen respetando la entidad provincial”.

mantiene la provincia como tal entidad local, si opta por encomendar sus funciones de nivel intermedio entre el municipio y la Administración autonómica a otra entidad como la comarca, o, incluso, si decide prescindir de esos niveles intermedios –lo que dependerá del tamaño y población de la comunidad autónoma–.

Al respecto, afirma Rivero Ysern, “es necesario plantearse de una vez por todas una reforma constitucional que, o suprima la provincia como ente local necesario en toda España dejando como único escalón entre el Estado y el Municipio a la Comunidad Autónoma o, su alternativa, dote a la provincia de competencias propias y exclusivas en la gestión de los servicios supramunicipales en su territorio lo que implica la coordinación de toda la Administración instrumental municipal y demás entes supramunicipales o asociativos intermunicipales. Que no tenemos claro qué hacer, que pesa mucha historia, mucha tradición e intereses sobre este tema es algo evidente”.<sup>32</sup> Se plantea así una reforma constitucional que suprima la provincia, “o, su alternativa”, la dote de competencias propias. A mi juicio, sin embargo, no se trata de alternativas de una hipotética reforma constitucional, que debería limitarse a suprimir la provincia como ente local necesario, ajustando el texto constitucional a una realidad organizativa nacional que no siempre permite reconocerla. Si tal cambio llegara a producirse correspondería a cada comunidad autónoma decidir qué papel corresponde a las diputaciones provinciales de su territorio, y, en su caso, llevar a cabo una ampliación de sus competencias, reforzando su posición institucional. En esta hipótesis, la provincia, como ente local no necesario, sería objeto de una auténtica “interiorización”, pues tal fue el sentido originario de esta expresión, como he puesto de relieve en otro lugar.<sup>33</sup> Es más, probablemente, en comunidades autónomas con un territorio amplio, las diputaciones provinciales podrían actuar como Administraciones intermedias entre los municipios y la Administración autonómica. Este podría ser el caso de Andalucía, si se mantiene políticamente la línea iniciada en 2010.

Sin perjuicio de todo esto, lo cierto es que no es previsible que en los próximos años se acometa una reforma constitucional de tal calado. No parece sencillo que pueda alcanzarse el necesario acuerdo político

de las Cortes Generales para modificar el Título VIII de la Constitución, y probablemente ni siquiera sean aconsejables iniciativas al respecto. Por lo tanto, cualquier análisis de los cambios que en la organización territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía deberían introducirse debe partir de esta realidad, y centrarse en aquellas posibilidades que dependen de las propias instituciones autonómicas. Al respecto debe valorarse convenientemente que Andalucía es una comunidad autónoma extensa (87.581 km<sup>2</sup>), con una población superior a los ocho millones de habitantes distribuida en 770 municipios que se agrupan en ocho provincias. La población y la extensión media de los municipios andaluces es superior a la media nacional (5.690 habitantes y 62,25 km<sup>2</sup>) y significativamente superior a las medias más bajas de otras comunidades autónomas (10.652 habitantes, frente a los 1.138 de media de Castilla-La Mancha, y 136 km<sup>2</sup>, frente a los 29 de la Rioja). Aunque el minimunicipalismo no es tan grave como en otras comunidades autónomas, no puede prescindirse de los mecanismos de colaboración interadministrativa. Buena prueba de ello es que en el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Política Territorial en 2009 constan 89 mancomunidades de municipios, que agrupan a más del setenta por ciento de los municipios y de la población de la Comunidad (546 municipios andaluces participan en alguna mancomunidad). Los fines más frecuentes de las mancomunidades son el fomento de actividades económicas (48), de las actividades culturales (39), del turismo (36), del deporte (34), del abastecimiento de aguas (33), de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos (32) y de protección del medio ambiente (31). No se trata de cuestionar que la creación de una mancomunidad no sea una opción válida para “la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia”, como dispone el artículo 44 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Así será con frecuencia. Pero también cabe reforzar el papel de las diputaciones provinciales en la realización de aquellas actividades que puedan ser objeto de una gestión más eficaz y eficiente a nivel provincial. Pensemos, por ejemplo, en aquellas mancomunidades que no asumen la ejecución de obras o servicios determinados, sino otras actividades genéricas e indeterminadas que

32. “El régimen local...”, cit., p. 861.

33. *Vid.* CARBONELL PORRAS, E., “El régimen local...”, cit., p. 4521 y ss.

bien podrían ser gestionadas por las diputaciones provinciales. Al respecto debe tenerse en cuenta que algunas de las competencias propias de las diputaciones provinciales según el artículo 36 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local –en concreto, la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal, e incluso la coordinación de los servicios municipales entre sí– son prácticamente desconocidas en Andalucía. Una adecuada estructuración de las diputaciones provinciales permitiría alcanzar los mismos fines, utilizando una organización ya existente y por el momento constitucionalmente garantizada, en lugar de crear una nueva. Lo mismo puede decirse respecto de la organización periférica autonómica. A pesar de los años transcurridos y de las dificultades políticas existentes, los postulados de la Comisión de Expertos continúan siendo razonables, pues se trata de aprovechar unas instituciones constitucionalmente garantizadas como son las diputaciones, prescindiendo de mantener o crear órganos periféricos o nuevas Administraciones que no gozan de esa garantía constitucional.

Quizá ahora, transcurridos más de treinta años desde el primer Estatuto de Autonomía de Andalucía, sea el momento de superar los recelos y desconfianzas que las diputaciones provinciales han suscitado, y, como señala Morillo-Velarde,<sup>34</sup> pueda reconocerse que “la provincia no tiene por qué plantear rivalidad política a la comunidad autónoma y sí puede ser un eficaz instrumento al servicio de la vida local”. Con tal alcance, prescindiendo de las motivaciones y las dificultades políticas tan presentes en esta materia, una posible reforma de la posición institucional de las diputaciones provinciales andaluzas debería orientarse en torno a dos líneas fundamentales: en primer lugar, potenciando la posición institucional de las diputaciones provinciales en sus relaciones con los municipios; y, en segundo lugar, ampliando las atribuciones de las diputaciones provinciales andaluzas, mediante la efectiva aplicación de las técnicas de traslación de competencias que ha previsto la Ley andaluza de autonomía local, en particular mediante la transferencia y la delegación. Con ello se abriría una vía para evitar la duplicidad de organizaciones administrativas con funciones no siempre bien delimitadas, y se aprovecharían convenientemente unas estructuras existentes desde hace dos siglos.

Las dificultades y los problemas que un proceso de este signo conllevaría son evidentes, y así debe reconocerse, pero el derecho ofrece los instrumentos para afrontarlas y solucionarlos. Lo que no depende de los juristas es el presupuesto previo e inicial: la voluntad política, el acuerdo claro suscrito entre las distintas fuerzas políticas andaluzas que diseñe las líneas maestras de estas reformas. ■

---

34. “Aproximación...”, cit., p. 446.

---

# La administración electrónica en el contexto de la Unión Europea: programación, legislación y financiación

David Ordóñez Solís\*

Magistrado, doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

1. **Introducción**
2. **La administración electrónica en Europa: las experiencias de la programación (Agenda Digital Europea) y de la legislación (Directiva de Servicios)**
  - 2.1. La Agenda Digital Europea: las propuestas de la Comisión Europea
  - 2.2. La Directiva de Servicios y sus efectos en la modernización de las Administraciones nacionales
3. **La administración electrónica, la contratación pública y la protección de los datos personales en Europa**
  - 3.1. La contratación pública electrónica y sus desarrollos legislativos europeos
    - 3.1.1. Las Directivas de 2004 sobre contratación pública y los procedimientos voluntarios de la contratación electrónica
    - 3.1.2. Las reformas de la contratación pública electrónica propuestas por la Comisión Europea en 2011: los procedimientos electrónicos obligatorios de contratación pública
  - 3.2. El derecho a la protección de los datos personales frente a las Administraciones (electrónicas)
    - 3.2.1. La protección de los datos personales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus desarrollos legislativos
    - 3.2.2. Las propuestas legislativas de la Comisión Europea de un reforzado derecho de protección de los datos personales de 2012
4. **Las políticas de financiación y de cohesión de la Unión Europea y la administración electrónica**
  - 4.1. Fondos estructurales y de cohesión: la contribución europea a la administración electrónica
  - 4.2. El desarrollo regional y transfronterizo de la administración electrónica en el marco de la nueva financiación europea 2014-2020
5. **Conclusión**

## Resumen

La administración electrónica es una oportunidad de modernizar los servicios públicos. Su dimensión europea aporta los elementos de planificación, legislación y financiación para realizar esta tarea. Así, la Agenda Digital Europea y la liberalización de los servicios en la Unión Europea constituyen indicadores precisos de este proceso. La legislación europea en materia de contratación pública ha impuesto una adaptación gradual de las Administraciones a las nuevas tecnologías. Ahora bien, la administración electrónica constituye una amenaza para la privacidad de las personas, por lo que en la Unión Europea se ha consagrado constitucionalmente y se ha desarrollado legislativamente un sólido derecho a la protección de los datos personales. La administración electrónica será una realidad en la gestión de los fondos europeos que contribuyen a impulsar los proyectos de innovación tecnológica y que, a su vez, consideran la modernización de las Administraciones como un elemento de desarrollo regional y de inexcusable cooperación transfronteriza en Europa.

Palabras clave: *administración electrónica; Unión Europea; contratación pública; privacidad; cohesión.*

---

\* Este artículo constituye la base de la ponencia pronunciada en el Primer Congreso Territorial del Noroeste Ibérico, organizado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en Ponferrada, el 6 de noviembre de 2012; agradezco al profesor Dr. José Luis Prieto y a todo su equipo la invitación y sus atenciones.

## *E-Government in the context of the European Union: planning, legislation and funding*

### **Abstract**

*E-Government means the opportunity to modernize public services. Its European dimension is visible in planning, legislating and funding. Thus, the European Digital Agenda and the liberalization of services within the European Union are relevant data of this process. The European legislation regarding public procurement has obliged all the Administrations to be constantly adapted to the new technologies. However, e-Government also represents a threat to citizens' privacy; therefore in the European Union a new fundamental right on personal data protection has been adopted legislatively and constitutionally. European funding is focused in the e-Government projects due to the innovative effects as a fundamental source of regional development and bearing in mind their role in trans-boundary cooperation in Europe.*

Keywords: *e-Government; European Union; public procurement; privacy; cohesion.*

## **1. Introducción**

Las dos notas características de la Administración, del Gobierno en el siglo XXI, son la imperiosa modernización impuesta por los desarrollos tecnológicos y la indudable dimensión europea en un contexto de globalización. La modernización pasa por una Administración donde se utilicen los medios electrónicos, y el contexto europeo aporta un marco normativo específico y una dimensión financiera de gran interés. Y así se pone de manifiesto en la Península Ibérica, donde dos de los países más convencidamente europeos han vivido la experiencia de una clara transformación política, económica y social, especialmente desde su incorporación en 1986 a las comunidades europeas.

La modernización se traduce, entre otras manifestaciones, en una simplificación y una cercanía a los ciudadanos de las distintas Administraciones. Sin embargo, se observa fácilmente una situación tan significativa como preocupante: por qué en unos ámbitos administrativos la modernización es tangible (como ocurre en España con la Agencia Tributaria o la Dirección General de Tráfico) mientras que en otros la resistencia a los cambios parece ser estructural e inexpugnable.<sup>1</sup> Tal es, al menos, la sensación en el ámbito de la Administración de Justicia, pero también en ámbitos sometidos a una gran influencia legislativa europea como ha sido la adopción de la Directiva de Servicios, donde a las ini-

ciales normas de transposición nacionales han seguido verdaderas contrarreformas, especialmente tributarias, que solo parecen pretender, como sugería Lampedusa, que todo cambie para que todo siga igual.

Al mismo tiempo hay sectores específicos en los que, fundamentalmente por influencia europea, se están abriendo paulatinamente las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, como pudiera ser el caso de la contratación pública electrónica, y que, aun cuando en sí mismas no suponen una revolución jurídica, obligan al reforzamiento de nuevos principios en la actuación de la Administración para impedir discriminaciones encubiertas. Pero también los avances en el uso de las nuevas tecnologías obligan precisamente a ser precavidos, y a establecer límites directamente derivados de la dignidad de la persona, como bien refleja el caso de la consagración, especialmente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de un derecho a la protección de los datos personales.

Por último, el desarrollo de las políticas europeas ofrece una dimensión financiera realmente interesante, al vincular la cohesión económica y social y la cooperación transfronteriza con el uso de las nuevas tecnologías y con la dinamización de las mismas Administraciones regionales y locales. Precisamente ahora que se están negociando las perspectivas financieras y la regulación de los nuevos fondos estructurales y de cohesión para el periodo 2014-2020, resulta de interés

1. Ministerio de Economía, *Administración electrónica y procedimiento administrativo*, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Madrid, 2004, p. 49; como se deduce de esta publicación, es muy significativo que al menos inicialmente las cuestiones relativas a la administración electrónica fuesen abordadas por distintos departamentos del Gobierno, en unos casos por el Ministerio de Economía pero en otros por el Ministerio del Interior.

comprobar cuáles son las prioridades y los ámbitos elegibles en este marco de modernización administrativa y de desarrollo regional y local, concretamente en una eurorregión como la que se integra en el Noroeste Ibérico.

Consecuentemente, me propongo, desde una perspectiva jurídica y financiera, examinar lo que implica la evocación de una administración electrónica en un ámbito territorial como el ibérico y en un difícil contexto económico. En este sentido, la liberalización de servicios se ha intentado llevar a cabo a partir de la legislación europea; determinados ámbitos de la actuación administrativa, como es el caso de la contratación pública, se están transformando con la aplicación de las nuevas tecnologías, pero también es preciso aplicar límites razonables exigidos por la protección de los datos personales; o, en fin, las políticas de cohesión y desarrollo regional confían en que las inversiones en nuevas tecnologías a favor de las Administraciones devuelvan a Europa y a todos sus ciudadanos la pujanza económica y social perdida.

## 2. La administración electrónica en Europa: las experiencias de la programación (Agenda Digital Europea) y de la legislación (Directiva de Servicios)

La Unión Europea ha creído decididamente en la necesidad de una Administración adaptada a las nuevas tecnologías de la información, y así lo ha demostrado impulsando sus distintas iniciativas políticas y propuestas legislativas.

En un análisis de 2003 la Comisión Europea da cuenta de qué entiende por administración electrónica o *e-Government*, y la define del modo siguiente: “el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las Administraciones Públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas”.<sup>2</sup>

Y también la Comisión Europea ha generalizado el uso del término “gobernanza electrónica”, con el que pretende referirse al “buen gobierno [...] conseguido a través de una combinación adecuada de tecnologías de la información y las comunicaciones, innovación organizativa y mejora de las aptitudes [que] es aplicable también a servicios tales como la salud, la educación y el transporte público”.<sup>3</sup>

En estos momentos, las intervenciones de la Unión Europea en relación con la administración electrónica se manifiestan en los distintos documentos de programación y en la misma legislación europea, que permiten ofrecer algunos aspectos de las novedades y de las resistencias al cambio. Por lo que se refiere a la planificación, destaca de manera especial la denominada “Agenda Digital Europea” (2010-2020), adoptada por la Comisión Europea en 2010 y objeto de atento seguimiento y aplicación en las demás políticas europeas.<sup>4</sup> Y, por lo que respecta a la legislación europea, ha sido, sin duda, la Directiva de Servicios una de las tareas más ambiciosas desde que se aprobó en 2006; ha sido objeto de transposición en todos los Estados miembros, y ofrece algunos aspectos de las novedades y de las resistencias al cambio propiciado por la administración electrónica.<sup>5</sup>

### 2.1. La Agenda Digital Europea: las propuestas de la Comisión Europea

Para la Unión Europea la nueva realidad tecnológica ha supuesto un especial reto, al que se ha enfrentado con la adopción de estrategias políticas que se han analizado y ordenado en el documento de la Comisión denominado “Agenda Digital Europea”.

Ahora bien, la planificación adoptada en 2010 ha estado precedida por estrategias previas, como el ya citado documento *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa* de 2003,<sup>6</sup> o el *Plan de acción eEurope* de 2005.<sup>7</sup> Asimismo, la concreción de la Agenda Digital Europea se manifiesta en el vigente

2. Comisión Europea, *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, COM (2003) 567 final, Bruselas, 26 de septiembre de 2003, p. 7.

3. Comisión Europea, *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, ob. cit., p. 8.

4. Comisión Europea, *Una Agenda Digital para Europa*, COM (2010) 245 final/2, Bruselas, 26 de agosto de 2010, p. 5-7.

5. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE núm. L 376, de 27 de diciembre de 2006, p. 36).

6. Comisión Europea, *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, ob. cit., p. 3.

7. Comisión Europea, *Evaluación final del plan de acción eEurope 2005 y del programa plurianual (2003-2006) para el*

*Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica: 2011-2015.*<sup>8</sup>

En la Agenda Digital Europea la Comisión ha descrito los grandes retos a los que se enfrenta la administración electrónica: la fragmentación de los mercados digitales, la falta de interoperabilidad, el incremento de la ciberdelincuencia y riesgo de escasa confianza en las redes, la ausencia de inversión en redes, la insuficiencia de los esfuerzos de investigación e innovación, las carencias en la alfabetización y la capacitación digitales, y, en fin, la pérdida de oportunidades para afrontar los retos sociales.<sup>9</sup> Por eso, y a juicio de la Comisión Europea, “Los servicios de administración electrónica constituyen una opción rentable para prestar un mejor servicio a todos los ciudadanos y empresas, propiciando una Administración participativa, abierta y transparente”.<sup>10</sup>

Y así lo manifiesta la Comisión Europea en la Agenda Digital Europea de 2010: “La Agenda Digital exigirá un nivel sostenido de compromiso tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros (incluido el nivel regional). No podrá tener éxito sin una importante contribución de las demás partes interesadas, incluidos los jóvenes ‘nativos digitales’, que tanto tienen que enseñarnos”.<sup>11</sup> De hecho, los Estados miembros de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio se han manifestado en el mismo sentido; y así, en la Declaración de Malmö de 2009, se proponen conseguir que los servicios de administración electrónica centrados en el usuario, personalizados y multiplataforma, constituyan una realidad generalizada a más tardar en 2015.<sup>12</sup>

Y esto se extiende a los distintos servicios públicos electrónicos, es decir, la e-sanidad, la e-educación y la propia burocracia informatizada. Así, por ejemplo, en las zonas transfronterizas la administración electrónica

cobra un especial significado. Por eso la Comisión propone en la Agenda Digital Europea:

“Concertar, a más tardar en 2011, una lista común de servicios públicos transfronterizos esenciales que correspondan a necesidades bien definidas, permitiendo que los empresarios creen y exploten un negocio en cualquier lugar de Europa, con independencia de su localización original, y que los ciudadanos estudien, trabajen, residan y se jubilen en cualquier lugar de la Unión Europea. Estos servicios esenciales deberían estar disponibles en línea a más tardar en 2015.”<sup>13</sup>

Los nuevos principios de la administración electrónica, que se reiteran en la planificación, puede considerarse que básicamente son estos tres: el acceso incluyente, la confianza y la interoperabilidad.

El acceso incluyente exige una capacitación del ciudadano. En este sentido la Comisión Europea ha constatado la necesidad “de incrementar la capacidad de ciudadanos, empresas y otras organizaciones para comportarse proactivamente en la sociedad a través del uso de nuevas herramientas tecnológicas”.<sup>14</sup>

La confianza en las nuevas herramientas tecnológicas requiere, asimismo y como complemento, una mayor transparencia de las Administraciones. También la Comisión Europea ha subrayado: “La transparencia de las Administraciones en la adopción de decisiones y en el uso que hacen de los datos personales contribuirá a reforzar la confianza de los ciudadanos y a una mejor rendición de cuentas por parte de quienes elaboran las políticas”.<sup>15</sup>

Por último, uno de los elementos básicos para el funcionamiento de una administración electrónica en Europa es conseguir la interoperabilidad de los servicios públicos europeos. Y en esta línea lo ha desarrollado la Comisión Europea mediante un programa específico ISA cuyo objetivo es poner en marcha el Marco

---

*seguimiento del plan de acción eEurope 2005, la difusión de las buenas prácticas y la mejora de la seguridad de las redes y la información (Modinis), COM (2009) 432 final, Bruselas, 27 de agosto de 2009.*

8. Comisión Europea, *Plan de Acción Europeo sobre administración electrónica: 2011-2015: Aprovechamiento de las TIC para promover una Administración Pública inteligente, sostenible e innovadora*, COM (2010) 743 final, Bruselas, 15 de diciembre de 2010.

9. Comisión Europea, *Una Agenda Digital para Europa*, ob. cit., p. 5-7.

10. Comisión Europea, *Una Agenda Digital para Europa*, ob. cit., p. 35.

11. Comisión Europea, *Una Agenda Digital para Europa*, ob. cit., p. 7.

12. V Conferencia Interministerial sobre Administración Electrónica, Declaración de Malmö, el 18 de noviembre de 2009; disponible en <http://administracionelectronica.gob.es/> (consultada el 18 de octubre de 2012).

13. Comisión Europea, *Una Agenda Digital para Europa*, ob. cit., p. 37.

14. Comisión Europea, *Plan de Acción Europeo sobre administración electrónica*, p. 5.

15. Comisión Europea, *Plan de Acción Europeo sobre administración electrónica*, p. 8.

Europeo de Interoperabilidad (EIF) y la Estrategia Europea de Interoperabilidad (EIS).<sup>16</sup>

Al amparo de esta planificación, la Comisión Europea ha puesto en marcha distintas iniciativas específicas de las que es preciso destacar, por su significado, un proyecto en el marco de los servicios transfronterizos y un proyecto piloto de contratación pública electrónica. El SPOCS (*Simple Procedures Online for Cross-border Services*) tiene por objeto la implantación de ventanillas únicas para servicios transfronterizos, y el PEPPOL (*Pan-European Public eProcurement On-Line*) es un plan piloto en el ámbito de la contratación pública electrónica.<sup>17</sup>

## 2.2. La Directiva de Servicios y sus efectos en la modernización de las Administraciones nacionales

La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior contiene principios transformadores de la economía europea, pero también ofrece una indudable dimensión modernizadora de las Administraciones nacionales, propiciada, especialmente, por el objetivo de conseguir una administración electrónica. Un examen de lo que ha significado esta Directiva de Servicios puede ayudar a comprender las dificultades a las que se enfrenta la realización de una administración electrónica en Europa.

Por una parte, la Directiva de Servicios pretende, como señala en su preámbulo, “facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior”; por lo que a tal fin considera conveniente “establecer un objetivo, común a todos los Estados miembros, de simplificación administrativa y establecer disposiciones relativas, en concreto, al derecho de información, los procedimientos por vía electrónica y la creación de un marco para los regímenes de autorización. A nivel nacional se pueden adoptar otras medidas para cumplir este objetivo, consistentes en reducir el número de procedimientos y trámites aplicables a las actividades de servicios y en asegurarse de que dichos procedimientos y trámites son indispensables para

conseguir un objetivo de interés general y de que no existen solapamientos entre ellos, tanto en el contenido como en la finalidad” (apartado 46).

Y, por otra parte, la propia Directiva de Servicios explica que “la obligación de los Estados miembros de garantizar que los prestadores y destinatarios puedan acceder fácilmente a la información pertinente y que el público pueda acceder a ella sin obstáculos puede cumplirse ofreciendo dicha información en Internet” (apartado 50 del preámbulo). A tales efectos, en la Directiva de Servicios se establece como objetivo preciso: “La creación, en un plazo de tiempo razonablemente corto, de un sistema de procedimientos y trámites efectuados por vía electrónica [lo que] es fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios, en beneficio de prestadores, destinatarios y autoridades competentes. La observancia de este tipo de obligación puede requerir la adaptación de las legislaciones nacionales y de otras normas aplicables a los servicios. Esta obligación no debe impedir a los Estados miembros prever otros medios de respetar dichos procedimientos y trámites, además de los medios electrónicos. El hecho de que deba ser posible efectuar a distancia esos mismos procedimientos y trámites requiere, concretamente, que los Estados miembros se aseguren de que se pueden realizar a nivel transfronterizo” (apartado 52).

El artículo 8.1 de la Directiva de Servicios se refiere a los procedimientos por vía electrónica, de tal modo que obliga a las autoridades nacionales a hacer “lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes”.

Al mismo tiempo, se encomienda a la Comisión Europea la adopción de normas que faciliten la interoperabilidad de los sistemas de información y la utilización de los procedimientos electrónicos entre los Estados miembros, teniendo en cuenta las normas comunes desarrolladas a escala comunitaria.

La asistencia y la información a que tienen derecho los destinatarios de los servicios y que, conforme al

16. Comisión Europea, *Hacia la interoperabilidad de los servicios públicos europeos*. EIS (European Interoperability Strategy = Estrategia europea de interoperabilidad para los servicios públicos europeos) | programa ISA: Soluciones de interoperabilidad para las Administraciones Públicas europeas, COM (2010) 744 final, Bruselas, 16 de diciembre de 2010.

17. Comisión Europea, *Plan de Acción Europeo sobre administración electrónica: 2011-2015*, p. 9-10; sus respectivas páginas web pueden encontrarse en <http://www.eu-spocs.eu> y en <http://www.peppol.eu/> (consultadas el 9 de octubre de 2012).

artículo 21, corresponde brindarlas a las autoridades nacionales, exigen que se facilite de forma clara e inequívoca el acceso fácil a distancia, incluido por vía electrónica, y que se mantengan actualizadas.

En fin, en la Directiva de Servicios se procura que el prestador de servicios y los destinatarios tengan una comunicación electrónica, previéndose que el prestador ponga a disposición del destinatario su dirección electrónica y su sitio en Internet (apartado 96 del preámbulo y artículos 22 y 27).

Por lo que se refiere a las relaciones entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales, se prevé en el artículo 34 el establecimiento de “un sistema electrónico de intercambio de información entre Estados miembros, teniendo en cuenta los sistemas de información existentes”.

En 2004 se puso en marcha el programa IDABC (*Interoperable Delivery of European eGovernment Services to Public Administrations, Businesses and Citizens*), y estuvo en vigor hasta 2009.<sup>18</sup> Para el periodo 2010-2015 ha sido sustituido por el programa ISA (*Interoperability Solutions for European Public Administrations*).<sup>19</sup> Precisamente el artículo 1.1 de la Decisión sobre el programa ISA se refiere a “las soluciones de interoperabilidad para las Administraciones Públicas europeas, incluidas las Administraciones regionales y

locales y las instituciones y órganos comunitarios, que deberá proporcionar soluciones comunes y compartidas para promover la interoperabilidad”.

Ahora bien, la manifestación más interesante que ha auspiciado la Comisión Europea es el Plan de acción, entre cuyas iniciativas destaca SPOCS (*Simple Procedures Online for Cross-border Services*, procedimientos sencillos en línea para los servicios transfronterizos). En virtud de este proyecto, y en palabras de la Comisión, “se propone suprimir las barreras administrativas que deben afrontar las empresas europeas que desean ofrecer sus servicios en el extranjero favoreciendo la implantación de una nueva generación de ventanillas únicas junto con los procedimientos electrónicos asociados”.<sup>20</sup>

Ciertamente, en otros ámbitos que no se ven afectados directamente por la legislación europea se ha tratado de adaptar las Administraciones a la nueva realidad mediante las respectivas legislaciones nacionales. Así ha ocurrido en España con la adopción de medidas administrativas<sup>21</sup> y de legislaciones generales de acceso a los servicios públicos<sup>22</sup> o medidas específicas en el ámbito del *Boletín Oficial del Estado*,<sup>23</sup> del Registro Civil,<sup>24</sup> la Administración de Justicia,<sup>25</sup> etc. Pero en todos los cambios la resistencia y el intento de seguir con los tradicionales procedimientos son muy poderosos.

18. Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos (IDABC) (*DOUE* núm. L 181, de 18 de mayo de 2004, p. 25).

19. Decisión núm. 922/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las soluciones de interoperabilidad para las Administraciones Públicas europeas (ISA) (*DOUE* núm. L 260, de 3 de octubre de 2009, p. 20).

20. Comisión Europea, *Plan de Acción Europeo sobre administración electrónica: 2011-2015*, p. 9-10.

21. ALCAIDE GARCÍA, A., GARCÍA GARCÍA, E. y CUBO CONTRERAS, A., “The Spanish Plan for better governance and improvement of public services”, *European Journal of ePractice*, núm. 17, septiembre de 2012, ISSN: 1988-625X, p. 17-30 (disponible en [www.epracticejournal.eu](http://www.epracticejournal.eu) y consultado el 7 de octubre de 2012).

22. Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007; este Real Decreto deroga el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado (*BOE* núm. 278, de 18 de noviembre de 2009).

23. Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial *Boletín Oficial del Estado* (*BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2008); de modo que desde el 1 de enero de 2009 la edición electrónica del *Boletín Oficial del Estado* es la única disponible.

24. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (*BOE* núm. 175, de 22 de julio de 2011). Con esta Ley se transforma el actual sistema registral en España, que es del año 1957, desjudicializándolo y sustituyéndolo por un modelo de Registro Civil electrónico con una base de datos única para toda España, adaptado a las nuevas tecnologías y a las necesidades de los usuarios.

25. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (*BOE* núm. 160, de 6 de julio de 2011). En el preámbulo de la Ley se recuerda: “Los principales objetivos de esta norma, son: primero, actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales”.

### 3. La administración electrónica, la contratación pública y la protección de los datos personales en Europa

La realización de la administración electrónica tiene carácter fragmentario y sectorial. Se ha desarrollado más en unos ámbitos que en otros, y su incidencia también es muy distinta. A continuación me propongo examinar dos aspectos complementarios del desarrollo de la administración electrónica en un determinado ámbito, y los límites que los mismos derechos fundamentales le imponen. Así, por ejemplo, los desarrollos en un determinado ámbito europeo como podían ser el del mercado único o el del espacio de libertad, seguridad y justicia, no pueden desconocer los límites derivados de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A estos efectos, pretendo limitar mi análisis a un supuesto particularmente interesante como el de la contratación pública, que está directamente vinculado a la realización del mercado único europeo, y que ha puesto su confianza precisamente en la modernización y el desarrollo de las nuevas tecnologías. Pero seguidamente los desarrollos de las nuevas tecnologías, aun cuando se realicen en favor de las Administraciones y de los propios ciudadanos, exigen tener en cuenta los límites al poder, que se manifiesta de un modo muy especial en la profundización y en la atención especial prestada al derecho fundamental de protección de los datos personales.

#### 3.1. La contratación pública electrónica y sus desarrollos legislativos europeos

La contratación pública constituye uno de los ámbitos más genuinamente afectados por la integración europea, por la realización del mercado común europeo, y muestra bien claramente las resistencias a su adaptación. La legislación europea ha intentado su modernización apelando a la introducción de nuevos

procedimientos electrónicos que, sin embargo, no afecten a la realización del mercado interior europeo y a sus libertades económicas fundamentales. Las Directivas de 2004, que están vigentes en estos momentos, constituyen un primer intento de adaptación voluntaria a las nuevas tecnologías. Pero la Comisión Europea ya propuso en 2011 un nuevo modelo de contratación pública europea donde la utilización de procedimientos electrónicos tendrá un protagonismo extraordinario.

En ambos casos resulta de gran interés observar el desarrollo de los principios jurídicos ante la nueva realidad tecnológica. En 2004 los procedimientos electrónicos de contratación pública podían ser introducidos voluntariamente por los Estados miembros. La reforma emprendida en 2011 prevé que a mitad de 2014 sean obligatorios los procedimientos electrónicos de contratación pública. Lo cierto es que se han elaborado una serie de principios especialmente relevantes para el uso de la contratación pública electrónica.

##### 3.1.1. Las Directivas de 2004 sobre contratación pública y los procedimientos voluntarios de la contratación electrónica

La legislación europea sobre contratación pública está compuesta por sendas Directivas sustantivas y de recurso en los sectores tradicionales y en los sectores especiales.<sup>26</sup> Por limitarnos únicamente a las Directivas sustantivas vigentes en estos momentos, se trata de la Directiva 2004/18/CE de los contratos de obras, suministros y servicios<sup>27</sup> y la Directiva 2004/17/CE de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.<sup>28</sup> Estas Directivas tienen por finalidad facilitar la realización del mercado con una armonización de legislaciones nacionales relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos, limitándose a unas pocas pero trascendentales obligaciones como son la publicidad de los contratos públicos a través del *Diario Oficial de la Unión Europea*;

26. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2002.

27. Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (*DOUE* núm. L 134, de 30 de abril de 2004, p. 114; corrección de errores *DOUE* núm. L 329, de 16 de diciembre de 2005, p. 40); modificada por la Directiva 2005/75/CE, de 16 de noviembre de 2005 (*DOUE* núm. L 323, de 9 de diciembre de 2005, p. 55).

28. Directiva 2004/17/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (*DOUE* núm. L 134, de 30 de abril de 2004, p. 1).

la limitación de los procedimientos de contratación procurando que por regla general sean lo más abiertos y competitivos posibles y desterrando la adjudicación directa; los criterios de selección pretenden evitar la discriminación de los licitadores especialmente por razones de nacionalidad o residencia; los criterios de adjudicación de los contratos se reducen al precio más bajo o a la oferta económicamente más ventajosa; en fin, se prohíbe que a través de las especificaciones técnicas se lleve a cabo una discriminación encubierta de los licitadores.<sup>29</sup>

La modernización de la normativa comunitaria sobre contratación pública se intentó en 2004 mediante la introducción de los medios electrónicos. En la vigente regulación de las Directivas tiene carácter facultativo, pero, en caso de que se adopte por las legislaciones nacionales, su régimen jurídico es muy detallado con el fin de garantizar los principios de accesibilidad, objetividad y transparencia. En estas Directivas de 2004 se explican las razones prácticas y económicas de la contratación electrónica, pero también se recuerda la necesidad de respetar determinadas exigencias y principios. Así lo explican el apartado 12 del preámbulo de la Directiva 2004/18 y el apartado 20 de la Directiva 2004/17:

“Se están desarrollando constantemente nuevas técnicas electrónicas de compra. Dichas técnicas permiten ampliar la competencia y mejorar la eficacia del sistema público de pedidos, en particular mediante el ahorro de tiempo y dinero que entraña la utilización de las mismas. Los poderes adjudicadores [entidades adjudicadoras] pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, siempre que su utilización se realice dentro

del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.”

La utilización de medios electrónicos permite la reducción de los plazos, pero también los medios de comunicación elegidos deben estar disponibles de forma general sin restringir el acceso de los operadores económicos, deben garantizar la protección de la integridad y la confidencialidad de los datos y ofertas; sus características técnicas no deben ser discriminatorias, deben estar a disposición del público y han de ser compatibles con las tecnologías de la información y la comunicación de uso general.

De este modo se cumple el objetivo propuesto en el preámbulo de las Directivas de que “los medios electrónicos estén en pie de igualdad con los medios de comunicación e intercambio de información [y] el medio y la tecnología elegidos deben ser compatibles con las tecnologías utilizadas en los demás Estados miembros”.<sup>30</sup>

Es precisamente en la reforma de 2004 cuando se introducen ya procedimientos electrónicos de gran importancia, como el sistema dinámico de adquisición<sup>31</sup> o las subastas electrónicas,<sup>32</sup> dejando a la discreción de cada legislador nacional la posibilidad de adoptar en los respectivos derechos internos estas nuevas figuras.<sup>33</sup>

La Comisión Europea ha llevado a cabo una importante labor de sensibilización y de aportación de iniciativas, procurando conjugar los requerimientos técnicos con las exigencias jurídicas, con el fin de coordinar la introducción de los medios electrónicos en la contratación pública.<sup>34</sup>

29. Sobre este particular remito a mi artículo “Las nuevas directivas sobre la contratación pública en la Unión Europea: renovación normativa y experiencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo* (Thomson-Aranzadi), núm. 18, abril-junio de 2006, p. 153-203.

30. Apartado 35 del preámbulo de la Directiva 2004/18, y apartado 46 del preámbulo de la Directiva 2004/17.

31. Así define el artículo 1.2.6 de la Directiva 2004/18 el sistema dinámico de adquisición: “un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones”.

32. El artículo 1.2.7 de la Directiva 2004/18 dispone: “Una ‘subasta electrónica’ es un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos”.

33. Los artículos 33.1 y 54.1 de la Directiva 2004/18 tienen prácticamente el mismo tenor: “Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores [recurran a sistemas dinámicos de adquisición [o] apliquen subastas electrónicas]”.

34. Comisión Europea, *Proposal for an Action Plan for the Implementation of the Legal Framework for Electronic Public Procurement Extended Impact Assessment*, Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, SEC (2004) de 13 de diciembre de 2004; y *Requisitos funcionales para los procedimientos de contratación pública electrónica en el marco de la UE*, dos volúmenes, enero de 2005, <http://europa.eu.int/idabc/eprocurement> (consultado el 19 de octubre de 2012).

### 3.1.2. Las reformas de la contratación pública electrónica propuestas por la Comisión Europea en 2011: los procedimientos electrónicos obligatorios de contratación pública

Apenas seis años después de aprobar las Directivas sobre contratación pública, la Comisión Europea adoptó en 2010 el denominado *Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*;<sup>35</sup> en 2011 la misma Comisión Europea aprobó el *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea*, donde tiene un especial protagonismo la contratación electrónica;<sup>36</sup> y en 2012 la Comisión Europea estableció su estrategia en relación con la contratación pública electrónica (*e-procurement*).<sup>37</sup> En esta línea se inscribe la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la contratación pública de 2011.<sup>38</sup>

Ahora bien, la Comisión Europea ha constatado el retraso de Europa en esta materia, dado que, si bien en 2005 se preveía para 2010 una contratación electrónica del 50 %, en 2012 no se había llegado ni siquiera al 10 %, mientras que en Corea del Sur era el 100 % o en Brasil el 80 %.<sup>39</sup> Precisamente, el salto cualitativo en materia de contratación pública electrónica de 2004 a 2013 es que, mientras que ahora las Directivas establecen como facultativa la adopción de los medios y los procedimientos electrónicos, a partir de 2016 toda la contratación pública en la Unión Europea debería utilizar procedimientos electrónicos.

En el documento de 2012 la Comisión Europea subraya las dos ventajas que ofrece la contratación pública electrónica: la transparencia y el ahorro.

Por una parte, el aumento de la transparencia se traduce en que la contratación electrónica “puede contribuir a incrementar la transparencia de la oferta de contratos y a facilitar el acceso a los mismos, especialmente a las PYME, alentando con ello la competen-

cia transfronteriza, la innovación y el crecimiento en el mercado único”. De hecho, la Comisión Europea comprueba: “Las entidades y poderes adjudicadores que ya han efectuado la transición a la contratación electrónica manifiestan, por lo general, haber logrado un ahorro de entre un 5 y un 20 %; por otra parte, la experiencia demuestra que los gastos de inversión pueden recuperarse con rapidez”.<sup>40</sup>

Y, por otra parte, la contratación electrónica supone un ahorro para las Administraciones, lo que la Comisión Europea explica así: “La contratación electrónica puede asimismo favorecer importantes reducciones de costes, al rebajar el precio que el sector público paga por la adquisición de bienes, servicios y obras, y recortar los costes de transacción tanto para el sector público como para los operadores económicos (en particular, merced a la menor duración de los procedimientos). El ahorro resultante puede aprovecharse, ya sea en favor del saneamiento presupuestario o para impulsar iniciativas que propicien el crecimiento”.<sup>41</sup>

En su Propuesta de Directiva de finales de 2011, la Comisión Europea se refiere a la promoción de la contratación electrónica, y subraya los ahorros significativos y las mejoras introducidas con nuevos procedimientos electrónicos y una comunicación totalmente electrónica, que se alcanzará en un período transitorio de dos años.

En la parte dispositiva, se recoge una definición del medio electrónico en el artículo 2 (21): “los equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos que se transmiten, envían y reciben por medios alámbricos, radiofónicos, ópticos o por otros medios electromagnéticos”.

Del artículo 19.1 de la Propuesta de Directiva se deduce la obligatoriedad del uso de medios electrónicos en los supuestos de sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas, catálogos electrónicos, los procedimientos de contratación dirigidos por una central

35. Comisión Europea, *Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*, COM (2010) 571 final, Bruselas, 18 de octubre de 2010.

36. Comisión Europea, *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, COM (2011) 15 final, Bruselas, 27 de enero de 2011.

37. Comisión Europea, *Estrategia en pos de la contratación pública electrónica*, COM (2012) 179 final, Bruselas, 20 de abril de 2012.

38. Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la contratación pública*, COM (2011) 896 final, Bruselas, 20 de diciembre de 2011.

39. Comisión Europea, *Estrategia en pos de la contratación pública electrónica*, ob. cit., p. 3.

40. Comisión Europea, *Estrategia en pos de la contratación pública electrónica*, ob. cit., p. 2-3.

41. Comisión Europea, *Estrategia en pos de la contratación pública electrónica*, ob. cit., p. 3-4.

de compras, la publicación de los anuncios, y la disponibilidad electrónica de la documentación sobre contratación. De hecho, esta regla pueden extenderla las autoridades nacionales a todos los procedimientos de la contratación pública.

En el artículo 19.2 de la Propuesta de Directiva se regulan los principios básicos de la comunicación por medios electrónicos y de sus características técnicas: deberán ser no discriminatorios, estar disponibles de forma general y ser compatibles con los productos informáticos de uso general, y no deberán restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación. Asimismo, se garantiza la interoperabilidad de los formatos técnicos y de las normas de procesamiento y mensajería, especialmente en un contexto transfronterizo.

En fin, se prevé en el artículo 19.7 de la Propuesta de Directiva que, a más tardar dos años después de la fecha prevista para la trasposición, “todos los procedimientos de contratación con arreglo a la presente Directiva se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, y, en particular, la presentación electrónica de ofertas y solicitudes”.

También la Propuesta de Directiva tiene el propósito de consagrar, como se deduce de su artículo 58, el denominado “Depósito de certificados en línea (e-CERTIS)”, que sirve para facilitar el intercambio de certificados y otras pruebas documentales que exigen con frecuencia los poderes adjudicadores. En una primera etapa este sistema será voluntario, pero finalmente se impondrá como obligatorio el uso de e-CERTIS (apartado 33 del preámbulo).

La aplicación de los nuevos principios europeos en materia de contratación pública electrónica ha sido impulsada por la Comisión Europea, a través del plan piloto de contratación pública paneuropea en línea o PEPOL (*Pan-European Public eProcurement On-Line*), que define como “un proyecto piloto sobre una solución de contratación pública electrónica interoperable en toda la UE que permite a los empresarios realizar en línea el ciclo completo de la contratación pública, desde los pedidos a la facturación y el acceso a los catálogos. De esta manera se reducirá la carga administrativa y se espera obtener ventajas como una mayor transpa-

rencia y un ahorro de costes potencialmente considerable”.<sup>42</sup>

En definitiva, y desde el punto de vista jurídico, resulta especialmente relevante la decantación de unos principios de la contratación pública electrónica en el derecho de la Unión Europea. Así, la legislación europea, las Directivas sobre contratación pública, han establecido una serie de principios básicos, que se resumen en las siguientes exigencias: “los instrumentos que deberán utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, deberán ser no discriminatorios, estar disponibles de forma general y ser compatibles con los productos informáticos de uso general, y no deberán restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación”.

Es decir, los procedimientos electrónicos no pueden ser discriminatorios, deben ser accesibles para todos, deben estar disponibles y deben ser compatibles con los productos informáticos de uso general; y, en fin, los procedimientos electrónicos no pueden restringir el acceso a la contratación.

### 3.2. El derecho a la protección de los datos personales frente a las Administraciones (electrónicas)

Las nuevas tecnologías han supuesto un reto decisivo al derecho fundamental a la vida privada, a la privacidad de las personas. De hecho, y como ocurre en la Constitución española, originariamente la concepción del moderno derecho fundamental a la protección de los datos personales estaba vinculada al uso de la informática.<sup>43</sup>

Después de la etapa fundacional de este nuevo derecho fundamental, la Unión Europea ha desarrollado constitucional, legislativa y judicialmente un derecho a la protección de los datos personales, que se ve seriamente afectado por los desarrollos de la administración electrónica. Es preciso referirse al vigente marco constitucional y legislativo de la Unión Europea, y a las propuestas de reforma presentadas por la Comisión Europea.

42. Comisión Europea, *Plan de Acción Europeo sobre administración electrónica: 2011-2015*, p. 9-10.

43. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *Privacidad y protección judicial de los datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011.

### 3.2.1. La protección de los datos personales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus desarrollos legislativos

El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra constitucionalmente un derecho a una buena administración, y lo enuncia en estos términos: “Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”.

Asimismo, el artículo 8 de la Carta se refiere a la protección de los datos de carácter personal, y preceptúa en su apartado 1: “Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan”. Y, de manera complementaria, en su apartado 2 dispone: “Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación”.

Los desarrollos legislativos de este derecho fundamental a la protección de los datos personales se llevan a cabo mediante la Directiva 95/46/CE, sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos,<sup>44</sup> y la Decisión Marco 2008/977/JAI, que extiende la regulación europea a otros ámbitos que inicialmente estaban excluidos de la aplicación del derecho comunitario europeo, en particular al pilar de la cooperación policial y judicial penal.<sup>45</sup> Y tienen conexiones con legislaciones específicas como la relativa a la reutilización de la información del sector público.<sup>46</sup>

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta especialmente reveladora. Para ello me referiré únicamente a dos sentencias muy significativas, relativas a la información sobre subvenciones agrarias cofinanciadas por los fondos europeos (sentencia Volker und Markus Schecke)<sup>47</sup> y la transmisión a particulares de datos personales para permitir ejercer acciones ante los jueces no penales contra las infracciones al derecho de propiedad intelectual (sentencia Bonnier Audio).<sup>48</sup>

El Tribunal administrativo alemán de Wiesbaden conocía de dos asuntos que enfrentaban a la empresa Volker und Markus Schecke y al agricultor Sr. Eifert con el *Land* de Hesse, por cierto la primera región en Europa en contar desde 1970 con una ley de protección de datos. En vía prejudicial el Tribunal alemán planteó al Tribunal de Justicia si los reglamentos europeos, que prescribían que la información relativa a los beneficiarios de los fondos agrícolas fuese publicada exclusivamente en Internet, conculcaban el derecho fundamental a la protección de los datos personales, y, por tanto, procedía su anulación.

En la sentencia Volker und Markus Schecke el Tribunal de Justicia anuló el Reglamento del Consejo y el Reglamento de la Comisión Europea, en la medida en que obligaban a que se publicasen determinados datos de las personas físicas beneficiarias de ayudas de los fondos europeos agrícolas (el agricultor Sr. Eifert); en cambio, la protección de los datos de las personas jurídicas (la empresa agraria Volker und Markus Schecke) no era tan intensa como para que tales obligaciones respecto de ellas fuesen inválidas.

Del mismo modo, la sentencia Bonnier Audio se refiere a la aplicación en el ámbito jurisdiccional civil de la Directiva 2006/24/CE, sobre la conservación de datos, adoptada para el ámbito penal. La empresa Bon-

44. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas por lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (*DOCE* núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31).

45. Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (*DOUE* núm. L 350, de 30 de diciembre de 2008, p. 60).

46. Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público (*DOUE* núm. L 345, de 31/12/2003.-Corrección de errores en *DOUE* de 23/9/2011). En España se adoptaron la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público (*BOE* núm. 276, de 17/11/2007); el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal (*BOE* núm. 269, de 8/11/2011); y el Acuerdo de 28 de octubre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales (*BOE* núm. 282, de 22/11/2010).

47. TJUE (Gran Sala), sentencia de 9 de noviembre de 2010, Volker und Markus Schecke y Hartmut Eifert (C-92/09 y C-93/09, *Rec.* p. I-).

48. TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de abril de 2012, Bonnier Audio (C-461/10, pendiente de publicación en la *Recopilación*).

nier Audio y otros editores de 27 audiolibros obtuvieron del Juzgado de Primera Instancia de Solna, en Suecia, un requerimiento judicial frente a usuarios de Internet que el 1 de abril de 2009 habían descargado archivos entre las 3:38 y las 5:45 horas, lo que, a juicio de aquellos, vulneraba sus derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, el Tribunal de apelación de Estocolmo anuló el requerimiento de la entrega de datos, llegando el asunto en casación al Tribunal Supremo sueco, que preguntó al Tribunal de Justicia si se aplicaba la Directiva sobre conservación de datos.

En su sentencia *Bonnier Audio* el Tribunal de Justicia señala que la Directiva 2006/24 constituye una normativa especial y claramente delimitada, que deroga y sustituye a la Directiva 2002/58, de alcance general (apartado 43). Sin embargo, y en el mismo sentido que la sentencia *Promusicae* y el auto *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, el Tribunal de Justicia considera que la legislación de la Unión Europea no se opone a que los Estados miembros establezcan una obligación de transmitir a particulares datos personales para permitir ejercer acciones ante la jurisdicción civil contra las infracciones al derecho de propiedad intelectual, pero tampoco obliga a las legislaciones nacionales, como la sueca, a imponer tal obligación.

Ahora bien, el derecho de la Unión permite adoptar un requerimiento judicial por el que se obligue a comunicar los datos personales de Internet, siempre que existan indicios reales de vulneración de un derecho de propiedad intelectual sobre una obra, que los datos solicitados puedan facilitar la investigación de la vulneración del derecho de autor, y que el fin perseguido por dicho requerimiento sea más importante que el daño o perjuicio que se pueda causar a la persona afectada o a otros intereses contrapuestos.

Estos elementos de interpretación deben tenerse en cuenta en España a la hora de aplicar la *Ley Sinde*, en virtud de la cual los jueces (centrales de lo Contencioso-Administrativo) y tribunales contencioso-administrativos (salas de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo), previo requerimiento de la Administración (la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno español), tienen el poder de requerir a los proveedores de acceso a servicios de Internet para que notifiquen datos personales de los presuntos infractores, o exigir a los mismos proveedores que retiren determinados contenidos de Internet.<sup>49</sup>

**3.2.2. Las propuestas legislativas de la Comisión Europea de un reforzado derecho de protección de los datos personales de 2012**

### Las propuestas legislativas de la Comisión Europea de 2012 pretenden “reforzar los derechos vigentes, otorgar a los ciudadanos medios eficaces y operativos para asegurarse de que están plenamente informados del destino de sus datos personales y posibilitarles un ejercicio más efectivo de sus derechos”.<sup>50</sup>

El futuro Reglamento general de protección de datos sustituirá a la Directiva 95/46/CE, y su objetivo consiste en “establecer un marco más sólido y coherente en materia de protección de datos en la Unión Europea, con una aplicación estricta que permita el desarrollo de la economía digital en el mercado interior, otorgue a los ciudadanos el control de sus propios datos y refuerce la seguridad jurídica y práctica de los operadores económicos y las autoridades públicas”.<sup>51</sup>

La futura *Directiva sobre la protección de los datos personales tratados con fines de prevención, detección, investigación o persecución de delitos y en relación con las actividades judiciales correspondientes* constituye una adaptación de la limitada Decisión Marco 2008/977/JAI, y con ella se procura “garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de los datos en este ámbito, reforzando así la confianza mutua entre

49. Véanse mis estudios “Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la *Ley Sinde*”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, noviembre de 2011, p. 7-20; “‘Ciberpiratas’, administración y jueces: a propósito de la aplicación de la *Ley Sinde*”, *Diario La Ley*, núm. 7822, 21 de marzo de 2012, p. 1-7; y “La protección de datos personales en la jurisprudencia europea después del Tratado de Lisboa”, en J. DIEZ-HOCHLEITNER y otros, *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea / Recent Trends in the Case Law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, La Ley-Universidad Autónoma de Madrid, 2012, p. 137-169.

50. Comisión Europea, *La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI*, COM (2012) 9 final, Bruselas, 25 de enero de 2012, p. 6.

51. Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)*, COM (2012) 11 final, Bruselas, 25 de enero de 2012.

las autoridades policiales y judiciales de los distintos Estados miembros y facilitando la libre circulación de datos y la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales”.<sup>52</sup>

En todo caso, la Comisión Europea, al proponer el Reglamento de protección de datos personales, subraya: “La rápida evolución tecnológica y la globalización han supuesto nuevos retos para la protección de los datos personales. Se ha incrementado de manera espectacular la magnitud del intercambio y la recogida de datos. La tecnología permite que las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de desarrollar sus actividades” (apartado 3).

Pero también la Comisión Europea insiste en los peligros de la utilización de los medios electrónicos por los servicios públicos, en especial en el ámbito sanitario, por la especial sensibilidad de los datos relativos a la salud. Por eso, en su Propuesta de Reglamento, la Comisión Europea señala:

“Los datos personales relacionados con la salud deben incluir en particular todos los datos relativos a la salud del interesado; información sobre el registro de la persona para la prestación de servicios sanitarios; información acerca de los pagos o de la admisibilidad para la atención sanitaria con respecto a la persona; un número, símbolo u otro dato asignado a una persona que la identifica de manera unívoca a efectos de salud; cualquier información acerca de la persona recogida durante la prestación de servicios sanitarios a esta; información derivada de las pruebas o los exámenes de una parte del cuerpo o sustancia corporal, incluidas muestras biológicas; identificación de una persona como prestador de asistencia sanitaria a la persona; o cualquier información sobre, por ejemplo, toda enfermedad, discapacidad, riesgo de enfermedades, historia médica, tratamiento clínico, o estado fisiológico o biomédico real del interesado, independientemente de su fuente, como, por ejemplo, cualquier médico u otro profesional de la sanidad, hospital, dispositivo médico, o prueba diagnóstica *in vitro*” (apartado 17).

En suma, los desarrollos vertiginosos de las tecnologías de la información y su uso por las Administraciones exigen una adaptación de la respuesta legislativa y una mejora en la protección de los derechos fundamentales. Este es el espíritu que anima la reforma puesta en marcha por la Comisión Europea.

#### 4. Las políticas de financiación y de cohesión de la Unión Europea y la administración electrónica

La cohesión económica y social es el complemento inescindible de la realización del mercado único europeo y supone, de manera muy especial, la canalización de la financiación europea a favor del desarrollo regional y local. Precisamente, las políticas europeas de cohesión han reconocido la importante función estructuradora y de desarrollo para Europa de las Administraciones tecnológicamente avanzadas.<sup>53</sup>

A continuación, analizo qué han significado los fondos estructurales y de cohesión para la modernización y la adopción de una administración electrónica, especialmente en las regiones económicamente más desfavorecidas de la Unión Europea, y haciendo referencia a la financiación de específicos proyectos relativos a la administración electrónica. Y seguidamente me refiero a las perspectivas financieras para el periodo 2014-2020, que se están negociando en estos momentos en el Consejo de la Unión Europea.

##### 4.1. Fondos estructurales y de cohesión: la contribución europea a la administración electrónica

Después de la política agrícola, la política de cohesión ha sido presupuestariamente la más importante de las políticas de la Unión Europea. En el ámbito de la administración electrónica son distintas las políticas implicadas, en particular la de innovación tecnológica;<sup>54</sup> sin embargo, por su importancia europea me propongo

52. Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos*, COM (2012) 10 final, Bruselas, 25 de enero de 2012.

53. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *Administraciones, Ayudas de Estado y Fondos Europeos*, Editorial Bosch, Barcelona, 2006.

54. Comisión Europea, *Iniciativa emblemática de Europa 2020: Unión por la innovación*, COM (2010) 546 final, Bruselas, 6 de octubre de 2010; en este documento la Comisión Europea señala: “Para satisfacer las necesidades y expectativas cambiantes

detenerme en lo que significa la administración electrónica para el desarrollo regional, desde el punto de vista de la financiación de los fondos estructurales y de cohesión.

En el actual período de programación 2007-2013, los fondos estructurales (FEDER y Fondo Social Europeo) y el Fondo de Cohesión son gestionados conjuntamente por la Comisión Europea y las autoridades nacionales. Aunque existen diferencias entre ellos, el procedimiento resulta prácticamente idéntico en la medida en que la aplicación de tales fondos requiere una programación y una cofinanciación, acordadas por la Comisión Europea y los Estados miembros afectados, y la gestión se encomienda de manera sustancial a las Administraciones nacionales. Solo se ha reservado a la gestión directa de la Comisión Europea un pequeño porcentaje que paulatinamente se ha reducido hasta el actual 0,25 %, de financiación de los fondos estructurales y de cohesión, destinado a la asistencia técnica.<sup>55</sup>

Entre las actividades susceptibles de financiación por los fondos europeos destacan, por su carácter innovador y de desarrollo económico, las relacionadas con la administración electrónica. También en la propia gestión de estos fondos europeos se ha introducido paulatinamente la necesidad de intercambio de datos por medios electrónicos, y así lo subraya el vigente Reglamento 1083/2006, que en su preámbulo explica:

“Es preciso hacer el seguimiento de los programas operativos, a fin de garantizar la calidad de su ejecución. Con este propósito, han de establecerse Comités de seguimiento y sus responsabilidades, así como la información que debe comunicarse a la Comisión y los criterios aplicables para el examen de dicha informa-

ción. Con el fin de mejorar el intercambio de información sobre la aplicación de los programas operativos, debe establecerse el principio de intercambio de datos por medios electrónicos” (apartado 64 del preámbulo del Reglamento).

En cuanto al ámbito al que se destinan los fondos europeos y los específicos proyectos con financiación europea, el artículo 9.3 del Reglamento 1083/2006 dispone: “La ayuda cofinanciada por los fondos se centrará en las prioridades de la Unión Europea de fomentar la competitividad y crear empleo”, lo que se detalla en el anexo como uno de los temas prioritarios de la sociedad de la información; y, más en particular, los “servicios y aplicaciones para los ciudadanos (servicios electrónicos en materia de salud, Administración Pública, formación, inclusión, etc.)”.

En este ámbito, precisamente, resulta esclarecedor el informe elaborado en 2011 por el Tribunal Europeo de Cuentas, donde se pregunta si han sido eficaces los proyectos de administración electrónica financiados por el FEDER.<sup>56</sup> El Tribunal de Cuentas audita 28 proyectos financiados en el anterior período de programación 2000-2006 y que se desarrollaron en Francia, Italia, Polonia y España. Tal como constata el Tribunal de Cuentas, en este período 2000-2006 “se produjo una evolución en los modelos de comunicación, y se pasó del teléfono y del papel al uso generalizado de Internet y de la banda ancha, por lo que una serie de países empezó a adaptar sus Administraciones a estas nuevas modalidades”.

El control financiero externo tiene por objeto determinar si los proyectos de administración electrónica habían sido seleccionados en función de sus necesidades estimadas, si habían sido concebidos correctamen-

---

de los usuarios de los servicios públicos en un contexto de austeridad fiscal, el sector público necesita, más que nunca, innovar. Cada vez son más los gobiernos que adoptan enfoques más centrados en el ciudadano para prestar sus servicios. Muchos han emprendido estrategias de administración electrónica para poner en línea servicios existentes y desarrollar, además, nuevos servicios por Internet. A nivel de la UE es importante conseguir que se tenga una mejor conciencia de la innovación del sector público, dar visibilidad a las iniciativas que tengan éxito y hacer evaluaciones comparativas de los avances. Mucho dependerá de que se cree una masa crítica de líderes del sector público que tengan las capacidades necesarias para gestionar la innovación. A ello puede llegarse con una formación más sofisticada y con oportunidades para intercambiar buenas prácticas”. Y en el mismo sentido, el documento de la Comisión Europea, *Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación*, COM (2011) 808 final, Bruselas, 30 de noviembre de 2011.

55. Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1260/1999; Reglamento (CE) núm. 1080/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1783/1999; y Reglamento (CE) núm. 1084/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se crea el Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1164/94 (DOUE núm. L 210, de 31 de julio de 2006, p. 25, 1 y 79, respectivamente).

56. Tribunal Europeo de Cuentas, *Informe Especial núm. 9/2011. ¿Han sido eficaces los proyectos de administración electrónica financiados por el FEDER?*, 13 de julio de 2011, Luxemburgo; disponible en <http://www.eca.europa.eu> (consultado el 8 de octubre de 2012).

te y aplicados según lo previsto, y si son útiles y duraderos.

El caso del proyecto español desarrollado en las Islas Canarias de desarrollo de una oficina electrónica es muy revelador, y así se describe en el informe:

“La normativa del período de programación 2000-2006 establecía que todos los proyectos cofinanciados por el FEDER debían llevarse a término antes del final de 2008. Debido a deficiencias de planificación, el proyecto sufrió un retraso de cinco años, con el consiguiente riesgo de tener que devolver la ayuda del FEDER. Por tanto, para no perder la cofinanciación europea, se redujo el alcance original del proyecto del siguiente modo: sus gestores se dedicaron exclusivamente a los dos principales procedimientos de tratamiento electrónico de los 50 inicialmente previstos (aproximadamente el 75 % del total de archivos tratados).”<sup>57</sup>

Pero en otros casos el proyecto ya realizado no tuvo ninguna aplicación. Así, por ejemplo, el Portal de Internet de la Oficina Marítima de Gdynia, en Polonia, había diseñado un sistema informático para ofrecer servicios en línea a los clientes de la oficina marítima, y contaba con un módulo de contratación pública que permitía la licitación electrónica, previéndose la organización de 30 subastas en línea al año; a pesar de ello, en el momento de la visita del Tribunal Europeo de Cuentas, aunque el sistema era plenamente operativo, no se habían efectuado subastas por Internet.<sup>58</sup>

El propio Tribunal Europeo de Cuentas reconoce que las deficiencias en muchos de los proyectos se deben, en primer lugar, a la resistencia de la propia Administración (“las organizaciones raramente reconfiguraban sus procesos o estructuras para aprovechar al máximo las posibilidades que brindaban los nuevos sistemas. En algunos casos se incrementaba el trabajo al realizarse versiones paralelas del mismo procedimiento en papel y en formato electrónico”); y, en segundo lugar, no se tienen en cuenta los costes de man-

tenimiento, lo que pone en peligro la continuidad del proyecto.<sup>59</sup>

#### 4.2. El desarrollo regional y transfronterizo de la administración electrónica en el marco de la nueva financiación europea 2014-2020

El futuro período de financiación europea previsto para 2014-2020, se produce precisamente en un momento en que se generalizará y será obligatoria en muchos ámbitos la administración electrónica. De hecho, y como reconoce la Comisión Europea, en el período de programación 2000-2006 “la administración electrónica se centraba principalmente en la automatización de las gestiones internas de los servicios transaccionales”; en cambio, ya en 2011, y con mayor razón a juicio de la Comisión Europea, en el próximo período de programación la administración electrónica “incluye servicios públicos orientados a los usuarios que refuercen la transparencia, la participación y la responsabilidad; se refiere asimismo a los servicios transfronterizos, y aspira a mejorar la eficiencia y eficacia de los servicios públicos”.<sup>60</sup>

Tanto en la programación financiera<sup>61</sup> como en la gestión de los fondos estructurales<sup>62</sup> para el período 2014-2020, la administración electrónica cobra un especial protagonismo, lo que se traducirá en la aplicación de los fondos por la Comisión Europea y las autoridades nacionales, y en una atención especial a la financiación de proyectos destinados por los Estados miembros a la administración electrónica.

En primer lugar, la Comisión Europea se propone “avanzar hacia la gobernanza por medios electrónicos”, lo que se traducirá en una gestión de los fondos estructurales por la Comisión y por las autoridades nacionales de conformidad con los principios básicos de la administración electrónica.<sup>63</sup> En este sentido, en sus

57. Tribunal Europeo de Cuentas, *Informe Especial núm. 9/2011*, ob. cit., p. 26.

58. Tribunal Europeo de Cuentas, *Informe Especial núm. 9/2011*, ob. cit., p. 27.

59. Tribunal Europeo de Cuentas, *Informe Especial núm. 9/2011*, ob. cit., p. 39.

60. Tribunal Europeo de Cuentas, *Informe Especial núm. 9/2011*, ob. cit., p. 44.

61. Comisión Europea, *Un programa de simplificación para el Marco Financiero Plurianual 2014-2020*, COM (2012) 42 final, Bruselas, 8 de febrero de 2012.

62. Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento por el que se establecen disposiciones comunes en relación con el FEDER, el FSE, el FC, el Feader y el FEMP, así como disposiciones generales sobre los fondos de la política de cohesión*, COM (2011) 615 final, Bruselas, 6 de octubre de 2011; la cita ya es de la Propuesta modificada para tener en cuenta las negociaciones con el Consejo, COM (2012) 496 final, Bruselas, 11 de septiembre de 2012.

63. Sobre los costes de la gestión burocrática de los fondos estructurales y de cohesión, véase el informe elaborado por la consultora Sweco International para la Comisión Europea, titulado *Regional governance in the context of globalisation: reviewing governance mechanisms and administrative costs. Administrative workload and costs for Member State public*

propuestas de programación la Comisión Europea explica:

“El Reglamento Financiero ya permite explícitamente la presentación por vía electrónica de las propuestas de subvención. Algunos actos de base dan un paso más hacia el intercambio de datos por vía electrónica de forma sistemática. Las propuestas de la política de cohesión prevén en particular el establecimiento obligatorio de la gestión y el intercambio de datos por vía electrónica entre la Administración y los beneficiarios, lo cual permitirá aliviar la carga administrativa que pesa sobre los beneficiarios al permitirles presentar los documentos necesarios una sola vez.”<sup>64</sup>

También en la Propuesta de Reglamento de los fondos se hace referencia a las “soluciones de gobernanza electrónica en la gestión cotidiana de los fondos de la UE”. A tal efecto, la Comisión Europea considera que la gobernanza electrónica avanzada a nivel nacional y regional podría reducir significativamente el coste de los controles y la carga de trabajo, y, por otro lado, cumpliría mejor el principio de subsidiariedad.<sup>65</sup> Y se fija una fecha en la gestión de los fondos, el 31 de diciembre de 2014, para que las autoridades nacionales garanticen que todos los intercambios de información entre beneficiarios y autoridades de gestión, autoridades de certificación, autoridades de auditoría y organismos intermedios se efectúen únicamente por medio de sistemas de intercambio electrónico de datos (artículo 112.3 de la Propuesta de Reglamento de los fondos).

Y, en segundo lugar, la financiación de proyectos relativos a la administración electrónica será prioritaria. En efecto, la Propuesta de Reglamento de los fondos estructurales establece en su artículo 9 los objetivos temáticos, de tal modo que se compromete el apoyo de

los fondos estructurales y de cohesión para su consecución, en particular el de mejorar la capacidad institucional y la eficiencia de la Administración Pública a fin de contribuir a la estrategia de la Unión, para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.<sup>66</sup>

## 5. Conclusión

La administración electrónica resulta una dimensión inevitable en el siglo XXI, hasta el punto de que, desde la perspectiva europea, se impondrá paulatinamente, y en algunos ámbitos procedimientos administrativos y servicios públicos serán obligatorios. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la contratación pública y de la gestión de los fondos europeos desde 2014.

Por una parte, la modernización de la contratación pública mediante procedimientos electrónicos se ha puesto en práctica gradualmente con las Directivas de 2004, que ofrecían una regulación adaptada a los nuevos desarrollos tecnológicos de procedimientos de comunicación y de adjudicación de contratos públicos (tales como las subastas electrónicas o los sistemas dinámicos de adquisición), que hasta ahora se podían adoptar voluntariamente; a partir de 2014, de entrar en vigor la reforma propuesta por la Comisión, se ampliarán los procedimientos (catálogos electrónicos), serán obligatorios y se generalizará su utilización.

Por otra parte, la adopción de la administración electrónica se considera un estímulo al crecimiento y al desarrollo económico en la Unión Europea. En este sentido, y en un contexto de integración política y económica, para la cooperación transfronteriza, como es el caso ibérico o hispano-francés, la administración electrónica constituye un instrumento básico

---

*authorities of the implementation of ERDF and Cohesion Fund*, Bruselas, 16 de junio de 2010, disponible en [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/information/studies](http://ec.europa.eu/regional_policy/information/studies) (consultado el 11 de octubre de 2012). No obstante, no hay referencias a la administración electrónica (*e-Government*) salvo en lo que se refiere a las sugerencias de los entrevistados de mejora de la firma electrónica para ahorrar tiempo y papel, *vid.* p. 75.

64. Comisión Europea, *Un programa de simplificación para el Marco Financiero Plurianual 2014-2020*, *ob. cit.*, p. 12. El nuevo Reglamento financiero, en vigor en 2013, regula en sus artículos 94 a 96 los sistemas informáticos y la administración electrónica, y pretende su generalización en la gestión de las instituciones europeas y de la ejecución compartida con las autoridades nacionales [Reglamento (UE, Euratom) núm. 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) núm. 1605/2002 del Consejo, *DOUE* núm. L 298, de 26 de octubre de 2012, p. 1].

65. Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento por el que se establecen disposiciones comunes en relación con el FEDER, el FSE, el FC, el Feader y el FEMP*, *ob. cit.*, p. 6.

66. Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento por el que se establecen disposiciones comunes en relación con el FEDER, el FSE, el FC, el Feader y el FEMP, así como disposiciones generales sobre los fondos de la política de cohesión*, COM (2011) 615 final, Bruselas, 6 de octubre de 2011; la cita ya es de la Propuesta modificada para tener en cuenta las negociaciones con el Consejo, COM (2012) 496 final, Bruselas, 11 de septiembre de 2012.

y fundamental para la prestación de los servicios públicos.

Ahora bien, la mejora de la participación ciudadana en el gobierno debe ser el punto de referencia de esta ineludible modernización: la Administración, sea electrónica o comoquiera que la adjetivemos, no tiene más sentido que el servicio exclusivo de los ciudadanos. Por eso, el gran reto de nuestro siglo es que, a diferencia de lo que sugería Conrad respecto de la atmósfera administrativa creada por la tinta y el papel, evitemos que los nuevos instrumentos tecnológicos puestos en manos de la Administración terminen matando todo lo que vive y respira energía humana.<sup>67</sup> ■

---

67. CONRAD, Joseph, *La línea de sombra*, trad. Ricardo Baeza, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2000, p. 46; *The Shadow Line, A confession* [1916]; las citas en español y en inglés son como sigue: "La atmósfera administrativa es de tal naturaleza que mata todo lo que vive y respira energía humana, y es capaz de apagar la esperanza, como el temor, bajo la supremacía de la tinta y el papel"; "*The atmosphere of officialdom would kill anything that breathes the air of human endeavour, would extinguish hope and fear alike in the supremacy of paper and ink*".

---

# Posibilidades para el reajuste de efectivos en el ámbito público a la luz de la reforma laboral de 2012

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

1. **La necesaria contención del déficit público y sus repercusiones sobre el personal laboral al servicio de la Administración**
2. **Nuevas disposiciones aplicables a los despidos por causas “empresariales”**
3. **Las razones justificativas**
  - 3.1. Motivos económicos. La insuficiencia presupuestaria
  - 3.2. Presupuestos técnicos y organizativos
4. **El ámbito de aplicación de los despidos**
5. **La limitada actuación de la autoridad laboral**
6. **Prioridades de permanencia activa. Su incidencia sobre el régimen jurídico del trabajador “indefinido no fijo”**
7. **Otras modalidades de despido fundadas en causas objetivas**
  - 7.1. Absentismo
  - 7.2. Modificaciones técnicas
  - 7.3. Falta de consignación
8. **Consecuencias económicas de la improcedencia del despido: abaratamiento de la indemnización y ejecución de sentencia de contenido dinerario**
9. **Una vía de despido indirecto. La extinción causal del contrato a instancias del trabajador por falta de pago del salario**
10. **Los obstáculos a la suspensión contractual o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**
11. **Conclusión**

## Resumen

En el actual contexto de recesión económica, las Administraciones se ven obligadas a racionalizar las partidas destinadas al pago de sus efectivos con el objetivo de aliviar los problemas de financiación y de liquidez que padecen, situación particularmente manifiesta en la Administración local, especialmente en los municipios más pequeños. Sobre esta realidad ha incidido la reforma laboral de 2012, que ha terminado definitivamente con las cautelas tradicionalmente existentes con respecto a la facultad de aplicar las medidas legales de reestructuración empresarial, como instrumento para resolver las dificultades derivadas de los excedentes de personal en las Administraciones Públicas, poniendo los cimientos para conseguir una reducción sustancial del volumen de empleados públicos.

Palabras clave: *sector público; déficit público; despido colectivo; despido objetivo; causas económicas, técnicas y organizativas.*

## *The readjustment of personnel in the public sector in the light of the labour reform of 2012: exploring possibilities*

### **Abstract**

*In the present context of economic recession, Administrations are obliged to rationalize the payment of their workers with the aim of resolving their financial troubles and treasury tensions. This obligation is very demanding for Local Administration and, specially, for the smallest municipalities. Taking into account these circumstances, the labour reform of 2012 has dismissed the old precautions in applying legal measures to business restructuring and has conceived them as an adequate instrument for solving the difficulties derived from the excess of personnel in Public Administrations. Therefore, the aim of the reform is to obtain a substantial reduction of the number of workers in the public sector.*

Keywords: *public sector; public deficit; collective dismissal; objective dismissal; economic, technical and organizational grounds.*

### **1. La necesaria contención del déficit público y sus repercusiones sobre el personal laboral al servicio de la Administración**

La aureola de perennidad que ha venido rodeando a las Administraciones no llega hoy al extremo de considerar que las entidades públicas sean invulnerables, y que puedan garantizar a los trabajadores de régimen laboral una especie de "propiedad del puesto de trabajo" o una inmunidad absoluta frente a los despidos. Antes al contrario, esta idea no puede ser sostenible en un marco normativo como el actual, donde la extinción del contrato se puede justificar en una gama muy amplia de motivos o razones de distinto origen, atinentes a conveniencias o necesidades de las empresas y organizaciones de trabajo, sean privadas o públicas.<sup>1</sup>

En efecto, aun cuando ha llegado a ser comúnmente admitido que en tiempos de crisis el empleo público representa un puerto de refugio para sus "privilegiados" empleados, dadas la estabilidad en el puesto de trabajo tradicionalmente a él atribuida y la seguridad en la percepción de las retribuciones, la realidad muestra con rotundidad lo discutible que resulta esta afirmación,<sup>2</sup> pues los costes del personal suponen un compo-

nente esencial dentro del capítulo del gasto público, y su reducción una vía privilegiada para la contención del déficit. En el actual contexto de recesión económica, las Administraciones se ven obligadas a racionalizar las partidas destinadas al pago de sus efectivos, con el objetivo de aliviar sus problemas de financiación y aligerar las situaciones de falta de liquidez que padecen, consecuencia del caos financiero y presupuestario que ha invadido al sector público español en los últimos tiempos, marcado, según los expertos, por el incumplimiento reiterado de los principios de derecho presupuestario y de contabilidad pública, de los requisitos a respetar en las distintas fases del gasto público, y del carácter limitativo de los créditos disponibles.<sup>3</sup>

Esta situación es particularmente manifiesta en la Administración local, especialmente en los municipios más pequeños, que han visto reducidos drásticamente sus ingresos, pero no se han liberado de la obligación de dar respuesta de forma eficiente a incontables demandas de servicios y ejecuciones de tareas de todo tipo, con el agravante, además, de que constituyen el nivel más cercano al ciudadano, y, en consecuencia, el que soporta presiones más fuertes para seguir atendiendo a dichas necesidades.<sup>4</sup> A la caída de los ingre-

1. MARTÍN VALVERDE, A., "Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", en GÁRATE CASTRO, J. (coord.), *Las relaciones laborales en las Administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local, 2, Fundación Democracia y Gobierno Local-Diputación de Zaragoza, Barcelona, 2004, p. 203.

2. SÁNCHEZ MORÓN, M., "La situación actual del empleo público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, 2010, p. 58.

3. JIMÉNEZ RIUS, P., "Algunas razones del caos financiero y presupuestario en las Administraciones Públicas españolas", *Diario La Ley*, núm. 7778, 2012, p. 1 y ss.

4. 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, febrero de 2012, p. 8.

tos fiscales de las entidades locales derivados de sus propios tributos (el caso más paradigmático son los relativos al urbanismo, o, mejor dicho, a la construcción), se une una necesaria afectación (así como una mayor dependencia) a los ingresos derivados de las transferencias de otras Administraciones Públicas, que, a su vez, están sufriendo un recorte generalizado de ingresos, por lo que resulta obvio que ello implica una menor disponibilidad de recursos derivados de esta vía.<sup>5</sup> Al tiempo, las comunidades autónomas también dedican una alta proporción de su gasto público a pagar los salarios de los trabajadores a su servicio,<sup>6</sup> no en vano dan ocupación a un ingente volumen de efectivos, debiendo asumir importantes partidas en este concepto.

La crisis por la que atraviesa el sector público español, y, en concreto, la Administración local y autonómica, es de largo recorrido y de profunda intensidad, pero se manifiesta de forma más acusada en el momento presente. La disciplina presupuestaria y el criterio de sostenibilidad fiscal se imponen, y apuntan principios de contención y optimización en la gestión del personal. Así las cosas, en los últimos dos años se han sucedido un número importante de disposiciones normativas (acuerdos Gobierno-sindicatos, disposiciones reglamentarias y normas con rango de Ley), capaces de marcar, en tan poco tiempo, un tránsito en el rumbo (con pasos más o menos significativos y a veces de signo opuesto) desde el desarrollo sistemático del nuevo modelo que instauró el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) hasta la apuesta por el establecimiento de medidas de emergencia económica que pasan a primera línea, incluyendo acciones de choque que suponen incluso la extinción de la relación laboral, o, cuando menos, una incidencia directa (sustancialmente a la baja) en las condiciones de trabajo.

Las altas tasas de temporalidad en las Administraciones Públicas les han permitido limitarse, en muchas ocasiones, a no renovar los vínculos suscritos a término, siendo muy habitual también reducir las contrata-

ciones externas con empresas de servicios; pero cuando el recurso a ambos instrumentos no es suficiente surge de inmediato la necesidad de adoptar medidas de flexibilidad interna (movilidad funcional, geográfica, o modificaciones sustanciales *in peius* de condiciones), incluyendo la criticable inaplicación unilateral de las condiciones pactadas por la vía del nuevo artículo 32 EBEP, o los denominados descuelgues [artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET)], sin olvidar la posibilidad de reducir empleo por el cauce más traumático del despido por causas económicas, técnicas y organizativas, facilitado por la última reforma laboral llevada a cabo mediante el Real Decreto-ley 3/2012, tramitado como Ley 3/2012, de 6 de julio, que, no siendo recibida precisamente con entusiasmo sindical, instaura un nuevo modelo de relaciones laborales, terminando definitivamente con las cautelas tradicionalmente existentes con respecto a la facultad de aplicar las medidas legales de reestructuración empresarial, como instrumento capaz de resolver las dificultades derivadas de los excedentes de personal en las Administraciones Públicas, poniendo los cimientos para conseguir una reducción sustancial del volumen de empleados públicos laborales, tal y como marcan las instituciones comunitarias o los organismos internacionales.<sup>7</sup>

## 2. Nuevas disposiciones aplicables a los despidos por causas “empresariales”

La hoja de ruta que marca la denominada “política de tijera” ante la insuficiencia presupuestaria que asola a las Administraciones, manifestada en recortes lineales e indiscriminados, sean de las retribuciones o sean de las restantes condiciones de trabajo,<sup>8</sup> no se ha hecho esperar, al igual que tampoco lo han hecho los denominados despidos “estratégicos”.

Un dato elocuente no debe pasar desapercibido: el comportamiento singularmente desconcertante del

5. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿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, Bilbao, 2011, p. 34.

6. VILLORIA MENDIETA, M., “El empleo público en tiempos de incertidumbre: ¿continuidad o reforma? Empleo público y código ético: la necesidad de reforzar los valores públicos de una institución cuestionada”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIII, Zaragoza, 2011, p. 30.

7. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F., “Implicaciones de la reforma laboral en las Administraciones Públicas”, [www.ileon.com](http://www.ileon.com), 28 diciembre 2012.

8. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas”, cit., p. 36.

empleo público durante el proceso de recesión económica que va desde 2007 a 2010, pues mientras las empresas privadas han destruido en ese período más de dos millones de empleos, el sector público se vio incrementado en 244.000 efectivos (210.000 por lo que hace a las comunidades autónomas, casi 26.000 para la Administración local, y casi 19.000 para la Administración del Estado), siendo especialmente significativo que más de la mitad del aumento de esos puestos se sitúe en lo que se denomina “actividades administrativas”, siguiéndole en importancia las “actividades de sanidad y asistenciales y las educativas y de seguridad”.<sup>9</sup> No obstante, tampoco cabe ocultar que desde enero de 2010 a julio de 2011 el número de empleados públicos ya había comenzado a bajar tímidamente, de 580.869 a 569.948 en la Administración central, y de 1.348.492 a 1.347.835 en las Administraciones locales, tendencia lógicamente más acusada en el primer semestre de 2012 y, sobre todo, en el segundo.

Sea como fuere, según el Boletín Estadístico del Registro Central del Personal, actualizado a junio de 2011, existen 2.690.099 empleados públicos, a los que hay que añadir unos 450.000 efectivos del sector público instrumental, ascendiendo el número real a 3.136.000. Todos ellos tienen derecho a la percepción puntual del salario, elemento esencial en la prestación de su actividad. Dicho en otros términos, la Administración debe cumplir la obligación retributiva contraída, haciendo efectivo su devengo con la puntualidad exigida, circunstancia no exenta de dificultades en el momento presente.

Centrando la atención en los trabajadores, cabe efectuar dos consideraciones de partida:

**1.-** La jurisprudencia ha proclamado que cuando la Administración actúe como empresaria ha de quedar sujeta al ordenamiento jurídico encargado de disciplinar esa prestación de servicios; en consecuencia, el contrato de trabajo habrá de regirse, en su desarrollo y en la extinción de la relación de él dimanante, por la normativa social de aplicación, no en vano entra en la delimitación del ámbito de aplicación del ET (artículos 1.1 y 2), quedando excluidos únicamente los fun-

cionarios públicos y los contratados administrativamente [artículo 1.3 a) ET].<sup>10</sup>

En palabras del propio Tribunal Supremo, “no puede entenderse que las entidades y organismos públicos queden exentos de someterse a la legislación social cuando, actuando como empresarios, celebren y aparezcan vinculados con sus trabajadores por medio de contrato laboral... y ello a pesar de los principios constitucionales, pues estos cualificados empleadores deben tener en cuenta la normativa general, coyuntural y sectorial destinada a regular esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo... Negar tal sometimiento iría en contra del claro mandato del art. 9.1 de la Norma Fundamental que sujeta, no solo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico...”.<sup>11</sup>

Más aún, el legislador laboral en ningún momento considera que el contrato de trabajo celebrado por una Administración Pública con su personal por cuenta ajena constituya una relación laboral especial, que suponga la preterición de la aplicación del propio ET o de instituciones específicas del mismo. Como única peculiaridad a tener en cuenta, procede aclarar que a la relación de servicios de este colectivo no solo le va a ser de aplicación la mentada ley laboral, sino también el EBEP, en términos tales que el articulado de este último en ocasiones establece reglas muy concretas, las cuales en la práctica comportan que su régimen jurídico se separe del común recogido en la legislación social, jugando a estos efectos el “principio de especialidad”, es decir, aplicándose preferentemente el EBEP respecto del ET en las hipótesis de conflicto entre ambas leyes, pero ello siempre y cuando los preceptos del primero así lo dispongan expresamente (artículo 7 EBEP), pues, en caso contrario, la presunción de partida es que la Ley 7/2007 se aplica exclusivamente a los funcionarios públicos.<sup>12</sup>

Así, el artículo 7 EBEP parece ofrecer la regla básica (no exenta de complejidad) del sistema de fuentes: aplicación del EBEP, del ET y de los convenios colectivos.

**2.-** Cierto es, por otra parte, que los funcionarios de carrera quedan amparados por el principio de la

9. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas”, cit., p. 19.

10. Por todas, SSTS, Social, 10 marzo 1999 (RJ 1999, 2124) y 11 noviembre 2004 (RJ 2004, 7622).

11. STS, Social, 6 mayo 1992 (RJ 1992, 3516) y 24 enero y 19 julio 1994 (RJ 1994, 865 y 6684).

12. LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Madrid, 2009, p. 23 y ss.

inamovilidad, como garantía de su imparcialidad en el desempeño de los quehaceres asignados y de su neutralidad ante los cambios políticos, de modo que la pérdida de su condición se produce por las causas que taxativamente enumera el artículo 63 EBEP: renuncia, pérdida de la nacionalidad, jubilación total, sanción disciplinaria de separación del servicio – sin posibilidad de acceder de nuevo y pro futuro a la Administración– y pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público.<sup>13</sup>

No menos cierto resulta, sin embargo, que la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de la Administración, puesto que no goza del derecho de permanencia en el cargo, tiene lugar por las causas previstas en el ET, con dos únicas salvedades establecidas en el propio EBEP: una, que el despido disciplinario comporta la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo en las Administraciones Públicas con funciones similares a las que se desempeñaban [artículo 96.1 b) EBEP] –aunque no para suscribir un vínculo contractual con cometidos diferentes, ni para intentar el reingreso en el empleo público con la condición de funcionario–; otra, que procede en todo caso la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente su despido derivado de un incumplimiento grave y culpable (artículo 96.2 EBEP),<sup>14</sup> acompañada de los salarios dejados de percibir y de los salarios de tramitación.

Salvo estas dos peculiaridades, ninguna precisión adicional efectúa el EBEP en relación con los despidos de los trabajadores al servicio de la Administración, razón por la cual procede acudir a lo previsto en la normativa laboral, siendo tradicionalmente admitida, no sin pronunciamientos contrarios,<sup>15</sup> la posibilidad de que las Administraciones pudieran recurrir a los artículos 51 y 52 ET en aras a una organización administrati-

va racional, evitando gastos innecesarios y sirviendo del modo más eficiente a la prestación de los servicios públicos.<sup>16</sup> Pues bien, es precisamente en este punto donde la reforma de 2012 ha introducido una modificación sustancial, pues por primera vez en nuestra historia legislativa se ha procedido a establecer un régimen jurídico particular relativo a la aplicabilidad en el sector público de la regulación de los despidos colectivos e individuales por causas económicas, técnicas y organizativas, dedicando la disposición adicional 20.ª a este menester, y procediendo a realizar una adaptación de las causas extintivas y a introducir una regla de preferencia en la permanencia activa a favor de un determinado colectivo de empleado público laboral.<sup>17</sup>

Técnicamente hubiera sido más acertado, al menos desde el punto de vista sistemático, incorporar esta posibilidad extintiva con la adición de un nuevo apartado en los artículos 51 y 52 ET, pero el legislador ha preferido dedicar tres preceptos diferentes para unos mismos despidos colectivos y por causas objetivas, uno para el personal laboral de las Administraciones Públicas (disposición adicional 20.ª ET) y otros dos para el resto del personal laboral (artículos 51 y 52 ET).<sup>18</sup>

### 3. Las razones justificativas

Una autoridad laboral poco proclive a la aceptación del denominado ERE público, una jurisprudencia vacilante, una postura contraria manifestada por el Servicio Público de Empleo Estatal, y un tenor de la norma no adaptado a las peculiaridades del sector público, muy distintas a las del sector empresarial, han provocado una contundente reacción del legislador de 2012 en una única dirección: abaratar, agilizar y facilitar la reconducción de la actuación empresarial (incluyendo,

13. PALOMAR OLMEDA, A., “El carácter vitalicio de los funcionarios públicos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 809, 2010, p. 8.

14. CAVAS MARTÍNEZ, F., “Pérdida de la relación de servicio”, en AA. VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Comares, Granada, 2008, p. 660.

15. Que entendían cómo las organizaciones gubernativas, a diferencia de las privadas, no justifican su permanencia en el lucro, en la rentabilidad del negocio, sino en la satisfacción del interés general, con la consecuencia de que los problemas financieros de las mismas no ponen en peligro su supervivencia garantizada *de iure*. SSTSJ, Social, Valencia 26 septiembre 1997 (rec. 2860/1996), Extremadura 18 mayo 1998 (AS 5528) y Cataluña 9 marzo 1999 (rec. 6807/1998).

16. STSJ, Social, Madrid 10 junio 1995 (rec. 2080/2005).

17. GIL PLANA, J., “Despido colectivo: aspectos sustantivos”, en MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.), *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Civitas, Madrid, 2012, p. 286.

18. TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., “Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas)”, en MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, Madrid, 2012, p. 227.

ahora sí, expresamente a las Administraciones Públicas) hacia las extinciones del contrato por razones no imputables al comportamiento del trabajador. Así, de la mano de la disposición adicional 2.ª del Real Decreto-ley 3/2012, se añade una nueva disposición adicional 20.ª al ET (sobre la cual la Ley 3/2012 efectúa únicamente leves retoques), para remitir a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) ET respecto a la tramitación de estos despidos colectivos y objetivos por las Administraciones Públicas, pero, como novedad, se detiene en establecer la definición y justificación de los despidos en el marco de lo público, adaptando la normativa general laboral a un sector supeditado al cumplimiento de los intereses generales de la comunidad para habilitar sin reservas su ejercicio. Se quiere facilitar, así, el acceso a los cauces extintivos por causas económicas, técnicas y organizativas, al permitir realizar con eficacia y menor coste los ajustes de plantilla que sean requeridos. Y ello pese a que la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre aproximación de legislaciones en materia de despidos colectivos, excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores de las Administraciones Públicas o de las instituciones de derecho público [artículo 1.2 b)].

Esta crítica ha sido salvada por algún sector de la doctrina, entendiendo que el hecho de que la Directiva no se aplique a los trabajadores públicos no impide que los ordenamientos de cada Estado miembro puedan establecer la materialización efectiva del despido colectivo en este ámbito, ni entraña colisión alguna con la posible aplicación a los despidos de tales trabajadores. Lo que la exclusión prevista en la Directiva supone, en tanto que se trata de una norma que fija directrices que los Estados miembros vienen obligados a trasponer, es, precisamente, que los Estados miembros no tienen la obligación de aplicar el contenido de la Directiva en el sector público, pero no implica que no puedan contemplar en su normativa interna el reconocimiento de la aplicación del despido colectivo en el sector público si así lo consideran conveniente.<sup>19</sup>

### 3.1. Motivos económicos. La insuficiencia presupuestaria

Mientras una empresa privada, para justificar el despido, tendrá que acreditar unos resultados de los que se desprenda una situación negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, si se trata de una Administración se entenderá que acaecen las causas económicas capaces de justificar los despidos cuando se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes, esto es, un desequilibrio entre ingresos previstos y gastos conformados en el presupuesto, distinguiendo, por tanto, “entre presupuestación y caja porque una cosa es tener crédito y otra tener dinero para pagarlo”.<sup>20</sup> Y ello porque los ingresos de la Administración no dependen de las fluctuaciones de la demanda en el seno de un mercado competitivo, sino de la planificación presupuestaria que prevé una determinada financiación, que tiene la posibilidad de incrementar o reducir por la vía impositiva, y unos gastos, que también dependen de la voluntad del ente público.<sup>21</sup>

La referencia a la denominada “insuficiencia presupuestaria sobrevenida” excluye aquellas causas económicas que tengan como origen una decisión política de dotar a una determinada Administración Pública de unos recursos inferiores en el momento de elaboración y aprobación de los presupuestos correspondientes. O lo que es lo mismo, únicamente cabe invocar esta causa de despido cuando, una vez aprobados los presupuestos, existan dificultades económicas diferentes a las que pudieran haberse tenido en consideración en el momento de elaboración de los mismos.<sup>22</sup> Al tiempo, la insuficiencia ha de ser cierta y actual, no prevista o futura, como en el sector privado, en el que parece que la mera previsibilidad de que se vayan a producir pérdidas permite poner en marcha el mecanismo de los despidos,<sup>23</sup> pues la propia norma habla de que en el sector

19. GIL PLANA, J., “Despido colectivo: aspectos sustantivos”, cit., p. 203.

20. PALOMAR OLMEDA, A., “El buen orden de las cuentas públicas”, [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com).

21. PURCALLA BONILLA, M. A. y PRECIADO DOMÉNECH, C. H., “Extinción del contrato de trabajo *versus* suspensión y reducción de jornada en el Real Decreto-ley 3/2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 2, 2012, p. 9.

22. TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 169.

23. GONZÁLEZ ALONSO, A., “La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público”, *Actum Social*, núm. 61, 2012, p. 66.

público han de llevarse a cabo en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa “de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas”.<sup>24</sup>

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, define el primer concepto como “la situación de equilibrio o superávit estructural” (artículo 3.2), y el segundo como “la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública” (artículo 4.2). No existe, por lo demás, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, un concepto de “insuficiencia presupuestaria”, ni tampoco lo contempla para las entidades locales 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. Sí se regula, sin embargo, la situación de “desequilibrio financiero”, de modo que todos los entes, organismos y entidades del sector público están obligados a suministrar la información necesaria para la medición del grado de realización del objetivo de estabilidad presupuestaria, correspondiendo a la Intervención General de la Administración del Estado, en el ejercicio de las competencias de centralización de la información contable previstas en la Ley General Presupuestaria, realizar el seguimiento del cumplimiento del equilibrio financiero de las entidades integrantes del sector público estatal, así como de los planes de saneamiento derivados de su incumplimiento. En consecuencia, puede concluirse – permítase la reiteración – que la situación de desequilibrio financiero es equivalente, a estos efectos, al incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.<sup>25</sup>

La insuficiencia presupuestaria se proyecta, así, sobre dos instrumentos: previsión y financiación de los servicios públicos, sin que legitime la medida extintiva una deficiencia de carácter transitorio o coyuntural, pues se exige la concurrencia de la nota de persistencia, cifrada, al igual que hace el artículo 51 ET, en un

parámetro de tres trimestres consecutivos. No es preciso esperar al cierre de un ejercicio presupuestario para testimoniar la situación de déficit público, sino que basta con que los ingresos o recursos se vean minorados sustancialmente durante nueve meses para que pueda acudir al despido colectivo por causas económicas. La objetivización de la duración temporal en dicho período inferior al anual permitirá a los economistas de las empresas privadas jugar con las cuentas auditadas para ver si hay disminución de ingresos o ventas, acudiendo a balances trimestrales o a las declaraciones de IVA, al igual que lo posibilitará a los servicios de intervención de los entes públicos, pues es sabido que el ejercicio presupuestario es anual, y, por tanto, al menos debería haberse dado la oportunidad de contemplar y comparar qué pasa entre varios ejercicios presupuestarios públicos.<sup>26</sup> Se echa de menos, también, que se hubiera introducido algún criterio de concreción adicional, tal y como la Ley 3/2012 ha incorporado en el artículo 51 ET para las empresas privadas, en cuya virtud, para hacer la comparativa de ingresos y apreciar la disminución durante tres trimestres consecutivos, ha de atenderse al mismo trimestre del año anterior.

A la luz del tenor legal actual, para acreditar la existencia de causa económica bastará con justificar que durante tres trimestres consecutivos se ha producido una insuficiencia presupuestaria, de modo que en tal momento y antes de elaborar el nuevo presupuesto que deberá realizarse en un marco de estabilidad presupuestaria, según determina el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2012, se podrá recurrir a los despidos económicos a fin de reducir los costes de personal y lograr así la situación de equilibrio estructural y financiero, según los casos.<sup>27</sup>

Lo que está claro es que ya no se exige que la situación económica negativa de la empresa-Administración pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo, ni que tenga que acreditar los resultados alegados y justificar que de

24. PURCALLA BONILLA, M. A. y PRECIADO DOMÉNECH, C. H., “Extinción del contrato de trabajo *versus* suspensión y reducción de jornada en el Real Decreto-ley 3/2012”, cit., p. 8.

25. GONZÁLEZ ALONSO, A., “La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público”, *Actum Social*, núm. 61, 2012, p. 66.

26. MOLINA NAVARRETE, C., “De las ‘reformas laborales’ a un nuevo, e irreconocible, ‘Estatuto del Trabajo Subordinado’”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 348, 2012, p. 109.

27. ROQUETA BUJ, R., “La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público”, en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en un contexto de crisis*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 528.

los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva, quedando superadas, en consecuencia, las dificultades que se habían planteado en la vía judicial, con anterioridad a la reforma de 2012, para declarar la procedencia de los despidos, y haciendo inviables sentencias futuras dictadas contra la política de rescisiones contractuales de ciertas entidades públicas.<sup>28</sup>

Ahora las insuficiencias presupuestarias sobrevenidas se refieren a aquellos supuestos en los que la previsión de ingresos se hizo en condiciones que no han resultado reales y, por tanto, no han servido para cubrir los gastos que se contemplaron en la programación económica presupuestaria. Esta versión de la causa económica se concreta en la existencia real y mantenida de la insuficiencia, derivada del contraste entre la financiación prevista (de origen público) y los gastos posibles, de forma que las Administraciones solo podrán decidir estas actuaciones extintivas sobre la base del pasado, y no en función de las perspectivas de futuro.<sup>29</sup> La voluntad del legislador ha sido la de vincular las insuficiencias presupuestarias a la imposibilidad de financiar los servicios públicos, superando así la tentación inicial de asegurar o centrar la crisis económica en el ámbito de los gastos correspondientes a la gestión ordinaria, lo que volvería a constituir uno de los impedimentos centrales e históricos para la aplicación real de la causa económica.<sup>30</sup> Es más –y no menos importante–, con la nueva redacción se viene a excepcionar el principio de personalidad jurídica única de la Administración Pública, con el resultado de que, a la hora de determinar si concurren o no las causas económicas, habrá de estarse exclusivamente a la situación presupuestaria de la concreta Administración de que se trate (territorial, institucional, etc.).<sup>31</sup>

El Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos

de despido colectivo, entiende que existirá insuficiencia presupuestaria cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario; b) Que los créditos del departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria (artículo 35).

Por otro lado, no parece exigible a los efectos de la tramitación de los despidos aquí analizados la aprobación previa de un plan de ordenación de los recursos humanos (artículo 69 EBEP),<sup>32</sup> pues este tipo de instrumentos, de carácter facultativo, van dirigidos a “contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de los efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad”. En este sentido se había pronunciado ya la doctrina judicial con anterioridad a la reforma, señalando que si una Administración Pública actúa como empleadora le es plenamente aplicable la normativa laboral, entre la que se incluyen las normas sobre extinción contractual por causas económicas, técnicas, productivas y organizativas, “siempre que concurren las circunstancias en él previstas para proceder a la citada extinción, sin que sea preceptivo acudir a la regulación de un plan de empleo”.<sup>33</sup>

Su fin es, por tanto, doble: de un lado, posibilitar que la prestación de los servicios por parte de la orga-

28. ROJO TORRECILLA, E., “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”, <http://eduardorjoblog.blogspot.com>.

29. GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del Real Decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 259.

30. PALOMAR OLMEDA, A., “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012 (BIB 2012/364), p. 3.

31. ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. El Real Decreto-ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 95.

32. SSTSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 25 abril 1997 (rec. 2871/1996) o Castilla y León (Valladolid) 24 julio 2006 (rec. 1308/2006).

33. STSJ, Social, Castilla y León (Valladolid) 24 julio 2006 (rec. 1308/2006).

nización sea eficaz; de otro, que el gasto en recursos humanos se realice de forma eficiente.<sup>34</sup> Estos planes de ordenación pretenden, por ende, conseguir la “óptima utilización de los efectivos al servicio de los entes públicos” en el ámbito al cual afecten, abarcando las actuaciones globales y puntuales precisas, de forma conjunta para el personal funcionario y laboral, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal.<sup>35</sup> Integran, así, un conjunto voluntario de previsiones y actuaciones capaces de resolver, en la medida de lo posible, las necesidades de la gestión del personal en su esfera de aplicación, garantizando la disposición de los empleados necesarios para la adecuada prestación de los servicios, en número y características.<sup>36</sup> De ahí que no sea necesaria, atendiendo al tenor legal, la elaboración de este tipo de mecanismos de planificación para llevar a cabo un despido objetivo o colectivo, pero dando un paso más nada impide que se elaboren por la Administración a estos efectos e incluso sería recomendable,<sup>37</sup> máxime cuando las medidas a las que hace referencia el artículo 69 EBEP no tienen carácter exhaustivo (“entre otras posibles”), pudiendo incluirse, por tanto, sin dificultad este tipo de extinciones contractuales.<sup>38</sup> Es más, sin este esquema de planificación, los debates y actuaciones sobre el número de empleados públicos van a ser tomados en el vacío, permitiendo a cuantos especuladores circundan este ámbito formular aporías sobre cuestiones que no siempre tienen una legitimación en términos de una correcta gestión del empleo público.<sup>39</sup> Ahora bien, en los supuestos en los que existiera este instrumento de planificación no debe entenderse tampoco automáticamente que concurren las causas económicas, técnicas u organizativas exigidas por el ET para justificar los despidos, sino que debe ser el órgano judicial el que entre a valorar el fondo de las

razones esgrimidas y su concurrencia a la vista de la documentación aportada.<sup>40</sup>

El Real Decreto 1483/2012 reconoce el carácter facultativo de la tramitación de un plan de ordenación de recursos humanos (artículo 39.5).

No obstante, no cabe perder de vista que la Ley 3/2012 parece haber sujetado la aplicación del despido colectivo en todo el sector público a la aprobación de un plan económico-financiero, separándose así de la regulación general del artículo 51 ET, lo que puede entrañar una garantía para el empleado público laboral de que solo se utilizará este mecanismo en el marco de una acción más amplia encaminada a lograr la estabilidad presupuestaria y la suficiencia económica. Así, el párrafo primero de la nueva disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET establece que las extinciones se efectuarán “conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c)... y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas”, en referencia a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, que dedica el capítulo IV a las medidas preventivas, correctivas y coercitivas, señalando expresamente en su artículo 21 que, si se incumple el objetivo de estabilidad presupuestaria, el límite de la deuda pública o la regla de gasto, la Administración transgresora formulará un plan económico-financiero, dentro del cual se deberán explicar, entre otros aspectos, la descripción, la cuantificación y el calendario de aplicación de las medidas a adoptar para cumplir con los antedichos principios.<sup>41</sup>

De este modo, si la nueva disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET inserta el despido por causas estratégicas dentro de las medidas preventivas y correctivas, y la normativa en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera determina que dichas medidas deben estar

34. VÁZQUEZ CARRANZO, J., “Art. 69. Objetivos e instrumentos de la planificación”, en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 744.

35. PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, 8.<sup>a</sup> edición, Dikynson, Madrid, 2009, p. 160.

36. ALDOMÀ BUIXADÉ, J., “Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)”, en REY GUANTER, S. DEL (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, p. 741.

37. STSJ, Social, Comunidad Valenciana 26 septiembre 1997 (AS 1997, 3019).

38. CANTERO MARTÍNEZ, J., “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal”, cit., p. 33.

39. PALOMAR OLMEDA, A., “Planificación e instrumentos de gestión de los recursos humanos”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local-CEMCI, Bilbao, 2011, p. 159.

40. VIVERO SERRANO, J. B., “Extinción del contrato de trabajo”, en CARDENAL CARRO, M. (dir.), *El personal al servicio de las corporaciones locales*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 1159.

41. GIL PLANA, J., “Despido colectivo: aspectos sustantivos”, cit., p. 298.

contenidas en un plan económico-financiero, la consecuencia lógica es que este instrumento deberá preceder a cualquier decisión extintiva de este carácter que se adopte en el sector público, quedando vinculado, en definitiva, el despido colectivo a la previa aprobación de un plan económico-financiero.<sup>42</sup>

### 3.2. Presupuestos técnicos y organizativos

Cabe apreciar, en primer lugar, una discrepancia entre el tenor literal del título de la disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET y el contenido de la misma, pues mientras la rúbrica hace referencia a los cuatro motivos clásicos (“causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”), el desarrollo del precepto omite toda mención a las razones productivas. Igualmente, el Real Decreto 1483/2012 alude exclusivamente a las causas “técnicas” y “organizativas”.

Así –y dejando a un lado las razones económicas–, la citada disposición adicional establece textualmente cómo “se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”.

De tal redacción legal, cabe extraer tres consideraciones:

a) La regulación de las causas técnicas es prácticamente idéntica a la diseñada para el sector privado, pues únicamente, como diferencia digna de mención, se alude a la “prestación del servicio público” frente a la “producción empresarial”. Encajarían en este supuesto, por ejemplo, aquellos casos en los que la Administración no necesitara tanto personal auxiliar administrativo por la introducción de nuevas tecnologías de la comunicación y de la información.

b) Lo mismo sucede por lo que hace a las causas organizativas, donde se atiende a los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público, sin efectuar alusión alguna al modo de organizar la producción. Aquí cabe ubicar, por ejemplo, los despi-

dos que sean consecuencia de la decisión de externalizar determinadas funciones o servicios públicos del Ayuntamiento, la supresión o reducción de la dispensa de determinados servicios, o la reorientación de los mismos hacia ámbitos de mayor trascendencia social o que se consideran prioritarios. En relación con el primero de estos supuestos no han faltado, sin embargo, pronunciamientos judiciales que han considerado no ajustada a derecho, por fraudulenta, la amortización de unas plazas por adjudicación del servicio a una empresa privada si el organismo demandado mantiene la prestación de la actividad.<sup>43</sup>

c) No cabe aplicar, sin embargo, causas productivas cuando el empleador sea una Administración Pública, pues la disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET no las regula y la aplicación supletoria de la definición que introduce el nuevo artículo 51 ET deviene inviable en el sector público de base territorial, pues se refiere a los “cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”, de imposible traslación atendiendo al fin perseguido por las Administraciones cual es la satisfacción del interés general y la prestación de servicios públicos. Los meros cambios en la demanda de los bienes o servicios que las Administraciones ofrecen a los ciudadanos, no serán suficientes para justificar los despidos de sus trabajadores si no van acompañados de una insuficiencia presupuestaria, o de cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público o de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público. Sin embargo, no cabe ocultar que sí podrían aplicarse en las sociedades mercantiles y algunas empresas públicas.

Así lo reconoce el punto quinto del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, publicado como anexo de la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, en virtud del cual se dispone que “Las medidas laborales que en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento que se adopten se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en los términos de la disposición adicional segunda Real Decreto-ley

42. GIL PLANA, J., “Despido colectivo: aspectos sustantivos”, cit., p. 299.

43. Así ha sucedido en el ejemplo concreto de un socorrista, vinculado con la Administración mediante un contrato de interinidad por cobertura de vacante en puesto fijo discontinuo, respecto del cual no pueden ignorarse sus derechos, quedando equiparado a una amortización de plazas el desplazamiento de la actividad a una empresa que va a continuar con la misma. STS, Social, 28 febrero 2012 (rec. 4139/2010). En el mismo sentido, STS, Social, 6 junio 2012 (rec. 1623/2011).

3/2012", referencia que hay que entender efectuada a la actual disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET.<sup>44</sup> En este ámbito (empresarial y fundacional), sí van a tener, por ende, operatividad las causas productivas.

Sea como fuere, el concepto de causas técnicas y organizativas se mantiene para el sector público en el sentido indicado por la disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET, siendo preceptivo en estos supuestos que la empresa-Administración acredite la concurrencia de algunas de las razones señaladas en el tenor legal, pero sin que sea necesario justificar, al tiempo, que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa o a mejorar la situación interna a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Se consagra, por tanto, la potestad organizativa de la Administración, y la repercusión que la misma puede tener en el ámbito de las relaciones laborales que resulten afectadas como consecuencia de su ejercicio,<sup>45</sup> objetivando, a la postre, la prueba de dichas causas ante los tribunales, con el fin de facilitar la consideración de los despidos como procedentes.<sup>46</sup>

No cabe duda, a la postre, de que a la Administración le será mucho más cómodo y factible recurrir a esta vía extintiva, ante la generalidad de cambios en los sistemas y métodos de trabajo que se pueden implementar, capaces de justificar la concurrencia de causas organizativas, con el fin de expulsar de la carrera a los empleados públicos, que abrir un expediente disciplinario frente al empleado que, supuestamente, ha incurrido en algún comportamiento reprobable y merecedor de la máxima sanción de despido, pues esta vía sancionadora siempre será mucho más difusa e incierta.<sup>47</sup>

#### 4. El ámbito de aplicación de los despidos

La extinción contractual por causas económicas, técnicas y organizativas afecta al personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte

del sector público, entendido, por disposición expresa del Real Decreto-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, de acuerdo con el artículo 3.1 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 (TRLCSP).

Así, procede entender que resulta aplicable el nuevo régimen jurídico regulador de los despidos colectivos y objetivos a los siguientes entes:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades públicas, las Agencias estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado, sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

44. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2012, p. 1051.

45. PALOMAR OLMEDA, A., "El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones", cit., p. 3.

46. GONZÁLEZ ALONSO, A., "La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público", cit., p. 67.

47. TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., "Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas)", en MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, Madrid, 2012, p. 233.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Se adopta, por tanto, un concepto de Administración más amplio que el acogido en el propio EBEP, pues en este último, junto a las entidades de base geográfica (Administración General del Estado, Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, y Administraciones de las entidades locales, “como cara más visible de lo público”),<sup>48</sup> solamente se añaden, de un lado, la Administración institucional o, mejor dicho, instrumental, directa o indirectamente dependiente de alguna Administración territorial, y las Universidades públicas (artículo 2); de otro, pero solo en cuanto a los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 EBEP, las entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en las anteriores, esto es, las fundaciones y empresas públicas con forma de sociedad (disposición adicional primera EBEP).<sup>49</sup>

Tampoco se acoge el concepto de Administración Pública que diseña el legislador en el artículo 1.2 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que incluye exclusivamente a la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local, y las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales.

La disposición adicional 20.ª ET, en la redacción otorgada por la Ley 3/2012, ha escogido, sin embargo, el TRLCSP, en detrimento del EBEP y de la LJCA, situación esta que llama la atención desde el momento en

que el contenido de la disposición adicional mencionada supone una alteración de las bases del régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, lo cual debería haber motivado, como criterio más lógico, que el ámbito subjetivo de aplicación se hubiera determinado en relación con la norma que aspira precisamente a establecer la ordenación de los empleados públicos. Repárese en que el EBEP, según se desprende tanto del preámbulo como de su artículo 1, tiene como finalidad el establecimiento de las bases tanto del régimen estatutario de los funcionarios públicos como del personal laboral al servicio de las Administraciones, mientras que el TRLCSP adopta como objetivos tanto la codificación de las diferentes normativas relativas a la contratación pública, procurando unos niveles adecuados de seguridad jurídica, como la integración en el texto normativo de referencia de las disposiciones vigentes relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.<sup>50</sup> La vocación de completud, tanto territorial como funcional, del EBEP, esto es, su afectación al personal de toda Administración o entidad que, jurídicamente, tenga carácter público, es decir, personalidad jurídica pública,<sup>51</sup> no es suficiente a los ojos del Real Decreto-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, que extienden todavía más la posible utilización de la vía de los despidos colectivos y objetivos, con el fin de incluir a todos los entes instrumentales que componen el sector público y que lo integran, además, por la referencia a que en su financiación o en la conformación de su patrimonio existan fondos públicos con independencia, claro está, de la propia naturaleza jurídica del ente en cuestión.<sup>52</sup> La clave está, por tanto, en el hecho de que las entidades se nutran con recursos públicos; este es el requisito habilitante para proceder a los despidos en los términos indicados por la reforma de 2012.

No se entiende, a la postre, por qué la versión inicial del Real Decreto-ley 3/2012, desde una perspectiva subjetiva, se extendía, según el artículo 3.1 TRLCSP, a todo el complejo orgánico del sector público, pero cuando definía la causa económica se centraba solo en una parte del mismo (Administraciones Públicas), que es precisamente en donde viene siendo más complejo

48. VIVERO SERRANO, J. B., *El acceso al empleo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 52.

49. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 141.

50. TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., p. 171.

51. PALOMAR OLMEDA, A., “Art. 2. Ámbito de aplicación”, en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 46.

52. PALOMAR OLMEDA, A., “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, cit., p. 2.

encontrar y apreciar las razones que justifican este tipo de despido, frente al resto de entidades que no son estrictamente administrativas, y en donde la utilidad de los mecanismos de despido puede ser, claramente, más necesaria.<sup>53</sup> Modificando o –mejor– aclarando este criterio, la Ley 3/2012 utiliza como sustrato de referencia para la definición de las causas el tenor del artículo 3.2 TRLCSP, esto es, la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos; las Universidades públicas; las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, siempre y cuando, o bien su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o bien no se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, quedando excluidas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas o entes locales; los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, así como las diputaciones forales y las Juntas Generales de los territorios históricos del País Vasco.

Sin dejar de criticar esta falta de coherencia del legislador, que se remite aleatoriamente al párrafo primero (con carácter general) o segundo (al definir las causas) del artículo 3 TRLCSP, quizá la explicación pueda encontrarse en el hecho de que mientras la Administración General del Estado, la Administración autonómica y la local, incluidos los organismos autónomos y los otros entes reseñados en el artículo 3.2 TRLCSP, se ordenan mediante normas de derecho público, las en-

tidades públicas empresariales, a la luz del artículo 53.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), “se rigen por el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria” (artículo 53.2 LOFAGE).<sup>54</sup> De ahí que la aplicación a estas últimas de lo previsto en el artículo 51 ET (derecho privado a fin de cuentas) en cuanto a la justificación de la causa económica (“cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas”) se pueda producir sin necesidad de ningún tipo de adaptación, que sí es preceptiva cuando se trata de Administraciones en sentido estricto regidas por el derecho público.

En resumen, a los efectos de los despidos por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción en agencias estatales, entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales, y, en general, las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, cuya actividad principal consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, así como en las entidades privadas de las Administraciones Públicas (las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público), habrá de estarse a las definiciones que se formulan en el artículo 51 ET y no en la disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET.<sup>55</sup> Así, a título de ejemplo, la doctrina judicial ha venido entendiendo, en expresión harto ilustrativa, que “el despido por causas económicas puede ser aplicado en empresas públicas para hacer frente a las consecuencias de un descenso drástico de ingresos, de modo

53. PALOMAR OLMEDA, A., “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, cit., p. 2.

54. MARTÍN JIMÉNEZ, R., “E.R.E’s en el sector público: notas para un debate”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 833/2011, p. 1.

55. ROQUETA BUJ, R., “La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público”, cit., p. 529.

que la supresión del puesto del trabajador y de los otros miembros de la plantilla afectados contribuye a que la empresa pueda dar una mejor respuesta a la demanda a la vez que permite organizar mejor su personal atendiendo a las nuevas circunstancias y, sobre todo, está en una mejor posición para hacer frente a la disminución de la demanda al tener unos menores costes salariales y sociales".<sup>56</sup>

## 5. La limitada actuación de la autoridad laboral

Una de las novedades más destacadas del Real Decreto Ley 3/2012 (y de la Ley 3/2012) es la exención de la autorización administrativa previa en los expedientes de regulación de empleo, de tramitación preceptiva hasta ese momento para aquellos despidos que superaran los umbrales siguientes: a) diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; b) el 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos. Obsérvese, además, que el parámetro para el cómputo de estos trabajadores es la empresa (la Administración correspondiente), no el centro de trabajo donde efectivamente se prestan los servicios.<sup>57</sup>

Con la nueva regulación se adaptan las previsiones de derecho interno a la regulación de la gran mayoría de los países de nuestro entorno, donde la intervención de la Administración se limita a un papel de colaboración en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos, formulando propuestas de acuerdo, determinando medidas de empleo y de protección social para los afectados por el despido, y a

lo sumo, vigilando y controlando la regularidad del procedimiento.<sup>58</sup> Es más, la Directiva 98/59/CE reseña la mera necesidad de informar por escrito a las autoridades públicas sobre el propósito de proceder al despido colectivo.<sup>59</sup> La Administración va a desempeñar, así, una función meramente mediadora entre las partes, al objeto de aventurar las soluciones más idóneas posibles y menos perjudiciales para ambas, en tanto portadoras de intereses enfrentados. La Directiva no concede, pues, facultades de veto ni resolutorias a las autoridades administrativas, razón por la cual se venía entendiendo que el artículo 51 ET, en su versión anterior a esta última reforma, mejoraba o precisaba las previsiones europeas, sin entrar en contradicción con las mismas.<sup>60</sup>

El Real Decreto-ley 3/2012 ha entendido, siguiendo a cierto sector de la doctrina, que la autorización administrativa en el ordenamiento español tenía todos los inconvenientes de este tipo de intervenciones (ralentización de un proceso cuya efectividad depende en muchas ocasiones de la celeridad resolutoria) y ninguna de sus ventajas (porque la intervención de tercero neutral en una situación conflictiva estaba desprovista de rasgos mediadores activos, y, consiguientemente, se perdía la oportunidad de que se plantearan alternativas por instancias externas, pues su actuación se limitaba, *voluntas legislatoris*, a ratificar el acuerdo previo al que se hubiera llegado en el período de consultas, o a aceptar o denegar la propuesta empresarial en los supuestos de desacuerdo).<sup>61</sup>

Ningún obstáculo jurídico plantea, por tanto, la desaparición de la exigencia de este trámite administrativo autorizador, únicamente conservado ahora para los supuestos de fuerza mayor, pues no viene impuesto ni por la normativa internacional, ni por la normativa comunitaria, ni por ningún precepto consti-

56. STSJ, Social, Cataluña 18 junio 2012 (rec. 776/2011).

57. STSJ, Social, Aragón 28 febrero 2011 (JUR 2011, 242916), recordando doctrina vertida en la STS, Social, 18 marzo 2009 (rec. 1878/2008).

58. GOERLICH PESET, J. M., "Informe técnico jurídico sobre el despido colectivo en la Europa comunitaria", *Actualidad Laboral*, núm. 11, 1993, p. 171 y ss.

59. STJCE 250/97, de 17 de diciembre de 1998, asunto *Dansk* (TJCE 1998/322). En la doctrina, CARRIL VÁZQUEZ, X. M., "Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio 1998, sobre despidos colectivos", *Actualidad Laboral*, tomo II, 2004, p. 2305.

60. VICENTE PACHÉS, F. DE, "La Directiva 98/59/CEE relativa a la armonización de las legislaciones sociales en materia de despidos colectivos", *Revista del Ministerio de Trabajo*, núm. 22, 2000, p. 132; o RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Despidos colectivos y autorización administrativa", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009, p. 2.

61. BALLESTER PASTOR, M. A., "Mantenimiento y regeneración del empleo mediante instrumentos clásicos (defectos de la flexibilidad tradicional)", en CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M. A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, MTSS, Madrid, 2011, p. 108.

tucional.<sup>62</sup> Solamente –aunque no de menor importancia– podrían esgrimirse en contra argumentos proteccionistas a favor de la parte más débil, el trabajador, que le garantizan una mayor estabilidad en el empleo, y la tutela de los intereses generales.<sup>63</sup> Es más –y descendiendo al terreno que aquí interesa–, con la supresión se superan las dudas sobre la independencia de criterio que se venían planteando cuando los expedientes de regulación de empleo afectaban a empleados públicos, pues, desde la perspectiva ontológica de la unidad del poder ejecutivo,<sup>64</sup> eran las Administraciones Públicas quienes proponían los despidos y quienes los autorizaban.

Llegados a este punto, cabe aclarar que la desaparición de la autorización administrativa previa en materia de despidos colectivos, que impide considerar correcto técnicamente seguir utilizando la expresión “expedientes de regulación de empleo”,<sup>65</sup> no ha ido acompañada de la retirada total de la presencia de la autoridad laboral del conjunto del proceso, sino que se mantiene como un elemento asegurador del cumplimiento de algunos requisitos, pero, formalmente, no toma una decisión de autorización que pueda considerarse conclusiva del procedimiento administrativo en términos convencionales. Bajando de lo general a lo particular, tal desaparición de la intervención autorizatoria de la autoridad laboral, normalmente poco proclive a autorizar los despidos cuando del sector público se trataba, va a facilitar, sin duda, el recurso a estos instrumentos extintivos, máxime cuando el nuevo procedimiento a seguir queda contundentemente simplificado y acortado en el tiempo.

Así, el intervencionismo público se reconfigura hacia un modelo funcional, asumiendo una función menos penetrante (como es la función autorizante que se suprime) de vigilancia, asistencia, apoyo y mediación entre las partes en conflicto. Por ello, está presente en el procedimiento de regulación de empleo desde su inicio, pues la autoridad laboral ha de recibir la comu-

nicación y recaba el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo; vela activamente por la efectividad del período de consultas-negociación colectiva; media, a petición conjunta de las partes; asiste a solicitud de cualquiera de las partes o por propia iniciativa; verifica la acreditación del cumplimiento del plan de recolocación cuando fuera preceptivo; recibe la comunicación empresarial del resultado del procedimiento consultivo, de modo que si se hubiera alcanzado acuerdo colectivo, trasladará copia íntegra del mismo, y, en caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final; recibe la comunicación motivada cuando la extinción afecte a más del 50 por ciento de los trabajadores y el empresario proceda a la venta de bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal; y es la propia autoridad laboral la que está legitimada para impugnar los acuerdos de reorganización productiva adoptados en el período de consultas, cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiera informado de que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.<sup>66</sup>

A mayor abundamiento, la autoridad laboral se limita a recibir el escrito y memoria y a requerir a la Inspección de Trabajo para que emita el correspondiente informe (en 15 días, antes 10), que sigue siendo preceptivo por su relevancia sobre la posible impugnación del acuerdo por la propia autoridad laboral, a través del procedimiento de oficio, si considera que se ha producido mediante dolo, coacción, fraude o abuso de derecho, o a petición de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo si entiende que la decisión empresarial, con o sin acuerdo, pretende permitir el derecho a prestaciones de manera no ajustada al orde-

62. TOSCANI GIMÉNEZ, D., “El despido por necesidades empresariales tras la Ley 35/2010”, *Documentación Laboral*, núm. 90, 2010, p. 112.

63. CASAS BAAMONDE, M. E., “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1996, p. 5 y ss.

64. MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Art. 42. Responsabilidad empresarial”, en GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs.), *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y Normas Concordantes*, Comares, Granada, 2006, p. 558.

65. CRUZ VILLALÓN, J., “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, p. 43.

66. MONEREO PÉREZ, J. L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, p. 347.

namiento jurídico.<sup>67</sup> Se mantiene, asimismo, la dación de cuentas de las ventas de la empresa cuando el despido afecta a más del 50 por ciento de los trabajadores, si bien la autoridad gubernativa ya no entra a supervisar las medidas que esta pueda adoptar para inutilizar las posibles consecuencias de un despido colectivo.<sup>68</sup> Por lo demás, solo podrá hacer advertencias y recomendaciones que no podrán paralizar ni suspender el procedimiento, asumiendo, por tanto, un papel moderador o arbitral, incidiendo en los términos del debate y formulando propuestas a ambas partes en conflicto.<sup>69</sup> Desde tales premisas, la Ley 3/2012 da un paso adelante, pues determina también que la autoridad laboral puede realizar, durante el período de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Es más, con la misma finalidad también podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes.

Estamos, por tanto, ante una autoridad administrativa facilitadora en lo procedimental de la adopción de una decisión privada con el aseguramiento del período de consultas y de la presentación de los documentos que, eventualmente, justificarían la decisión extensiva.<sup>70</sup>

En fin, cabe preguntarse aquí sobre la posibilidad de que se pacte en el sector público y en período de consultas una cuantía indemnizatoria superior a la legalmente prevista (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades si el despido es precedente). Tal interrogante merece una respuesta negativa por dos razones fundamentales: de un lado, el ordenamiento laboral reformado no avala esta hipó-

tesis, pues el artículo 51 ET fija ahora el contenido del período de consultas en las “posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias”; de otro, teniendo en cuenta la falta de ingresos que justifica este tipo de medidas y la naturaleza pública del dinero con el que se ha de hacer frente a este tipo de compensaciones económicas, no resulta lógico que la Administración negocie la indemnización al alza.<sup>71</sup> Debería entenderse, por tanto, que la compensación económica fijada legalmente operaría aquí como norma de derecho necesario indisponible.<sup>72</sup>

## 6. Prioridades de permanencia activa. Su incidencia sobre el régimen jurídico del trabajador “indefinido no fijo”

En la documentación a aportar en el expediente es necesario indicar los concretos puestos afectados por los despidos, y, sobre todo, los criterios para determinar los empleados que se van a despedir, pues si esas decisiones no se motivan adecuadamente pueden quedar deslegitimadas, y servir de coartada a comportamientos arbitrarios contrarios al principio constitucional de igualdad que debe presidir esta materia. No cabe olvidar que nuestro ordenamiento jurídico es muy cauteloso cuando se enfrenta a decisiones administrativas que se toman *ad personam*.<sup>73</sup> El único criterio que categóricamente establece la normativa laboral en cuanto a la prioridad de permanencia es el relativo a las garantías sindicales: tendrán preferencia para permanecer en la Administración los miembros del comité de empresa, los delegados de personal, así como los delegados sindicales y los delegados de prevención y miembros del

67. TABLADO MARRÓN, P., “Incidencia del Real Decreto-ley 3/2012 en la regulación de la protección por desempleo”, *Diario La Ley*, núm. 7842, 2012, p. 2.

68. CABEZA PEREIRO, J., “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 189.

69. SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 218.

70. PALOMAR OLMEDA, A., “La posición de la autoridad laboral en el ámbito de los despidos colectivos”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2012 (BIB 2012/514), p. 8.

71. CANTERO MARTÍNEZ, J., “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal”, cit., p. 35. En el mismo sentido, LUJÁN ALCARAZ, J., MARTÍNEZ MOLLA, J. y RÍOS MESTRE, J. M., “Medidas para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (coord.), *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Laborum, Murcia, 2012, p. 201.

72. BOLTAINA BOSCH, X., “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, Bilbao, 2011, p. 267.

73. CANTERO MARTÍNEZ, J., “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal”, cit., p. 32.

comité de seguridad y salud, sin olvidar el parámetro judicial de interdicción del fraude de ley, consistente, en paradigmático ejemplo, en la selección de los trabajadores con contrato fijo en vez de temporal, con el resultado de hacer más precario el empleo.<sup>74</sup>

A partir de ahí, estas cuestiones se vienen dejando a la negociación colectiva (que puede atender, al calor del nuevo artículo 51.5 ET, entre otras circunstancias, a las cargas familiares, mayores de determinada edad o discapacitados), pero, dentro del sector público, como es una situación prácticamente nueva, los convenios no suelen detenerse en fijar pautas para determinar prioridades de permanencia en los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. El riesgo que se corre, por tanto, es altísimo, particularmente cuando se produzca un cambio en la tendencia política de un ayuntamiento, lo cual exige un cumplimiento escrupuloso del principio de objetividad a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados,<sup>75</sup> amparado en los parámetros constitucionales de mérito y capacidad, que deben jugar un papel decisivo, no solo en el acceso al empleo, sino también en el desarrollo de la relación de trabajo y en la extinción, máxime cuando la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), se encarga de aclarar que “será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas”, pero sin que esta nulidad afecte “a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia” [artículo 124.13 LRJS]. Lo que parece razonable y exigible es que, en los despidos por causas técnicas y organizativas, los puestos de trabajo que se amortizan tienen que estar directamente relacionados con la causa objetiva que se invoca, tal y como sucede, por ejemplo, con aquellos trabajadores que prestan su actividad en una plaza que queda afectada por la introducción de nuevas tecnologías, métodos de trabajo o

estrategias de prestación, pero no con aquellos otros que trabajan en sectores o ámbitos distintos de la organización pública. Esta pauta de conexión inmediata quiebra, no obstante, cuando se invocan causas económicas, ya que estas indudablemente afectan a la totalidad de la organización y de su personal, lo que amplía enormemente el espectro humano del despido.<sup>76</sup>

Con el fin de salvar tales óbices, la doctrina ha venido marcando, como posibles criterios ordenadores, los siguientes: 1.º) los trabajadores con contrato temporal; 2.º) los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla y demás empleados cuyo contrato esté aquejado de alguna irregularidad; 3.º) los trabajadores que ocupen puestos de trabajo a suprimir; 4.º) los resultados obtenidos por los trabajadores afectados en la evaluación del desempeño y, en su defecto, la puntuación alcanzada en el correspondiente concurso de provisión de los puestos de trabajo o de acceso; 5.º) la antigüedad, respetando una especie de preferencia de los más antiguos sobre los más modernos.<sup>77</sup>

En definitiva, la Administración Pública, a la hora de seleccionar a los trabajadores que sufrirán la pérdida de empleo, no solo no podrá incurrir en tratamientos constitucionalmente discriminatorios –como sucede con el empresario privado–, sino que deberá ceñirse “a criterios estrictamente objetivos, que deberá precisar a los efectos de fundamentar su decisión selectiva”.<sup>78</sup>

Un postulado nuevo, claramente objetivo en el sentido anteriormente indicado, introduce a estos efectos la Ley 3/2012 en la disposición adicional 20.ª ET, pues establece, en una regla aplicable a entidades que tienen la consideración de Administración Pública, cómo “Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”. Lo que no resulta tan claro es la redacción del inciso final del precepto, pues utiliza el condicional, esto es, “cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades” que actúen como empresa-

74. ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. El Real Decreto-ley 3/2012*, cit., p. 96.

75. CANTERO MARTÍNEZ, J., “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal”, cit., p. 34.

76. GONZÁLEZ ALONSO, A., “La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público”, cit., p. 67.

77. ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. El Real Decreto-ley 3/2012*, cit., p. 97.

78. CRUZ VILLALÓN, J., “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010, p. 49.

rio, siendo, por tanto, una regla de carácter potestativo. Tampoco puede dejar de criticarse el hecho de que, por olvido del legislador, se sitúe en peor condición a quienes han ganado firmeza por sentencia judicial.<sup>79</sup>

Pese a estas críticas, lo cierto es que este añadido lleva aparejada la solución al problema planteado por la extinción de los contratos laborales indefinidos no fijos de plantilla, cuya resolución había ofrecido una disparidad interpretativa en sede judicial derivada de una polarización entre exigir la aplicación de los artículos 51 y 52 c) ET con el abono de la pertinente indemnización,<sup>80</sup> o considerar que dicha exigencia procedimental e indemnizatoria es innecesaria al ser de aplicación el artículo 49.1 b) ET,<sup>81</sup> afirmando en este último supuesto que se materializa una causa consignada válidamente en el contrato, como acontece con los contratos de interinidad por vacante, que resultan extinguidos, tanto si se cubre la plaza de forma reglamentaria como si se produce su amortización.<sup>82</sup>

No existe a día de hoy sentencia del Tribunal Supremo que se haya pronunciado sobre esta cuestión litigiosa, aunque sí se ha manifestado *incidenter tantum* recientemente en varias ocasiones, en casación para unificación de doctrina, inadmitiendo el recurso debido a la falta de identidad entre las resoluciones que se recurren y las ofrecidas como de contraste,<sup>83</sup> pudiendo desprenderse de tales pronunciamientos la configuración de la amortización de un puesto ocupado por un trabajador laboral indefinido no fijo de plantilla como causa de extinción consignada en el contrato al amparo del artículo 49.1 b) ET, sin derecho por tanto a indemnización.<sup>84</sup>

Sin embargo, la Ley 3/2012, al establecer la regla de prioridad en el puesto a favor del personal laboral fijo, evidencia, implícitamente, que para el legislador existe otro tipo de empleado público laboral que está sujeto a

este mecanismo extintivo. De este modo, descartando al personal laboral temporal cuya extinción se produciría al desaparecer la causa de temporalidad –obra o servicio, eventualidad e interinidad–, solo cabe entender que el posible empleado público laboral al que se puede aplicar lo previsto en los artículos 51 y 52 c) ET es el que tiene una relación laboral indefinida no fija. Dicho en otros términos, la nueva disposición adicional 20.ª ET viene a sujetar la amortización de una plaza ocupada por un empleado público laboral indefinido no fijo de plantilla a las formalidades, requisitos e indemnización de la extinción contractual por causas económicas, técnicas y organizativas. De no admitirse esta conclusión, sería muy difícil responder al interrogante relativo al significado de la regla de preferencia, o explicar respecto de quién tiene prioridad de permanencia el empleado público laboral fijo.<sup>85</sup> Se respeta, así, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que aun cuando expresamente admite la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones Públicas, no en vano la Directiva 1999/70, de 28 de junio, deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos,<sup>86</sup> lo cierto es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades.<sup>87</sup> Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español queda forzado a establecer algún tipo de indemnización, en los supuestos de extinción del contrato indefinido como consecuencia de la amortización de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal.<sup>88</sup>

79. MOLINA NAVARRETE, C., "La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y 'versos sueltos'", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 352, 2012, p. 25.

80. SSTSJ, Social, Cataluña 10 diciembre 2003 (AS 2003, 816), Castilla y León (Valladolid) 9 septiembre 2003 (AS 2003, 447) o Comunidad Valenciana 14 febrero 2002 (AS 2002, 3383).

81. SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 22 abril 2005 (AS 2006, 917), Navarra 15 octubre 2008 (AS 2008, 3030), Comunidad Valenciana 13 abril 2010 (JUR 2010, 254158), Islas Baleares 27 octubre 2010 (JUR 2010, 47946) o Madrid 21 diciembre 2011 (JUR 2011, 34919).

82. GIL PLANA, J., "Despidos colectivos: aspectos sustantivos", cit., p. 286.

83. AATS, Social, 24 marzo y 14 julio 2011 (JUR 2011, 175516 y 354466).

84. GIL PLANA, J., "Despidos colectivos: aspectos sustantivos", cit., p. 310.

85. GIL PLANA, J., "Despidos colectivos: aspectos sustantivos", cit., p. 310.

86. STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

87. STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

88. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., "La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos", y NICOLÁS BERNARD, J. A., "La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija", ambos en AA. VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. I, MTSS, Madrid, 2009, p. 529 y 687, respectivamente.

En todo caso, la garantía legal de permanencia en la Administración Pública que prescribe la disposición adicional 20.ª ET es, desde luego, relativa, de suerte que la misma no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección, que solo se produce cuando existen varios sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva. En este caso, la garantía excluye un elemento de selección –el puesto del trabajador fijo– y obliga a que la extinción opere sobre el resto de los trabajadores (temporales o indefinidos no fijos). Ello puede conllevar que, por la lógica de la sustitución, vaya a resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio siempre y cuando el ente, organismo o entidad de que se trate, para respetar la garantía tenga que emplear al trabajador fijo en otra unidad o departamento, lo cual conllevará normalmente que un trabajador temporal o indefinido no fijo de esa unidad o departamento pueda resultar excedente, si no hay vacante, y su puesto de trabajo sea asignado al trabajador fijo.<sup>89</sup>

## 7. Otras modalidades de despido fundadas en causas objetivas

Aun cuando carentes de regulación específica para el sector aquí analizado, cuentan con una singular incidencia en el ámbito público otra serie de causas objetivas de despido particularmente afectadas por la reforma de 2012, a saber:

### 7.1. Absentismo

Muy preocupantes han venido siendo las tasas de faltas de asistencia al trabajo en nuestro país, circunstancia que ha motivado sucesivas intervenciones del legislador, tendentes a evitar posibles motivos de fraude capaces de perjudicar la productividad empresarial y de aumentar el gasto público en prestaciones sociales, farmacéuticas y sanitarias. Estas previsiones van a tener una incidencia clara en el sector público, donde los índices han sido muy superiores a los obrantes en las empresas privadas. Desde esta perspectiva, cabe recordar –sin necesidad de remontarnos a precedentes an-

teriores– cómo la Ley 35/2010 proporcionó nueva redacción a la letra d) del artículo 52 ET, en relación con el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo. Como es sabido, este precepto hacía referencia al porcentaje de jornadas perdidas, un índice “subjetivo” de absentismo (20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses), pero también a un parámetro “objetivo” en relación con la totalidad de la plantilla del centro de trabajo, que con esta reforma bastaba con que superara el 2,5 por ciento frente al 5 por ciento anterior.

Seguidamente, el Real Decreto-ley 3/2012 (antes de su tramitación como Ley 3/2012, que cambia su redacción) da un paso más para facilitar los despidos, eliminando la exigencia de que el absentismo global de la plantilla sea, al menos, el 2,5 por ciento (rebajado, como ya consta, desde el 5 por ciento con la Ley 35/2010). Aun cuando en una primera aproximación la supresión de este porcentaje pudiera parecer irrelevante, pues en la Administración el índice de absentismo colectivo es muy superior, lo cierto es que va a facilitar la posibilidad de que las entidades públicas de pequeñas dimensiones se puedan acoger a esta causa de despido objetivo para reducir personal, de modo que un trabajador pueda ser despedido, con una indemnización de veinte días por año, como consecuencia de faltas de asistencia al trabajo, justificadas pero intermitentes, cuando alcancen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos (más de ocho días, pues se computan de fecha a fecha, no por días naturales), o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses (más de veinte días), con independencia del umbral de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo.

Al igual que sucedía con anterioridad, no se computan como faltas de asistencia a estos efectos las ausencias por huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motiva-

89. ROQUETA BUJ, R., “La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público”, cit., p. 541.

das por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud. *A contrario sensu*, computan, pese a estar justificadas, las ausencias por enfermedad común o accidente no laboral acordadas por los servicios de salud de duración inferior a veinte días.

Se pretende culminar, así —en el tenor del Real Decreto-ley 3/2012, actualmente superado—, una facilitación del despido, al eliminarse el porcentaje de ausencia colectiva requerido en el centro de trabajo en los mismos períodos de tiempo, lo cual introduce una fuerte presión para renunciar a situaciones de ausencia al trabajo plenamente justificadas por miedo a sobrepasar los parámetros fijados,<sup>90</sup> circunstancia que puede ser preocupante si se advierte la permisividad, conforme a la vertiente jurisprudencial seguida, que viene rodeando al despido acaecido en situaciones de incapacidad temporal, llevándose, en su caso, al terreno de la improcedencia, sin dejar apenas margen a efectos de valorar posibles atentados discriminatorios a la dignidad del trabajador mórbido, al no tomarse la patología física o psíquica efectivamente padecida como causa de estigmatización, en pro de lo que debería ser una tutela real, articulada a través de la calificación de nulidad del despido y readmisión obligatoria, sobre la que en muy pocos supuestos repara la doctrina judicial,<sup>91</sup> si bien no cabe negar alguna excepción, como aquel pronunciamiento que, sin cambiar con carácter general la jurisprudencia contraria a calificar como nulos los despidos por repetidas bajas de los trabajadores debidas a enfermedad, sí entiende nulo de pleno derecho “el comportamiento de la empresa que opera, como ‘práctica habitual’, ‘coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo... cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo’; coacción que se vincula a la advertencia de adoptar ‘el despido para el caso de no aceptar la propuesta’”.<sup>92</sup> El Real Decreto-ley 3/2012

trata, pues, de fomentar el “presentismo” de los trabajadores en la empresa por miedo a perder su puesto de trabajo, adoptando una perspectiva punitiva del fenómeno del absentismo laboral frente a enfoques más preventivos del mismo.<sup>93</sup> Tal realidad no dejará de provocar consecuencias jurídicas negativas para la propia empresa-Administración, no en vano si las facultades psicofísicas del trabajador están mermadas, el rendimiento y la calidad de su trabajo también sufrirán correlativamente y se dificultará la prevención de riesgos, no siendo descartable tampoco la propagación en la plantilla de enfermedades contagiosas o la multiplicación de casos de asistencia parcial al trabajo, en principio no computables.<sup>94</sup>

Atendiendo, en parte, a tales argumentos, la Ley 3/2012 establece dos importantes modificaciones en el tenor anterior: por un lado, introduce un margen de cómputo en función de las ausencias del trabajador durante el año anterior, pues, si bien se mantiene el despido por causas justificadas que alcancen, al igual que antes, el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25 por ciento en 4 meses discontinuos en un período de 12, ahora se exige para el primer supuesto que el total de faltas de asistencia del trabajador en los 12 meses anteriores llegue al 5 por ciento de las jornadas hábiles. Por otro, incluye entre las enfermedades que no computan las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, pudiendo recurrir, aunque la Ley no lo indica, a lo dispuesto en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, para determinar qué dolencias concretas entran dentro de estos dos conceptos.

Nuevas previsiones introduce, en este marco, el Real Decreto-ley 20/2012, que ofrece una nueva regulación de las prestaciones de incapacidad temporal que disfrutaran los funcionarios protegidos por los sistemas mutualistas, bien a través de MUFACE (regulada por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, desa-

90. MOLINA NAVARRETE, C., “De las ‘reformas laborales’ a un nuevo, e irreconocible, ‘Estatuto del Trabajo Subordinado’”, cit., p. 118.

91. BAZ TEJEDOR, J. A., “La reconducción hacia el despido estratégico”, *Revista de Derecho Social*, núm. 56, 2011, p. 83.

92. STS, Social, 31 enero 2011 (NSJ037767).

93. MORENO GENÉ, J., “La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la reforma laboral de 2012”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 350, 2012, p. 51.

94. CARRASCO BERMEJO, D., “La reforma del despido individual en el Real Decreto-ley 3/2012”, *Actum Social*, núm. 61, 2012, p. 51.

rollado por el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo), ISFAS (Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, desarrollado por el Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre) y MUGEJU (Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, desarrollado por el Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio). Se trata de armonizar la ordenación jurídica de la contingencia que protege las situaciones de enfermedad o accidente con las previsiones del régimen general de la Seguridad Social, sustituyendo, en parte, el régimen anterior más beneficioso para el sujeto protegido, al empeorar la prestación económica aneja con el fin de facilitar el presentismo.

## 7.2. Modificaciones técnicas

La implantación de la Administración electrónica por mandato de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos,<sup>95</sup> ha conllevado, de un lado, la necesidad de adquirir destrezas en la utilización de nuevas tecnologías por parte de los empleados públicos, y, de otro, la obligación de facilitar formación al respecto por parte de las Administraciones. Así, el nuevo tenor literal del artículo 52 en su letra b), que introduce el Real Decreto-ley 3/2012 y mantiene la Ley 3/2012, establece una serie de exigencias en la actuación a observar por la Administración-empresario antes de proceder al despido de los trabajadores por falta de adaptación a tales innovaciones técnicas:

**1.-** Que los cambios sean razonables, circunstancia que no resulta difícil de acreditar en el contexto actual en el que se desenvuelve la actuación administrativa.

**2.-** Que se ofrezca, de forma obligatoria (no potestativa) al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo, lo cual tampoco resulta complicado para la Administración que cuenta con escuelas creadas a tal fin, como sucede con el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), academias militares y de Policía, la Escuela Judicial, la Diplomática, la Escuela de la Hacienda Pública, etc., a la par que las comunidades au-

tónomas también están dotadas de institutos de Administración Pública, de distintas denominaciones, y de entidades de formación especializadas.<sup>96</sup> Esta previsión está directamente conectada con lo previsto en el artículo 23 d) ET, en virtud del cual se reconoce el derecho del trabajador a “la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo; la misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación” (20 horas durante 5 años).

Al ser una actividad obligatoria para el empresario-Administración, se evidencia la posibilidad de que judicialmente sea controlable, no solo el hecho de que el trabajador reciba el curso, sino también que por su contenido, calidad y duración facilite una verdadera adaptación del trabajador, así como la circunstancia de que dicho curso sea suficiente para la finalidad perseguida que es facilitar la adaptación.<sup>97</sup>

**3.-** Que el tiempo dedicado a la formación se considere como de trabajo efectivo (y no tenga lugar la suspensión del contrato, como sucedía con el Real Decreto-ley 3/2012), circunstancia que ya venía siendo así cuando de empleados al servicio de la Administración se trata, pues el artículo 14 g) EBEP reconoce, como derecho individual de este colectivo, el de “formación continua y actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral”, considerado como instrumento esencial de la carrera administrativa y elemento clave de la productividad de la organización, al tiempo que el artículo 54 EBEP exige como deber a observar por los empleados públicos el de mantener “... actualizada su formación y cualificación...”.

**4.-** Que la extinción del contrato no pueda ser dispuesta por el empresario-Administración hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación. Este doble parámetro de cómputo obliga a tomar en consideración los dos supuestos siguientes: por una parte, cuando la Administración ofrezca el curso y el trabajador lo rechace,

95. GARCÍA MARCO, F. A., “Administración electrónica: el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”, en GALINDO AYUDA, F. y ROVER, A. J. (eds.), *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento*, Prensas Universitarias, Zaragoza, 2009, p. 167 y ss.; o VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2.ª edición, Comares, Granada, 2007, p. 6 y ss.

96. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 174.

97. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, p. 298.

entonces solo podrá la primera despedir cuando hayan transcurrido al menos dos meses desde que introdujo la modificación, y persista el rechazo del trabajador, que cuenta con dos mensualidades para aceptar en cualquier momento; por otra, cuando la Administración realice la modificación, ofrezca el curso obligatoriamente y sea seguido por el trabajador, la extinción deberá esperar a la finalización del curso.<sup>98</sup>

### 7.3. Falta de consignación

La Ley 3/2012 incorpora una importante novedad en el supuesto previsto en la letra e) del artículo 52 ET (introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad), pues se elimina la posibilidad de que las Administraciones (únicamente alude ahora a entidades sin ánimo de lucro) puedan extinguir vínculos laborales por tiempo indefinido, a consecuencia de la insuficiente consignación presupuestaria (por impago de dicha subvención o falta de crédito para desempeñar el programa público suscrito)<sup>99</sup> sobre la que se sustentan los contratos indefinidos (incluidos los no fijos de plantilla) "para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignación presupuestaria o extrapresupuestaria anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista".<sup>100</sup>

Con anterioridad, en tales supuestos, si los ingresos externos de carácter finalista no eran suficientes para financiar los contratos de trabajo indefinidos adscritos a programas o planes públicos, operaba una presunción *iuris et de iure* a favor de la causalidad económica, lo que facilitaba la extinción de los contratos de trabajo en la medida en que las Administraciones Públicas (entendidas

en sentido amplio, incluyendo empresas públicas, por desempeñar servicios públicos y ser su capital social de titularidad pública)<sup>101</sup> solo precisaban aportar la documentación que acreditase la finalización o pérdida de la subvención económica. La operatividad del artículo 52 e) ET no permitía, empero, extinguir cualquier contrato, ya que los temporales contaban con su propia dinámica extintiva, y ni siquiera podían extinguirse cualesquiera indefinidos, sino únicamente aquellos que estaban vinculados a los referidos planes y programas públicos.<sup>102</sup>

Desaparece, con la Ley 3/2012, una concreción, ciertamente singular y sobre todo privilegiada, para el ámbito de la contratación laboral fija realizada por las Administraciones Públicas, del despido objetivo por causas económicas previsto genéricamente en la letra c) del artículo 52, pues, antes, no era necesario alegar ninguna de las causas allí referenciadas, procediéndose a la extinción del contrato o contratos por una circunstancia muy especial, casi indubitada, aunque el resto de la Administración no padeciera ninguna penuria económica: la falta de consignación presupuestaria.<sup>103</sup> Se trataba de un peculiar despido económico hecho a medida de las Administraciones Públicas, especialmente de las entidades locales, al ser estas las que más dependen de los ingresos externos de carácter finalista procedentes de la Unión Europea, de la Administración General del Estado o de la correspondiente Administración autonómica.<sup>104</sup> No obstante, cabe aclarar que si el porcentaje de empleados laborales afectados superase los parámetros del artículo 51 ET, era preceptivo, en virtud del anterior artículo 52 e) ET, seguir el procedimiento de despido colectivo.<sup>105</sup> En todo caso, la indemnización sería de 20 días de salario por año trabajado, con el tope máximo de 12 mensualidades.

Ahora, tras la Ley 3/2012, las Administraciones Públicas van a tener obligatoriamente que reconducir los

98. MOLINA NAVARRETE, C., "De las 'reformas laborales' a un nuevo, e irreconocible, 'Estatuto del Trabajo Subordinado'", cit., p. 117.

99. STSJ, Social, Madrid 19 abril 2010 (JUR 2010, 233309).

100. ARIAS DOMÍNGUEZ, A., "La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo", *Aranzadi Social*, núm. 6, 2005, p. 38 y ss. Sobre esta causa, en la doctrina judicial, por todas, STSJ, Social, Madrid 19 abril 2010 (JUR 2010, 233309).

101. STSJ, Social, Comunidad Valenciana 10 enero 2012 (rec. 3030/2011).

102. ROQUETA BUJ, R., "La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público", cit., p. 530.

103. MONEREO PÉREZ, J. L. *et al.*, *Manual de Empleo Público*, Comares, Granada, 2010, p. 167.

104. ROQUETA BUJ, R., "La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público", cit., p. 532.

105. BOLTAINA BOSCH, X., "Empleo público y medidas de ajuste extintivas de los contratos de trabajo para hacer frente a la crisis de las entidades locales", cit., p. 275. SSTSJ, Social, Asturias 8 enero 2010 (rec. 2919/2009) y 20 diciembre 2010 (rec. 2540/2010), Cataluña 1 septiembre 2011 (rec. 2886/2011) y Galicia 7 noviembre 2011 (rec. 2968/2011).

despidos por causa económica a los términos de la disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET, sin posibilidad de acudir al artículo 52 e) ET. Así, tratándose de contratos por tiempo indefinido adscritos o financiados con ingresos externos de carácter finalista, ya no será suficiente con acreditar la finalización o retirada de la subvención económica, sino que habrá que justificar “una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”, siendo necesario ponderar la situación presupuestaria de la Administración o entidad pública de que se trate, y, además, esperar, por lo general, tres trimestres consecutivos para comprobar que la insuficiencia presupuestaria es persistente.<sup>106</sup> En definitiva, si la Administración considera innecesarias las plazas, por los motivos de la disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET, podrá proceder, si existe causa para ello, debidamente acreditada, a la amortización de las mismas, y a la extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos (incluidos los no fijos que las ocupan), pero siempre siguiendo los cauces legales previstos para tales causas extintivas, y abonando la correspondiente indemnización legal.<sup>107</sup> La verdad es que la intensidad con que se abren al empleo público los despidos colectivos y objetivos, y la facilidad en su tramitación, hacen innecesaria la referencia anterior al artículo 52 e) ET.<sup>108</sup>

## 8. Consecuencias económicas de la improcedencia del despido: abaratamiento de la indemnización y ejecución de sentencia de contenido dinerario

El EBEP solamente establece una regla especial a favor de la readmisión, en los despidos disciplinarios declara-

dos improcedentes que afecten al personal laboral contratado con carácter indefinido, cuyo vínculo se dota de mayor estabilidad al ser obligatoria la readmisión. El abaratamiento de la indemnización por despido improcedente que introduce la reforma de 2012, cifrada ahora en 33 días de salario por año de servicio, con el máximo de 24 mensualidades (con transitoriedad “enrevesada”),<sup>109</sup> frente a los anteriores 45 días de salario por año de servicio, con el máximo de 42 mensualidades, va a tener, por tanto, una incidencia algo más limitada en las Administraciones Públicas que en el sector privado, pues sus efectos más beneficiosos para las arcas públicas se ciñen a los supuestos de improcedencia en los que se opte por la compensación económica en los despidos disciplinarios de los contratados temporales o, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional,<sup>110</sup> de los indefinidos no fijos, así como –por lo que aquí interesa– en los despidos colectivos y objetivos de trabajadores fijos o a término, quedando fuera –permítase la reiteración– los despidos disciplinarios improcedentes de los trabajadores fijos, en donde procede en todo caso la readmisión.

Al margen de este último supuesto, en todos los demás no solo se reduce la cuantía de la indemnización si se opta por ella, sino que tienen lugar, además, dos efectos indirectos: de un lado, aquellos importes indemnizatorios que superen el nuevo límite legal serán considerados como renta computable a la hora de acceder a prestaciones asistenciales por desempleo; de otro, se eliminan, por voluntad expresa del legislador, los salarios de tramitación y las cuantías de las indemnizaciones inherentes a los mismos, junto con los costes procesales de reclamación al Estado de dichos salarios de tramitación más allá de los 90 días (antes 60).<sup>111</sup>

106. ROQUETA BUJ, R., “La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público”, cit., p. 532.

107. ROQUETA BUJ, R., “La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público”, cit., p. 536.

108. MOLINA NAVARRETE, C., “La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y ‘versos sueltos’”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 352, 2012, p. 86.

109. SEMPERE NAVARRO, A. V., “Semblanza de la reforma laboral”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837, 2012 (BIB 2012\397), p. 1. Para contratos anteriores al 12 de febrero de 2012, se impone un doble módulo: 45 días con máximo de 42 meses teóricos para los servicios prestados hasta dicha fecha, y 33 días con máximo de 24 meses para servicios prestados con posterioridad, en todo caso con el máximo de 720 días, salvo que el módulo privilegiado sea superior (hasta 42 meses). MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Nuevos fundamentos para el Derecho del Trabajo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012, BIB 2012\406, p. 3.

110. ATC 178/2011, de 13 de diciembre.

111. MOLINA NAVARRETE, C., “De las ‘reformas laborales’ a un nuevo, e irreconocible, ‘Estatuto del Trabajo Subordinado’”, cit., p. 90.

De nuevo, el Real Decreto-ley 3/2012, y la sucesiva Ley 3/2012, actúan en la línea de contención del déficit público, pues no hay que olvidar que tales salarios de tramitación se habían convertido desde tiempo atrás en una prestación pública, más que en una carga para la empresa que despedía de modo improcedente, pues la desaparición o insolvencia de las corporaciones demandadas venían desplazando dicho coste hacia el FOGASA, y la demora en los pronunciamientos judiciales venía cargando sobre el Estado los que excedían de los 60 días anteriormente indicados (ahora 90), máxime cuando en muchos casos su cuantía resultaba desproporcionada si se atendía a la duración de la relación laboral.<sup>112</sup> Partiendo de esta socialización de los salarios de tramitación, un efecto claro de la reforma de 2012 va a ser la sustancial reducción del gasto público: ahorro que se incrementará si se suprimen además los juzgados de lo social de refuerzo, que han venido entendiendo exclusivamente de los pleitos de despido para abreviar los plazos y abono de los salarios de tramitación a cuenta del Estado, pues cabe la duda de si se mantendrá esta partida en su integridad ahora que el retraso judicial solo va a tener consecuencias negativas para el trabajador.<sup>113</sup>

Tras el Real Decreto-ley 3/2012, y la Ley 3/2012,<sup>114</sup> solamente se deben salarios de tramitación en los despidos declarados improcedentes, cuando el empresario opte por la readmisión, pero no cuando abone la indemnización y extinga la relación laboral, ya que en tal situación el trabajador se encuentra en desempleo, desapareciendo el llamado "despido exprés", que consistía en una evidente paradoja: el empleador adoptaba una medida para reconocer, sin práctica solución de continuidad, que su decisión era contraria a la ley o improcedente, abonaba la indemnización por no readmisión y el contrato quedaba extinguido sin que el tra-

bajador tuviera derecho a percibir salarios de trámite.<sup>115</sup> Con la nueva regulación introducida en 2012, la decisión ilícita del empresario va a tener una eficacia constitutiva: terminará efectivamente el contrato cuando el empleador exprese su voluntad al respecto, pese a su ilicitud, a su falta de regularidad formal o a la ausencia de justificación suficiente.<sup>116</sup> Esto supone que, en la mayoría de los casos de despido, el trabajador no tendrá aliciente alguno para demandar al empresario; más aún va a percibir que este último le está haciendo un favor si reconoce la improcedencia y abona la indemnización, pues no va a tener que asumir los gastos derivados de un litigio.<sup>117</sup>

Sin ignorar esta realidad, sin duda, la reforma introducida en 2012, en su aplicación al sector público, puede incrementar, sin embargo, la litigiosidad, pues si la opción entre la readmisión o la indemnización corresponde a la Administración-empresario en los casos supuestos anteriormente enunciados (despidos disciplinarios improcedentes de trabajadores temporales –nunca de trabajadores estables– o indefinidos no fijos, y despidos objetivos y colectivos improcedentes tanto de trabajadores fijos como de temporales) y tiene el propósito de no readmitir, demorará en lo posible la solución y el pago de la indemnización, sabiendo que ya no va a abonar salarios de tramitación. De todas formas, procede tener en cuenta los dos importantes matices siguientes: de un lado, que a los representantes legales de los trabajadores y a los delegados sindicales se les van a abonar salarios de tramitación en los despidos improcedentes, cualquiera que sea el sentido de la opción, y, de otro, que en algunas cláusulas convencionales del sector público se atribuye la facultad de elegir entre readmisión o indemnización al propio trabajador despedido, previsiones que los tribunales

112. TABLADO MARRÓN, P., "Incidencia del Real Decreto-ley 3/2012 en la regulación de la protección por desempleo", *Diario La Ley*, núm. 7842, 2012, p. 3.

113. CARRASCO BERMEJO, D., "La reforma del despido individual en el Real Decreto-ley 3/2012", *Actum Social*, núm. 61, 2012, p. 55.

114. En una previsión que algunos pronunciamientos judiciales entienden aplicable inmediatamente, esto es, a los despidos resueltos en vía judicial después del 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, porque dicha norma no contiene ninguna disposición transitoria al respecto, considerando que no se trata de una aplicación retroactiva de una norma desfavorable, ya que se atiende la disposición sustantiva vigente en el momento de calificación del despido por el juzgador. SJS León núm. 72/2012, de 20 de febrero (JUR 102608).

115. IGLESIAS CABERO, M., "Reforma del mercado laboral. Impresiones de una primera lectura", *Diario La Ley*, núm. 7824, 2012, p. 4.

116. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., "La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 206.

117. GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, p. 290.

vienen entendiendo como válidas, no en vano se encuentran comprendidas dentro del “ámbito de regulación que es propio de la negociación colectiva, y se ajustan a las relaciones que entre ley y convenio colectivo establece el art. 3.3 ET, pues se trata de una norma más favorable para el trabajador que respeta los mínimos de derecho necesario contenidos en la Ley..., (de modo que) aunque se trate de un claro beneficio para el trabajador, este se pactó en un conjunto indisoluble de derechos y obligaciones que probablemente tuvo sus contrapartidas en otros aspectos del pacto para los trabajadores afectados”.<sup>118</sup> Esas cláusulas poseerán en estos casos un alcance y funcionalidad muy superiores, tras la reforma de 2012, porque no solo condicionan la readmisión (cuando no es obligada), sino también un factor frecuentemente más relevante que la propia indemnización, cual es el percibo de los salarios de tramitación cuando se materialice la incorporación.<sup>119</sup>

Como problema adicional, cabe alertar también sobre la dificultad que en muchos casos se producirá a la hora de cobrar las indemnizaciones por despido reconocidas en vía judicial, pues la Administración no puede proceder al pago porque no tiene disponibilidad presupuestaria y carece de la posibilidad de iniciar el procedimiento de ampliación correspondiente. La Ley Orgánica 2/2012 es muy clara en este sentido, indicando que la dotación de la partida destinada a cumplir la sentencia debe financiarse con cargo a un eventual remanente de Tesorería destinado a gastos generales, mediante la anulación o baja de créditos dotados en otras partidas o bien con cargo al crédito externo, si no se desbordan los límites de endeudamiento. Ante la dificultad de acudir a estos instrumentos, el gasto necesario para ejecutar la sentencia va a entrar en competición con las otras atenciones previstas en los presupuestos, destinadas, lógicamente, a la satisfacción de los servicios públicos que no pueden descapitalizarse.<sup>120</sup>

## 9. Una vía de despido indirecto. La extinción causal del contrato a instancias del trabajador por falta de pago del salario

Ciertamente el cobro puntual de los haberes es un derecho básico de cualquier trabajador, tanto del que presta servicios en la empresa privada [artículo 4.2 f) ET] como del que lo hace para la Administración [artículo 14 d) EBEP], y su incumplimiento se encuentra tipificado como infracción muy grave [artículos 8.1 y 40 c) LISOS]. Ahora bien, la falta de liquidez que afecta a los entes públicos, derivada de las dificultades económicas actuales y de la coyuntura global de crisis, puede impedir el abono puntual de las retribuciones a los empleados, de modo que esta falta de puntualidad en el pago puede ser causa habilitante para la extinción del contrato de trabajo por parte del trabajador vía artículo 50.1 b) ET, con la indemnización correspondiente a un despido improcedente y el pertinente abono de los salarios adeudados, alternativa que no va a resultar demasiado atractiva para el trabajador público debido a las grandes dificultades que se presentan a la hora de conseguir un nuevo empleo, si bien ante la posibilidad de que su contrato quede resuelto con menor indemnización a través de un despido objetivo o colectivo, se puede adelantar y hacer uso estratégico de esta posibilidad.<sup>121</sup>

Siguiendo este hilo argumental, procede aclarar que el mencionado artículo 50.1 b) ET contempla dos conductas distintas: por un lado, el incumplimiento absoluto de la obligación de abonar el salario, y, por otro, el cumplimiento extemporáneo de dicha obligación, sufragando con retraso de forma continuada. Ahora bien, no todo impago o demora en el abono de los salarios da lugar a la posible extinción indemnizada, sino que es necesaria la concurrencia de una serie de presupuestos:<sup>122</sup>

**1.-** Carácter incontrovertido del adeudo salarial. La jurisprudencia es unánime en requerir, para el ejercicio de esta acción, la exigibilidad de la deuda, de forma que no podrá prosperar la extinción de existir controversia sobre la realidad o la cuantía de la misma.<sup>123</sup>

118. Por todas, STS, Social, 21 junio 2007 (RJ 2007, 5202).

119. SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 240.

120. PARICIO RALLO, E., “La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas”, *Publicación digital 1/2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local, p. 22.

121. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 1081.

122. ALBIOL MONTESINOS, I., *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1992, p. 165 y ss.

123. STS, Social, 6 mayo 1991 (RJ 1991, 4169).

**2.- Efectiva deuda salarial.** El impago o retraso continuado debe ser del salario, en los términos del artículo 26 ET, incluyendo tanto el salario base como los complementos salariales, pero no otras percepciones extrasalariales. No obstante, el impago de estas últimas cantidades (indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social e indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos) puede dar lugar a una acción resolutoria fundada en la causa genérica del artículo 50.1 c), referida a “cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario”.<sup>124</sup>

**3.- Adeudo continuado y persistente,** no un mero retraso esporádico en el abono de los salarios debidos,<sup>125</sup> sin que las dificultades económicas constituyan un factor que module esa situación de impago constatada.<sup>126</sup> Una doctrina judicial firmemente asentada ha establecido la exigencia de gravedad en el incumplimiento empresarial, debiendo valorarse “si el retraso es o no grave o trascendente en relación con la obligación puntual del salario ex artículos 4.2 f) y 29.1 ET (RCL 1995, 997), partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)”.<sup>127</sup> Es indiferente, por tanto, que responda “al arbitrio injustificado del empresario o derive de una imposibilidad total o parcial debida a circunstancias económicas imputables o no a aquel”, pues cuando “tal crisis se da el remedio no radica en que el empresario obtenga, por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores, una

quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales”,<sup>128</sup> de modo que “la culpabilidad de este último no constituye requisito para generar el incumplimiento”.<sup>129</sup>

Sentados estos criterios, y siendo la deuda laboral determinada, temporal y cuantitativamente, se podría pensar en la facilidad de extraer reglas concretas para la valoración del incumplimiento, pero ello es más difícil de lo que aparenta a primera vista porque la casuística judicial ha desbordado cualquier intento de generalización.<sup>130</sup> Así, los tribunales han considerado grave el retraso continuado en el pago del salario durante casi un año —once mensualidades contributivas—<sup>131</sup> o la impuntualidad que oscila entre quince y veinte días durante varios años.<sup>132</sup> Por el contrario, han entendido que el impago de los salarios correspondientes a tres mensualidades ordinarias y una extraordinaria no alcanza la gravedad suficiente para justificar la extinción indemnizada del contrato,<sup>133</sup> al igual que tampoco la dilación de un solo mes<sup>134</sup> o de dos meses.<sup>135</sup> Respecto a la falta de abono de tres mensualidades, mientras en algún caso se reputa suficientemente grave,<sup>136</sup> en otros se considera lo contrario.<sup>137</sup>

Lo que sí está claro es que la facultad extintiva prevista en el artículo 50.1 b) ET no requiere intentos previos del trabajador dirigidos a que el empresario (léase Administración) cumpla con la obligación que le impone el artículo 4.2 f) ET. Por ello, la falta de reclamación frente a la desatención obligacional por el empleador no puede valorarse como aquiescencia (incumplimiento consentido), ya que supondría admitir la inválida renuncia al derecho de instar judicialmente la extinción del contrato apoyada en causa legal.<sup>138</sup>

124. SANCHA SAIZ, M., “Art. 50. Extinción por voluntad del trabajador”, en AA. VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 515.

125. STS, Social, 25 enero 1999 (rec. 4275/1999).

126. STS, Social, 22 diciembre 2008 (rec. 294/2008).

127. STS, Social, 25 enero 1999 (RJ 1999, 898).

128. MONTÓYA MELGAR, A. et al., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 5.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 404. Por extenso, SIERRA HERRERO, A., “Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (jurisprudencia en unificación de la doctrina sobre el art. 50 ET)”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2007, p. 702 y ss.

129. STS, Social, 10 junio 2009 (JUR 2009, 328391).

130. LOUSADA AROCHENA, J. F., “El art. 50 del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 48, 2009, p. 119.

131. STS, Social, 13 julio 1998 (rec. 4808/1997).

132. STS, Social, 10 junio 2009 (rec. 2461/2008).

133. STS, Social, 25 septiembre 1995 (rec. 756/1995).

134. STS, Social, 21 junio 1986 (RJ 1986, 3696).

135. SSTS, Social, 15 diciembre 1986 (RJ 1986, 7384), 12 marzo 1987 (RJ 1987, 1396) y 16 junio 1987 (RJ 1987, 4376).

136. STS, Social, 13 febrero 2007 (RJ 2007, 1780).

137. SSTS, Social, 12 febrero 1990 (RJ 1990, 903) y 25 septiembre 1995 (RJ 1995, 6892).

138. STS, Social, 10 junio 2009 (RJ 2009, 328391).

En cualquier caso, no es normal que el empresario acceda voluntariamente a la extinción indemnizada propuesta por el trabajador. Lo frecuente es, por contra, que el empleado tenga que acudir al juez de lo Social para conseguir la reparación [artículos 2 a) y 2 ñ) LRJS].<sup>139</sup>

En esta hipótesis, la cuestión principal a aclarar es la de si el trabajador puede dar por extinguida la relación y abandonar el trabajo, o debe procurar la vigencia de aquella hasta que el magistrado se pronuncie. En una primera aproximación, cabría intentar suplir el silencio de la norma social con lo que previene el precepto común: según el artículo 1124 CC, es el Tribunal el que “decretará” la resolución, y hasta podrá “señalar plazo” de equidad si concurren circunstancias que lo autoricen; sin embargo, doctrina y jurisprudencia permiten al afectado una especie de autotutela, en el sentido de que se puede tener por extinguida la relación, tras la fijación de un plazo perentorio a la contraparte. La regla civil no es, empero, trasladable en su integridad a lo social, ante todo porque está pensada básicamente para los contratos de tracto único, y, como es sabido, el de trabajo es de tracto sucesivo, lo cual aconseja el tratamiento opuesto: el criterio es el de exigir la vigencia del contrato, por ende, la continuación en el trabajo, cuando se deduce la pretensión judicial, si bien se permite exceptuar de tal criterio, al calor de los artículos 79.7 y 180.4 LRJS, los supuestos extremos de vejación o de peligro.<sup>140</sup>

La falta de pago y los retrasos continuados en el abono del salario pactado, que configuran la causa extintiva del artículo 50.1 b) ET, no encajan, en principio, dentro de este marco de excepcionalidad. No obstante, los tribunales vienen entendiendo que la falta continuada en un período amplio de tiempo del pago de los haberes dificulta la permanencia del trabajador en

su puesto de trabajo, hasta tal punto que permite el cese en la prestación de los servicios, sin que ello conlleve la extinción de la relación laboral por abandono o ausencias injustificadas,<sup>141</sup> no en vano las irregularidades salariales graves llevan al trabajador a una situación indigna, depresiva, vejatoria o degradante, que justifica la no permanencia en el puesto de trabajo.<sup>142</sup> Sin duda, la consideración del pago del salario como obligación básica del empresario en su posición contractual, y la tradicional concepción de la remuneración laboral como fuente primordial de supervivencia económica de los trabajadores, abonan esta línea interpretativa que considera el impago continuado de los emolumentos como uno de esos supuestos excepcionales que eximen al trabajador de permanecer prestando sus servicios durante la sustanciación del proceso extintivo.<sup>143</sup> De hecho, es precisamente en algunos de estos casos de impago donde sería más necesario admitir un mayor grado de autotutela para el empleado, de tal modo que este estuviera en plena disposición para ser contratado por otro empresario que sí le pagase, o, cuando menos, pudiera percibir la prestación de desempleo, todo ello sin pérdida de los derechos indemnizatorios propios del despido improcedente.<sup>144</sup> Lógicamente, el riesgo para el trabajador estará en que no existen garantías de que el órgano judicial entienda que el incumplimiento reviste gravedad suficiente como para justificar la extinción contractual y, por tanto, también el posible cese prematuro en la prestación de servicios,<sup>145</sup> de modo que la admisibilidad de estas excepciones queda reservada únicamente a los supuestos más graves de este artículo 50.1 b) ET, lo que generalmente coincide con situaciones de impago total y ampliamente prolongado.<sup>146</sup>

Por lo demás, el legislador no establece un proceso especial para el supuesto extintivo que nos ocupa,

139. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La extinción del contrato a instancia del trabajador por incumplimiento empresarial”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2010, p. 37 y ss.

140. MONTOYA MELGAR, A. *et al.*, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 409.

141. STSJ, Social, 18 septiembre 1989 (RJ 1989, 6455) y 18 julio 1990 (RJ 1990, 6425). Por extenso, DÍAZ MORA, J. M., “Mantenimiento del contrato de trabajo en vigor en la extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador por incumplimiento empresarial”, *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 25, 2003, p. 2 y ss.

142. STSJ, Social, Comunidad Valenciana 20 enero 2006 (AS 2006, 874).

143. SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 89.

144. ÁLVAREZ GIMENO, R., *La extinción causal por voluntad del trabajador*, Comares, Granada, 2012, p. 207.

145. STS, Social, 18 septiembre 1989 (RJ 1989, 6455).

146. STS, Social, 26 noviembre 1986 (RJ 1986, 6516).

razón por la cual ha de entenderse que el cauce procesal adecuado es el ordinario, sin que tal hecho pueda inducir a creer que el plazo para el ejercicio de la acción resolutoria al amparo del artículo 50 ET es el de veinte días de caducidad para reclamar frente al despido. Al contrario, como ha subrayado la doctrina judicial, será el general de prescripción de un año establecido para las acciones derivadas del contrato de trabajo que marca el artículo 59.1 ET (RCL 1995, 997).<sup>147</sup>

El ejercicio de esta acción resolutoria, caso de ser estimada en vía judicial, dará lugar a una sentencia constitutiva, comportando la extinción del contrato de trabajo con efectos *ex nunc*,<sup>148</sup> sin que se entiendan incluidos los salarios de tramitación, incompatibles con el hecho de que el trabajador haya continuado prestando servicios durante la sustanciación del procedimiento, y no devengables tampoco cuando se hubiera excepcionado el deber de permanecer en el puesto de trabajo, supuesto este último en el que no se entenderán debidos, tras la promulgación del Real Decreto-ley 3/2012, que solo los reconoce para aquellos supuestos en los que el despido se declare improcedente y se opte por la readmisión (no por la compensación económica).

Resuelto el contrato por esta vía, el artículo 50.2 ET establece el derecho del trabajador a una indemnización igual a la prevista para el despido improcedente, cifrada ahora, tras la reforma laboral de 2012, en 33 días de salario por año de servicio y como máximo de 24 mensualidades, siendo posible la acumulación en el mismo proceso de la acción por reclamación de los haberes adeudados (artículo 26.3 LRJS).

El trabajador tendrá, lógicamente, derecho a percibir la prestación por desempleo, situación que se acredita mediante la resolución judicial que declara extinguida la relación laboral,<sup>149</sup> y que se extiende lógicamente a los empleados laborales al servicio de la Administración, incluidos todos ellos en el régimen general de la Seguridad Social.

## 10. Los obstáculos a la suspensión contractual o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

Antes de esta reforma de 2012, en la normativa laboral no existía ningún orden de prelación respecto de las posibilidades de actuación de la Administración en aras a la racionalización de sus plantillas, disfrutando de un amplísimo margen de libertad en la toma de decisiones, al poder utilizar, por ejemplo –al igual que un empresario privado–, la vía del despido individual de un empleado laboral fijo, y seguir manteniendo, simultáneamente, a un contratado temporalmente.<sup>150</sup> Ahora la situación ha cambiado, pero solo parcialmente. Así, aunque la suspensión contractual y la reducción de la jornada son mecanismos que permiten el mantenimiento del empleo durante las situaciones de dificultad económica, evitando el recurso más traumático a las extinciones de contratos y ofreciendo alternativas más sanas que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad,<sup>151</sup> lo cierto es que el Real Decreto-ley 3/2012 (también la Ley 3/2012) veta la utilización de la vía de la rebaja temporal del tiempo de actividad (entre un 10 y un 70 por ciento) y de la suspensión de los contratos de trabajo por parte de la Administración respecto de sus empleados. Incomprensiblemente, esta última reforma excluye la aplicación del artículo 47 ET en las Administraciones Públicas y en las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo (en expresión un tanto ambigua) “aquellas que se financien mayoritariamente” (esto es, en más del 50 por ciento) “con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado” (nueva disposición adicional 21.ª ET), es decir, no dependientes de presupuestos públicos, sino –permítase la reiteración– de los ingresos que obtengan de su actuación como entidades de mercado, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, con Paradores de Turis-

147. SSTSJ, Social, Madrid 30 junio 1992 (RJ 1992, 3479) y 30 marzo 1995 (RJ 1995, 1311).

148. GALLEGO MORALES, A. J., “Art. 50”, en AA. VV., *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático 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*, Comares, Granada, 2011, p. 673.

149. GALLEGO MORALES, A. J., “Art. 50”, cit., p. 680.

150. STSJ, Social, Madrid 22 febrero 2010 (JUR 2011, 158777).

151. JURADO CABALLERO, M. T., “La reforma laboral: (Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio)”, *Frisona Española*, núm. 178, 2010, p. 85.

mo, sociedad anónima de capital 100 por 100 público que presta servicios de mercado turístico, financiándose exclusivamente con los rendimientos logrados de tal mercado, aunque al tiempo sea un instrumento de la política turística del Gobierno.<sup>152</sup>

El legislador, a la hora de definir los contornos de la prohibición de recurrir a los expedientes suspensivos y de reducción de jornada, utiliza un concepto restringido de Administraciones Públicas, para cuya delimitación habrá de estarse no al TRLCSP ni al EBEP ni a la LJCA, sino a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LRJAP).<sup>153</sup>

Está claro, por tanto, el límite por arriba –quedan fuera del artículo 47 ET las Administraciones Públicas de base territorial (estatal, autonómicas y locales) y los organismos públicos dependientes de ellas que no pueden acogerse a su regulación– y por abajo –se permite su utilización a las sociedades mercantiles–, pero hay algunas entidades de difícil adscripción en un extremo o en el otro –por ejemplo, las empresas públicas–, pues a menudo no es fácil delimitar el funcionamiento legal autónomo y el real, que evidencia una gran dependencia de estas empresas de los presupuestos públicos y de las decisiones por parte de los poderes públicos de liberalizar o no servicios públicos,<sup>154</sup> que impide la aplicación de los EREs suspensivos y de reducción de jornada.

A mayor abundamiento, la expresión “entidades de derecho público” engloba tanto a los entes que adoptan una forma pública de personificación y actúan sujetos al derecho público (las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos –artículo 45.1 LOFAGE–, las agencias estatales –artículo 2 Ley 28/2006– y las Universidades públicas) como a los entes que adoptan una forma pública de personificación, pero actúan sujetos al derecho

privado (las entidades públicas empresariales –artículo 53 LOFAGE–). También quedan comprendidas en el ámbito prohibitivo de la disposición adicional 21.ª ET las entidades de naturaleza administrativa creadas por diferentes Administraciones Públicas para cooperar entre sí, es decir, las mancomunidades de municipios y los consorcios, siempre y cuando adopten una forma pública de personificación. En cambio, quedan excluidas del ámbito de aplicación del veto incorporado en la disposición aquí analizada las entidades privadas de las Administraciones Públicas, esto es, las sociedades mercantiles estatales (artículo 166.2 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas) y las fundaciones del sector público (Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). Surgen vacilaciones, a la postre, a propósito de si esta medida prohibitiva resulta aplicable a los organismos reguladores contemplados en la disposición adicional 10.ª1 LOFAGE, habida cuenta del carácter independiente de los mismos.<sup>155</sup>

Pese a estas incertidumbres, no cabe duda de que se pone coto a un cauce que se estaba utilizando como elemento de gestión con una cierta asiduidad en determinadas entidades locales (por poner algunos ejemplos, Ayuntamiento de Escacena del Campo –Huelva–, Ayuntamiento de Gáldar –Las Palmas–, Ayuntamiento de Fuente el Saz de Jarama –Madrid–...), máxime cuando un alto número de tales expedientes han sido autorizados o han acabado con acuerdo.<sup>156</sup> Con ello se hace evidente que la intención perseguida por el legislador es la reducción del personal en el empleo público a través de la extinción indemnizada de los contratos,<sup>157</sup> no en vano, según la memoria económica de la reforma laboral, lo que se pretende es “redimensionar aquellas estructuras administrativas que crecieron de manera desmesurada durante la fase de fuerte crecimiento económico pero que hoy no son sostenibles

152. GONZÁLEZ ALONSO, A., “La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público”, cit., p. 64.

153. TABLADO MARRÓN, P., “Incidencia del Real Decreto-ley 3/2012 en la regulación de la protección por desempleo”, cit., p. 3.

154. MOLINA NAVARRETE, C., “De las ‘reformas laborales’ a un nuevo, e irreconocible, ‘Estatuto del Trabajo Subordinado’”, cit., p. 111.

155. ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. El Real Decreto-ley 3/2012*, cit., p. 76.

156. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE, “La aplicación de la reforma laboral en el sector público”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del Real Decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 334.

157. BOLTAINA BOSCH, X., “Empleo público y medidas de ajuste extintivas de los contratos de trabajo para hacer frente a la crisis de las entidades locales”, cit., p. 258.

desde el punto de vista financiero actual".<sup>158</sup> Ya no se permite recurrir a las Administraciones Públicas (sí a las sociedades mercantiles y, en algunos casos, a las empresas públicas) a unas herramientas muy útiles para enfrentarse con situaciones de exceso de personal previsiblemente transitorias necesitadas, igualmente, de medidas temporales, inspirándose en un claro criterio de política de adelgazamiento del personal laboral empleado por las Administraciones Públicas a través de los despidos, y dando preferencia a los mismos.<sup>159</sup>

Está claro, en consecuencia, que el legislador ha querido diferenciar conscientemente entre, de un lado, la prohibición de la suspensión del contrato y las reducciones de jornada, que se proyecta sobre el conjunto del sector público –salvo cuando se financie con ingresos procedentes del mercado–, y, de otro, la facilitación del despido colectivo u objetivo, donde no niega la aplicación al conjunto del sector público. La prohibición referida a los expedientes suspensivos o de reducción de jornada impedirá al sector público, de forma inexplicable, priorizar medidas de flexibilidad interna sobre las de flexibilidad externa, con la única explicación plausible de que el legislador desconfía de las Administraciones Públicas y pretende evitar mayores costes en el presupuesto del Servicio Público de Empleo, derivados, probablemente, de la adopción, en un primer momento, de suspensiones contractuales o reducciones de jornadas, con derecho a desempleo, para, en un segundo estadio, acudir a medidas extintivas, con derecho a reposición de la duración del subsidio.<sup>160</sup>

## 11. Conclusión

La crisis por la que atraviesa el sector público español es de largo recorrido y de profunda intensidad, pero no cabe duda de que se ha afianzado en los últimos años, exigiendo la adopción de medidas por parte de los gestores públicos. La disciplina presupuestaria y el criterio de sostenibilidad fiscal se imponen y apuntan principios de contención y optimización en la gestión del personal. La necesidad de recortar gastos va a implicar, con mayor o menor intensidad, la correspondiente

adopción de actuaciones tendentes a la optimización de plantillas en aras a la contención del endeudamiento, consistentes fundamentalmente en la modificación *in peius* de las condiciones de trabajo, incluyendo la inaplicación unilateral de lo pactado o el recurso a los denominados descuelgues, sin olvidar instrumentos más traumáticos como son los despidos colectivos u objetivos, que, tras la reforma de la Ley 3/2012, pueden llevarse a cabo con mayor agilidad, eficacia, y menos coste, no en vano esta Ley parece apostar, como opción prioritaria frente a otras menos agresivas, por una reducción sustancial del volumen de empleados públicos laborales. Ahora bien, el cumplimiento de tal objetivo debería venir acompañado, como requisito *sine qua non*, de la elaboración de un plan de ordenación de los recursos humanos (artículo 69 EBEP), junto a un plan de saneamiento económico-financiero, en aras a cumplir un claro objetivo: corrección en la prestación de los servicios públicos y eficiencia en la utilización de los recursos económicos. Fuera de estos instrumentos, las decisiones de la Administración corren el riesgo de resultar improvisadas, deslegitimadas y poco entendibles para los propios empleados afectados. ■

158. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE, "La aplicación de la reforma laboral en el sector público", cit., p. 334.

159. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010", *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2010, p. 10.

160. PURCALLA BONILLA, M. A. y PRECIADO DOMÉNECH, C. H., "Extinción del contrato de trabajo *versus* suspensión y reducción de jornada en el Real Decreto-ley 3/2012", cit., p. 9.

---

# La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?<sup>1</sup>

Hellmut Wollmann

Profesor emérito de Administración Pública de la Universidad Humboldt de Berlín

1. **Definiciones y principios**
2. **Desarrollo de la institucionalización de la gestión de los servicios públicos**
3. **La reciente oscilación del péndulo: ¿el retorno a lo “público”?**
  - 3.1. Reino Unido
  - 3.2. Alemania
  - 3.3. Francia
  - 3.4. Italia
4. **Resumen y conclusiones**
  - 4.1. ¿Cuáles son los factores que han favorecido tal remunicipalización?
    - 4.1.1. La convicción de que el sector público/municipal tiene una capacidad de gestión superior o al menos igual a la del sector privado
    - 4.1.2. La preferencia “ética” y de valores otorgada por los ciudadanos/usuarios a la gestión pública
    - 4.1.3. Guía y control del Gobierno local sobre la gestión de los servicios públicos
    - 4.1.4. Reducción de la presión de la Unión Europea sobre la gestión de los servicios públicos
    - 4.1.5. Objetivos específicos de las políticas sectoriales
    - 4.1.6. El vencimiento de los contratos como “ventana de oportunidad” (*window of opportunity*)
  - 4.2. Factores que impiden o ralentizan la remunicipalización
    - 4.2.1. Problemas y costes de la recuperación de la gestión de los servicios
    - 4.2.2. Resistencia de los gestores privados a abandonar el mercado
  - 4.3. ¿Una nueva oleada de privatizaciones formándose en la estela de la actual crisis económica y financiera?
5. **Bibliografía**

## Resumen

En este artículo se analiza, desde una doble lógica organizativa y operativa, el desarrollo de las formas institucionales de gestión de determinados servicios públicos (agua, electricidad, residuos), en diversos Estados miembros de la Unión Europea (Reino Unido, Francia, Alemania e Italia).

Tras identificar los distintos tipos de organización de los servicios públicos (organización pública directa o indirecta; privatización formal, material y funcional; remunicipalización) y realizar después un análisis de la gestión de los mismos desde una perspectiva económica (eficiencia) y política (interés general: bienestar social, ambiental, sanitario, etc.), se lleva a cabo un recorrido histórico en el que se pone de relieve cómo la gestión de los servicios públicos ha pasado de las manos de los particulares al sector público (primero local y luego estatal), volviendo, después, otra vez, a los particulares. No obstante, en los últimos años se puede observar cómo el péndulo vuelve a oscilar gracias al aumento del sector público municipal, al entender que este tiene una capacidad de gestión superior o, al menos, igual al sector privado, y a causa de la preferencia “ética” y de valores otorgada por los ciudadanos/usuarios a la gestión pública, pese a la resistencia de los gestores privados a abandonar el mercado y a la existencia de una nueva oleada de privatizaciones promovidas en los países del sur de Europa, a la estela de la actual crisis económica y financiera.

Palabras clave: *servicios públicos; privatizaciones; remunicipalización; sector público; sector privado.*

---

1. Contribución presentada al Seminario: “La eterna transición de la disciplina de los servicios públicos: ¿un mercado posible?”, en la Universidad de Milán-Bicocca, el 25 de octubre de 2012.

## *The experience of European countries: a "revival" of the public/local management?*

### **Abstract**

*In this article I analyse, from an organizational and operational perspectives, the development of institutional ways of management of some public services –water and electricity supply and waste management– in several Member States of the European Union: the United Kingdom, France, Germany and Italy.*

*First, I identify different ways to manage public services: direct and indirect public management, formal, material and functional privatization and remunicipalization. Second, I carry out an analysis of these different ways of management from an economic (efficiency) and political (general interest: social, environmental, sanitary, and other kinds of welfare) perspectives. Third, I show a historical tendency which illustrates how the management of public services have been moved from the private sector to the public (first to the local level and then to the national sphere) and, subsequently, how them have been returned to the private sector. However, in the last years we can observe how the pendulum oscillates again because of the enlargement of Local Administration. This enlargement is grounded in two considerations. First, in the belief that Local Administration is superior –or at least in the same level– to the private sector in managing public services and, second, in the ethical preference for public management that have citizens/consumers, all of this despite of the unwillingness of the private sector to abandon the market and the launchement of new waves of privatizations in the South of Europe, in the context of the economic and financial crisis.*

Keywords: *public services; privatizations; remunicipalization; public sector; private sector.*

## **1. Definiciones y principios**

En el siguiente texto se analizará el desarrollo de las formas institucionales de gestión de los servicios públicos en algunos países europeos.<sup>2 3</sup>

Ante todo, es necesario buscar una terminología común: "servicios públicos", en español, corresponde, en inglés, a *public utilities*, en francés a *services publics*, en alemán a *Daseinsvorsorge*, y en italiano a *servizi pubblici*. El término alemán es el más difícil de traducir, ya que indica, más o menos: "medida para el (bien)estar". A nivel comunitario, en palabras de la Comisión Europea, la terminología utilizada es más compleja, pero también más específica, a saber: "servicios de interés económico general" (*services of general economic interest*) (véase Wollmann/Marcou, 2010b). Esta definición incluye los servicios públicos, y en particular los servicios llamados de infraestructura o de red, incluyendo por tanto el servicio de agua, la eliminación

de residuos, los servicios "energéticos" (como electricidad y gas) y los transportes públicos.

En este contexto, bastante amplio, el desarrollo institucional puede ser analizado e interpretado según dos lógicas distintas: una lógica organizativa y una lógica operativa.

Respecto a la "lógica organizativa", podemos identificar diferentes tipos de organización del servicio:

- **Organización pública:** con la que se identifica la gestión del sector por parte del Estado, o de otros entes públicos, como los municipios. Tal gestión se puede llevar a cabo "directamente" por la Administración y sus funcionarios (identificándose, en este caso, con la definición inglesa de *in house*, o francesa de *en régie*), o "indirectamente", a través de entidades o empresas que, aun siendo de propiedad pública, tienen una forma jurídica y organizativa (en algunos casos también financiera) autónoma y separada respecto a

2. Doy las gracias a la profesora Anna Marzanati, que ha revisado el texto escrito por mí en italiano. Yo sigo siendo –obviamente– el único responsable del contenido del presente *discussion paper*.

3. El estudio nace de la colaboración con un grupo internacional de investigadores, coordinado por el autor y por Gérard Marcou en el contexto de la Villa Vigoni, en el Lago de Como. Los resultados de los estudios de los participantes de dicho grupo han sido publicados en WOLLMANN/MARCOU (eds.), 2010. En particular, este *discussion paper* hace alusión a los artículos de WOLLMANN/MARCOU, 2010c; WOLLMANN, 2011; WOLLMANN, 2012a, 2012b.

las Administraciones Públicas propiamente dichas.

La separación, o gestión indirecta, implica un cambio de gestor del servicio público, y puede realizarse de diversas maneras:

- **Privatización formal:**

La gestión y organización “separada” o indirecta de los servicios públicos, se puede llevar a efecto mediante distintas formas jurídicas, bien a través de la llamada “privatización formal” u “organizativa”, o mediante la llamada “corporativización” (*corporatization*) (véase Grossi et al., 2010). Generalmente tales organizaciones tienen personalidad jurídica propia, pudiendo configurarse, por ejemplo, como empresa o sociedad de capital mixto, bajo la forma de S.A. o de S.L. (sociedad anónima o sociedad limitada). También en Alemania existen ejemplos de este tipo, como en el caso de las llamadas *Stadtwerke*, al que corresponden las denominadas *aziende municipalizzate* en Italia (empresas municipalizadas). En el caso de que, en el capital de tales sociedades, participen sujetos privados como accionistas, por regla general en minoría, las mismas se definen *gemischtwirtschaftliche Unternehmen* en Alemania, *mixed companies* en Inglaterra, *sociétés d'économie mixte locales* (SEML) en Francia, o de *Public Private Partnerships* (PPP) en la terminología anglosajona utilizada también en el ámbito europeo.

- **Privatización material:**

En el caso de que la gestión indirecta se lleve a cabo a través de la privatización material, a diferencia del modelo descrito anteriormente, será transferido, o vendido, todo el patrimonio público (ya sea estatal o municipal), entera o parcialmente, a los compradores o inversores privados.

- **Privatización funcional:**

En el caso de que la gestión del servicio público sea transferida a un proveedor externo, ya sea del sector privado o del “tercer sector” (*non profit* en el Reino Unido, de utilidad pública en España, *d'utilità pubblica* en Italia, *gemeinnützig* en Alemania, *à but non-lucratif* en Francia), se llevará a cabo por *outsourcing*, contratación, concurso o delegación (*gestion déléguée* en Francia). En tal caso, sin embargo, la función de “servicio público” queda subjetivamente radicada en el sujeto público titular.

Pero también es posible el proceso inverso respecto a los anteriormente descritos, que se podría definir como “remunicipalización”, o “retorno” a la gestión pública, tanto en el caso de que la “propiedad” vuelva a ser pública como en el caso de que la gestión vuelva a las manos del sector público, mediante un proceso igual y opuesto al de *outsourcing*, también llamado *in-sourcing*.

Pasando ahora al análisis de la segunda perspectiva de la investigación, en el ámbito de la “lógica operativa”, pueden distinguirse dos recorridos: uno “económico” y otro “político”.

Pudiendo utilizar “categorías ideales”, según la teoría de Weber, la lógica económica impone el cumplimiento de un único objetivo, precisamente el económico, estando únicamente dirigida hacia la eficiencia económica, ignorando y “externalizando”, siempre que sea posible, los costes sociales, ecológicos, etc. La lógica económica, así entendida, es típica de la realidad emprendedora privada.

Por el contrario, la lógica política va dirigida a cumplir una pluralidad de objetivos, que incluyen en primer lugar el interés general, que pertenece no al individuo, sino a la “comunidad local”, enfocando por consiguiente objetivos de bienestar social, ambiental, sanitario, etc., no solo económicos. La tutela del interés general, típica de la lógica política, está en la base de la propia legitimación del cargo del órgano electo del ente local, del cual no se puede prescindir.

Intentando un análisis histórico de ambas lógicas, podríamos analizar el cómo y el cuándo las mismas han sido realizadas, y si lo han sido de manera combinada o alterna. Dada la brevedad del tiempo de que disponemos, este análisis podrá estar dirigido a entender, sobre todo, el cómo y el cuándo los servicios públicos han empezado a volver a manos públicas.

## 2. Desarrollo de la institucionalización de la gestión de los servicios públicos

Para enfocar la cuestión de la remunicipalización desde una perspectiva histórica, parece útil examinar brevemente el desarrollo “idéntico” pero precedente, o sea la fase de la llamada institucionalización de la gestión de los servicios públicos.

En este ámbito es posible individualizar distintas fases (sobre el concepto de “cursos y recursos históricos”, véanse Millward, 2005; Clifton et al., 2011; Rö-

ber, 2009, y Wollmann/Marcou, 2010c; para un *excursus* histórico más detallado, véanse Wollmann, 2011, 2012b):

- Durante el siglo XIX, tanto en Inglaterra, primer país europeo en términos de industrialización y urbanización, como en Alemania, las formas embrionarias y elementales de servicios públicos, como agua, residuos, gas, electricidad y transporte público, fueron organizadas y gestionadas por empresarios privados.
- En la segunda mitad del mismo siglo, debido a la escasa calidad de los servicios prestados por los particulares, y a causa también de su fracaso desde el punto de vista económico, los servicios públicos fueron puestos bajo la gestión y responsabilidad de los municipios, aumentando significativamente el papel institucional de los entes locales. El fenómeno, conocido en Inglaterra como "socialismo municipal", y defendido con fuerza por el movimiento de los llamados "Fabians", fue considerado un paso necesario y esencial para el desarrollo de una nueva política, difundiéndose pronto, asimismo, en otros países europeos.
- Desde el comienzo del siglo XX, con el fortalecimiento del Estado del bienestar (*Welfare State*) en su acepción moderna, el papel de los Gobiernos centrales se volvió cada vez más importante, también con respecto a la gestión de los servicios públicos. Inicialmente, la centralización de poderes se manifestó con la elaboración de una regulación nacional de los servicios. En cambio, después de 1945, parte de la gestión de los servicios fue reclamada desde el nivel local y dejada en manos del propio Estado: el sector de la energía eléctrica, por ejemplo, fue "nacionalizado" en Francia, y encomendado a una sociedad estatal, la EdF (*Electricité de France*); lo mismo sucedió en el Reino Unido y, pocos años más tarde, en 1962, en Italia, con la creación de ENEL. El monopolio público (tanto estatal como municipal) en la gestión de los servicios públicos estaba justificado y apoyado por la ideología "socialdemócrata", o sea por la convicción de que el Estado y los funcionarios públicos eran los sujetos más aptos para la gestión del "bien común", así como de los servicios públicos, sin duda conectados a tal bien. Esta ideología estaba perfectamente representada por el *Welfare State* de Inglaterra después de 1945.
- Pero precisamente en Inglaterra comenzó, en los años ochenta, bajo el impulso del Gobierno conservador guiado por Margaret Thatcher, el declive del precedente modelo, bajo los ataques de un movimiento ideológico neoliberal que tendía a identificar el *Welfare State* como modelo organizativo en quiebra (*Welfare State failure, public sector failure*). La quiebra del *Welfare State* estaba causada, según el partido conservador y liberal anglosajón, por la ineficiencia de la gestión pública de los servicios. La ideología neoliberal aspiraba a sustituir el estado de bienestar, presuntamente sobredimensionado, por un estado "racionalizado" (*lean State*). Tal redimensionamiento debía ser llevado a efecto con una masiva reducción del personal y del organigrama estatal, por medio de privatizaciones materiales, procesos de *outsourcing* y transferencias de funciones y bienes del Estado al mercado (*marketization*). El mecanismo preescogido fue el de la llamada *compulsory competitive tendering*, o sea imponiendo por ley la obligación de convocar licitaciones para la concesión, a los particulares y al mercado, de los servicios públicos, en la convicción de la mayor eficiencia económica de los mismos respecto al Estado. La política neoliberal conquistó pronto la escena internacional y fue reforzada, en los años noventa, también por el derecho comunitario, dado que la Unión Europea estableció como base de la creación del "mercado único europeo" la concurrencia y la "liberalización". Uno de los objetivos principales de la Unión Europea ha sido el de introducir el principio de la concurrencia también en el mercado de los servicios públicos, definido como el mercado de los "servicios de interés económico general".
- La política neoliberal y el derecho comunitario de la concurrencia y del mercado son los factores que más han influido sobre la transformación de la gestión de los servicios públicos en los países europeos. Esta radical inversión de tendencia se ha manifestado con más claridad precisamente en Inglaterra, único ordenamiento ligado a la privatización material completa de los sectores eléctrico y del agua, con la privatización funcional (*outsourcing*) de los otros servicios públicos. También en el resto de ordenamientos europeos, el mercado y los particulares adquirieron más importancia y mayores poderes, en proporción inversa respecto a la reducción de poderes y fun-

ciones de los entes locales y de las empresas públicas (para un análisis detallado respecto al servicio de electricidad, véase Wollmann, Balderheim *et al.*, 2010).

A partir de esta breve reconstrucción histórica, es fácil advertir cómo la gestión de los servicios públicos ha pasado, de las manos de los particulares, al sector público, primero localmente y luego a nivel estatal, volviendo después, otra vez, a las manos de los particulares. La andadura de este sector se asemeja, pues, a un “péndulo” que oscila del sector privado al sector público, y finalmente vuelve “atrás” al privado (respecto a la imagen del “péndulo”, véanse Röber, 2009; Wollmann/Marcou, 2010c, y Wollmann, 2011).

### 3. La reciente oscilación del péndulo: ¿el retorno a lo “público”?

Desde hace algunos años, el péndulo parece haber vuelto a oscilar: existen, de hecho, indicios que sugieren una reducción de la intervención de los particulares y del mercado en la prestación de los servicios públicos, en favor de un aumento del sector público/municipal. A continuación, intentaremos analizar este fenómeno de “reapropiación” pública de los servicios, ya sea a través de la adquisición, por parte de los municipios y de los entes locales, de las sociedades precedentemente vendidas, o a través de la avocación de las funciones y servicios confiados al exterior. Por lo tanto, ¿el “péndulo” está oscilando hacia atrás?

Este movimiento debe ser investigado en los mismos países en que ha sido observada la oscilación precedente, es decir, en el Reino Unido, Francia, Alemania, y también Italia. Para determinar correctamente el grado y la dirección de los cambios en curso, es útil considerar, asimismo, las respectivas “condiciones de partida” de los ordenamientos individuales que coinciden con la fase de predominio del sector privado en los años ochenta y noventa. En particular, analizaremos las tendencias en tres sectores: eléctrico, hídrico, y de residuos.

#### 3.1. Reino Unido

Como ya se ha mencionado anteriormente, el Reino Unido ha sido el país europeo donde el impacto del mensaje y de la política “neoliberal” ha resultado ser más radical. Después de 1945, el Reino Unido repre-

sentaba el modelo más avanzado y evolucionado, en Europa, del *Welfare State*, con un monopolio casi total del sector público/municipal en la prestación de los servicios públicos. Del mismo modo, el Reino Unido fue el primer ordenamiento europeo que transformó radicalmente su propia actitud con un uso masivo de privatizaciones, tanto materiales (como en el sector energético y del agua) como funcionales, a través de los procesos de *competitive tendering*, *outsourcing*, *contracting out*, a favor de proveedores externos, en su mayoría privados. El *compulsory competitive tendering* ha sido el instrumento a través del cual la mayoría de los servicios públicos relevantes han sido transferidos a actores no públicos, dando así al Reino Unido una configuración jurídica excepcional en el panorama europeo.

Aun así, recientemente, las *local authorities*, privadas de sus funciones y de la gestión de los servicios públicos antes de la nacionalización y tras la subsiguiente privatización, han empezado a reapropiarse de algunas actividades, especialmente en el sector de la energía, directamente con el impulso de la coalición conservadora liberal, ascendida al Gobierno en mayo de 2010. Debiendo realizar el aumento de la producción de energía eléctrica renovable del 15 % para el año 2020, el Gobierno británico ha alentado explícitamente a las *local authorities* a activarse autónomamente. Hasta hoy, sin embargo, la actividad local se ha detenido en la fase de proyecto, con resultados, por otra parte, limitados (para detalles, véase Wollmann, 2012).

En cuanto a los otros servicios públicos que habían sido (material o funcionalmente) privatizados en los años ochenta, la tendencia que se registra es, en cualquier caso, la de recuperación por parte de las *local authorities* a través del *insourcing*: según una reciente encuesta, de hecho, el 60 % de las *local authorities*, en los sectores de la recogida y eliminación de residuos y de los servicios sociales, ya ha previsto el *insourcing*, o lo está preparando o proyectando (véanse APSE, 2011, y Hall *et al.*, 2012).

En otros sectores, como en el del transporte público, la fórmula preseleccionada para la “remunicipalización” es la de la *Public Private Partnership* (véase Hall *et al.*, 2012).

#### 3.2. Alemania

En Alemania, el sector eléctrico se caracterizaba, desde hacía mucho tiempo, por una dualidad de proveedores

(para detalles, véanse Wollmann, Baldersheim *et al.*, 2010, y Wollmann, 2011). Por un lado, la parte del león del mercado energético se la llevaba un grupo de empresas que, operando como compañías que cotizaban en bolsa, tenían un capital mixto. Por otro lado, había empresas municipales (llamadas *Stadtwerke*) que, representativamente, desarrollaban una pluralidad de servicios, combinando los de agua, residuos, transporte público, etc.

Durante los años noventa, a raíz del fuerte impacto de la política de la Unión Europea que imponía la "liberalización" y "desregulación" de los servicios públicos, el mercado de la energía en Alemania paradójicamente ha vivido un proceso de concentración que ha llevado a la creación de un oligopolio a favor de únicamente "cuatro grandes" compañías. En un mercado dominado por gigantes, las pequeñas empresas municipales (*Stadtwerke*) parecían estar en vías de extinción (*Stadtwerksterben*).

Sin embargo, incluso en Alemania se observa recientemente un retorno (*comeback*) de las *Stadtwerke* (véanse Wollmann, Baldersheim *et al.*, 2010, y Wollmann, 2011, 2012b), que han comenzado a recomprar empresas o sectores de empresas, tanto readquiriendo capital y participaciones previamente vendidos a las compañías privadas, como incluso creando nuevas sociedades, y recuperando hasta expandirlo su papel en la producción, transmisión y distribución de energía.

También el sector hídrico, que tradicionalmente se había dejado en manos de los entes locales y de las *Stadtwerke*, sufrió, en los años ochenta y noventa, una transformación como consecuencia de la venta total o parcial de las empresas municipales a los particulares, más exactamente a sociedades que ya dominaban el mercado nacional e internacional, como Veolia (empresa francesa) o RWE (gigante alemán). También en este sector, sin embargo, la tendencia parece haberse invertido, dado que son muchos los casos en que las entidades de gobierno local deciden recuperar la gestión del sector del agua: es el caso de municipios como Potsdam (véase Bauer, 2012) y Stuttgart (véase Libbe, 2012).

En el sector de los residuos, durante los mismos años, la participación de empresas privadas había aumentado constantemente, especialmente en el sector, económicamente muy rentable, de la eliminación de residuos y del reciclaje. Sin embargo, también aquí, se observa una creciente actividad de recuperación por

parte de los municipios (véanse Dreyfus *et al.*, 2010, y Libbe, 2012; para el caso de Bergkamen, una ciudad mediana que gracias a sus amplias medidas de remunicipalización ha recibido gran atención publicitaria, véase Schäfer, 2012).

### 3.3. Francia

En Francia, en 1946 el sector eléctrico fue totalmente nacionalizado y confiado a una empresa pública y estatal: la *Electricité de France* (EdF), pero se salvaron también algunas empresas municipales de energía. Durante los años ochenta/noventa, la EdF fue privatizada formalmente y transformada en S.A. cotizada en bolsa, dejando, no obstante, el 80 % de las acciones en manos del Estado. A pesar de la transformación jurídica, el mercado eléctrico seguía estando dominado por la EdF, mientras que las empresas municipales de energía seguían desempeñando un papel marginal.

Solo recientemente las empresas municipales han comenzado a ampliar su propio papel en el mercado, invirtiendo sobre todo en proyectos de energía renovable.

El sector francés del agua durante mucho tiempo se ha caracterizado por la llamada *gestion déléguée*: la función seguía siendo pública, pero la gestión y el ejercicio del servicio fueron confiados, a través de concesiones, a sujetos externos, de ahí el término de "privatización a la francesa" (véase Citroni, 2010). Tal práctica había creado, de hecho, un oligopolio de los mayores beneficiarios de las concesiones, formado únicamente por tres grandes grupos: Veolia, Suez y SAUR. Estas sociedades terminaron por dominar todo el mercado nacional (e incluso internacional), gestionando, en los años ochenta y noventa, el servicio hídrico de toda Francia, incluyendo el área de ciudades como París o Grenoble.

Pero, precisamente desde París y Grenoble, ha comenzado el retorno a la gestión local, mediante la readquisición de la administración del sector (véanse Bordonneau *et al.*, 2010, y Hall *et al.*, 2012).

Asimismo, en el campo de los residuos, se registra una tendencia idéntica, dado que los municipios se están reapropiando de la gestión que habían transferido a manos de tres grupos privados (véanse Kuhlmann, 2009:159, y Hall *et al.*, 2012).

### 3.4. Italia

En Italia el sector eléctrico fue “nacionalizado” en 1962 y confiado enteramente a ENEL, aunque manteniendo las pequeñas empresas locales de energía (*municipalizzate*). Durante los años noventa, ENEL fue, primero, formalmente privatizada y transformada en una S.A. con acciones cotizadas, y luego materialmente privatizada a través de la venta del 80 % de las acciones en el mercado, pero dejando un 20 % a los inversores públicos (véase Citroni, 2010).

No obstante, también en Italia, en los últimos años, se registra un crecimiento de las empresas municipales de energía en la producción, transmisión y distribución de energía eléctrica. Un ejemplo evidente ha sido la fusión, en 2008, de las empresas municipales de Milán y Brescia, y la creación simultánea de una nueva empresa, “A2A”, que cotiza en bolsa. La tendencia no va a parar; al contrario, sobre la base de los resultados del referéndum de 2011 que ha consagrado definitivamente la renuncia a la producción de energía nuclear, las empresas municipales, que han invertido fuertemente en energías renovables, adquirirán cada vez más importancia.

En relación con el sector del agua, la gestión siempre se ha caracterizado por un alto grado de fragmentación, vinculado a la estructura local y territorial de las empresas municipales. En 1994, la llamada Ley de Galli intentó una reorganización del sistema, imponiendo procedimientos de licitación para la contratación de la gestión del sistema hídrico, favoreciendo la entrada de grandes inversores privados, como los *grands groupes* en Francia y los *big players* en Alemania, e imponiendo la privatización de facto, tanto material como funcional.

Pero, en 2011, el referéndum nacional de junio impulsó la derogación de las leyes que permitían la privatización del sector. La voluntad popular parece, pues, reabrir las puertas a la gestión local del agua y/o a su reapropiación por parte de los entes locales.

## 4. Resumen y conclusiones

Antes de formular cualquier conclusión y (prudente) generalización, debe reflexionarse sobre los datos hasta ahora accesibles y disponibles.

En primer lugar, la selección de los países (o sea, Reino Unido, Francia, Alemania e Italia) y también de

los servicios públicos (agua, electricidad, residuos) sobre la que se basa nuestra argumentación, reduce el campo de la propia investigación.

En segundo lugar, los datos a nuestra disposición son escasos y esporádicos, y por lo tanto no puede hacerse un índice válido de generalización sistémica.

Con estas premisas, me gustaría, no obstante, subrayar y concluir que, desde hace algunos años, se está perfilando y desarrollando una tendencia a volver a lo “público”, estatal y/o local (para estas conclusiones, véanse también Wollmann/Marcou, 2010c; Wollmann, 2011; Wollmann, 2012; Röber, 2009; Hall *et al.*, 2012, y Kuhlmann/Wollmann, 2012).

Sin duda, por una parte, el proceso de privatización precedente, tanto material como funcional, está consolidado, y ha fortalecido los poderes económicos privados, que ciertamente no parecen tener la intención de perder terreno.

Pero, por otra parte, no se puede dejar de captar la inversión de la tendencia: el movimiento del “péndulo” parece llevarnos nuevamente “hacia atrás”, hacia un regreso y resurgimiento (*comeback*) del sector público, y del sector municipal en particular, en la gestión de los servicios públicos (véanse Wollmann, 2011, 2012b; Röber, 2009, y Hall *et al.*, 2012).

### 4.1. ¿Cuáles son los factores que han favorecido tal remunicipalización?

#### 4.1.1. La convicción de que el sector público/municipal tiene una capacidad de gestión superior o al menos igual a la del sector privado

En primer lugar, debemos subrayar que, en la percepción y en la experiencia práctica de muchos actores políticos y administrativos locales, ahora se está discutiendo la concepción neoliberal, y ya no se da por descontada la convicción de la superioridad del sector privado para garantizar servicios de buena calidad a un precio asequible.

La quiebra del planteamiento neoliberal es coetánea a la quiebra, percibida globalmente, del mercado (*private sector failure, market failure*), destacada dramáticamente por el crack del Grupo Lehman Brothers.

Por lo tanto, los actores políticos y administrativos locales están mucho más dispuestos a demostrar la mayor eficiencia de la gestión pública respecto a la privada.

En este contexto, resulta útil mencionar los resultados de algunas investigaciones internacionales que han comparado la prestación del sector privado y del sector público.

Por ejemplo, un análisis realizado en nombre del Banco Mundial sobre la gestión del agua en muchos países, llega a la conclusión de que "no hay ninguna diferencia estadísticamente significativa entre los proveedores públicos y privados con respecto a su eficiencia económica" (World Bank, 2004).

Resultados similares provienen de una investigación realizada en el Reino Unido sobre diversos campos de los servicios públicos; en las conclusiones se lee que: "Existen algunas señales muy débiles de que la privatización ha contribuido realmente a una mejora significativa en la *performance*. De hecho, las altas expectativas puestas en la privatización y enfatizadas en los discursos de los políticos se han quedado sin resultados concretos" (véase Estache *et al.*, 2005).

En otra investigación comparativa, centrada sobre la gestión de agua y residuos, se concluye que "no se evidencian economías de escala en la gestión del sector del agua, independientemente de si la gestión es pública o privada. El problema no es formal, sino sustancial, es decir, ligado a la gestión efectiva, no a la titularidad de la función" (Bel/Warner, 2008).

#### 4.1.2. La preferencia "ética" y de valores otorgada por los ciudadanos/usuarios a la gestión pública

El reciente aumento de la preferencia por el sector público como proveedor de servicios se refleja también en la apreciación de los ciudadanos/clientes, es decir, en los valores compartidos en la llamada cultura política.

Esto se manifiesta también en la multitud de referéndums locales en que la privatización de un equipamiento o empresa local ha sido rechazada por amplia mayoría (véanse en Alemania los casos de Kuhlmann/Wollmann, 2012). Por ejemplo, el referéndum nacional de junio de 2011 en Italia ha reiterado, en gran medida, el rechazo a la privatización del sector del agua, y representa un claro ejemplo del cambio de percepción y valoración del servicio público por parte de los ciudadanos.

#### 4.1.3. Guía y control del Gobierno local sobre la gestión de los servicios públicos

En la gestión de los servicios públicos, los entes locales y las empresas locales están obligados a cumplir, en cualquier caso, requisitos distintos.

Por una parte, están expuestos a la competencia del mercado y deben adaptarse a su lógica económica, teniendo como objetivo la eficiencia económica.

De hecho, obligados a jugar con las reglas "del mercado", los municipios y sus sociedades (*Stadtwerke, municipalizzate*) parecen haber aprendido a "jugar", por ejemplo reclutando y adiestrando a personal suficientemente cualificado, incluso con habilidades empresariales.

Por otra parte, los municipios, sobre todo el Gobierno municipal, como órgano electo y representativo, deben y pueden imponer también fines políticos, logrando objetivos sociales y ecológicos en beneficio de la "comunidad local" que representan y que gobiernan. Esta finalidad puede lograrse también con el sistema de "financiación transversal", es decir, manteniendo un servicio local en déficit, o menos rentable, utilizando el mayor beneficio de otro servicio.

Por el contrario, una empresa privada que gestiona un servicio público, está orientada únicamente a la lógica puramente económica, tal vez "externalizando" los costes sociales y ecológicos.

La gestión pública, en cambio, debe y puede combinar las dos lógicas: la económica y la social, ecológica, etc.

#### 4.1.4. Reducción de la presión de la Unión Europea sobre la gestión de los servicios públicos

Si, en un primer momento, la Unión Europea impulsó fuertemente la liberalización y privatización de los "servicios de interés económico general" (*services of general economic interest*), en el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007 este impulso se redujo mucho. De hecho, en el protocolo adjunto, el rol de las autoridades nacionales, regionales y locales fue especialmente acentuado, reconociendo a las mismas "un amplio margen de discrecionalidad" para decidir "cómo los servicios de interés económico general pueden hacerse disponibles y licitados, y organizarse de manera que

respondan mejor a las necesidades de los clientes/usuarios”.

Por lo tanto, la autonomía de las autoridades locales, en la determinación de las modalidades de prestación de los servicios, se ha ampliado significativamente desde el punto de vista de la Unión Europea.

#### **4.1.5. Objetivos específicos de las políticas sectoriales**

Como nos demuestra el ejemplo de la política nacional (y europea) relativa a la protección del medio ambiente y del clima, el objetivo compartido del desarrollo sostenible puede y debe influir fuertemente también sobre las decisiones de las autoridades locales de gestión y organización de los servicios públicos.

#### **4.1.6. El vencimiento de los contratos como “ventana de oportunidad” (*window of opportunity*)**

Allá donde los servicios públicos locales han sido gestionados por medio de concesiones o delegaciones (*outsourcing, délégation*), se abre una “ventana de oportunidad”, por estar la gestión de los mismos ligada a actos administrativos de larga duración, pero con un vencimiento. El fin natural de tales regímenes jurídicos permitiría la renegociación de los mismos, o la posibilidad de reapropiarse de la gestión de los servicios mismos por parte de las autoridades locales.

### **4.2. Factores que impiden o ralentizan la remunicipalización**

#### **4.2.1. Problemas y costes de la recuperación de la gestión de los servicios**

En la recuperación de la gestión de los servicios, las autoridades locales se enfrentan a graves problemas organizativos, dado que, probablemente, a corto plazo, apenas podrán estar en condiciones de disponer y utilizar recursos y personal capaces de “soportar” la gestión y la organización de dichos servicios. Además de los problemas organizativos, las autoridades locales tendrán también, presumiblemente, problemas financieros, puesto que deberán sufragar los gastos de in-

demnización a favor de los precedentes gestores, por las inversiones realizadas en las infraestructuras para el sostenimiento de los propios servicios.

#### **4.2.2. Resistencia de los gestores privados a abandonar el mercado**

En el intento de remunicipalizar un servicio o una empresa precedentemente cedida a los particulares, las autoridades locales se enfrentan al interés igual y contrario de aquellos por mantener la gestión y prestación del servicio. Aunque puedan aprovechar la “ventana” que se abre al vencimiento de los contratos de concesión o delegación, las autoridades locales tendrán que enfrentarse a unos actores privados de relevante peso económico y financiero. El poder de resistencia de los mismos podría configurarse, por ejemplo, en la exigencia de un precio excesivamente elevado para abandonar el sector.

### **4.3. ¿Una nueva oleada de privatizaciones formándose en la estela de la actual crisis económica y financiera?**

En la estela de la actual crisis económica y financiera que ha afectado a Europa, se asiste a una fuerte divergencia entre países del sur y del norte de Europa sobre el tema de la remunicipalización. En los países del norte de Europa, por ejemplo en Alemania, los municipios, como las demás autoridades públicas, tienen muchas ventajas, porque pueden conseguir créditos, préstamos o financiación del sistema bancario a una tasa de interés muy baja, casi cercana al cero por ciento. Muchas autoridades locales han aprovechado estas condiciones ventajosas para financiar la remunicipalización de los servicios locales.

Por el contrario, en los países del sur de Europa, como en Italia, las autoridades locales no disfrutaban de las mismas facilidades financieras. En este sentido, la política de los Gobiernos centrales, como en Italia sugiere la actual *spending review* del Gobierno Monti, parece orientada a deshacerse del patrimonio público y, en este contexto, incluso a empujar a los entes locales a privatizar, es decir, a vender sus empresas y equipamientos para reducir la deuda pública o municipal.

## 5. Bibliografía

- ALLEMAND, Rosalyn, "Les distributeurs non-nationalisés d'électricité face à l'ouverture de la concurrence", en *Annuaire 2007 des Collectivités Locales*, CNRS, París, 2007, p. 31-42.
- APSE, *UNISON insourcing update: The value of returning local authority services in-house in an era of budget constraints*, 2011 (<http://www.unison.org.uk/acrobat/20122.pdf>).
- BAUER, Hartmut, "Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung", en BAUER, Hartmut, BÜCHNER, Christiane y HAJASCH, Lydia, *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge*, Uni Potsdam, 2012 (<http://www.buchhandel.de/WebApi1/GetMmo.asp?Mmold=1932634&mmoType=PDF&isbn=9783869561707>).
- BEL, Germà y WARNER, Mildred, "Does privatization of solid waste and water services reduce costs? A review of empirical studies", en *Resources, Conservation and Recycling*, vol. 52, 2008, p. 1337-1348.
- BORDONNEAU, Marie-Agnès, CANNEVA, Guillem, ORANGE, Gérald y GAMBIER, Dominique, "Le changement de mode de gestion des services d'eau", en *Droit et Gestion des Collectivités Territoriales - 2010*, Editions le Moniteur, París, 2010, p. 131-147.
- CITRONI, Giulio, "Neither state nor market: municipalities, corporations and municipal corporatization in water services - Germany, France and Italy compared", en WOLLMANN, Hellmut y MARCOU, Gérard (eds.), *The Provision of Public Services in Europe. Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2010, p. 191-216.
- CLIFTON, Judith, LANTHIER, Pierre y SCHRÖTER, Harm, 2011, "Regulating and deregulating the public utilities 1830-2010", en *Business History*, vol. 53, núm. 5, p. 659-672.
- DREYFUS, Magali, TÖLLER, Annette Elisabeth, IANNELLO, Carlo y McELDOWNEY, John, "Comparative study of a local service: waste management in France, Germany, Italy and the UK", en WOLLMANN, Hellmut y MARCOU, Gérard (eds.), *The Provision of Public Services in Europe. Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2010, p. 146-166.
- ESTACHE, A., PERELMAN, S. y TRUJILLO, L., "Infrastructure performance and reform in developing and transition economies: evidence from a survey of productivity measures", *World Bank Policy Research Working Paper 3514*, febrero 2005. ([http://wdsbeta.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2005/03/06/000090341\\_20050306101429/Rendered/PDF/wps3514.pdf](http://wdsbeta.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2005/03/06/000090341_20050306101429/Rendered/PDF/wps3514.pdf)).
- HALL, David, LOBINA, Emanuele y TERHORST, Philipp, "Remunicipalization in Europe", unpublished paper presented to IPSA World Congress, 2012.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Public-Private Partnerships*, 2004. (<http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.htm>).
- KUHLMANN, Sabine, *Politik und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, Nomos, Baden-Baden, 2009.
- KUHLMANN, Sabine y WOLLMANN, Hellmut, *Verwaltung und Verwaltungsreform in Europa, Einführung in vergleichende Verwaltungswissenschaft*, VS Verlag, 2012.
- MILLWARD, Robert, *Private and public enterprise in Europe. Energy, telecommunications and transport, 1830-1990*, Cambridge U Press, Cambridge, 2005.
- RÖBER, Manfred,, "Privatisierung adé? Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen im Lichte des Public Managements", en *Verwaltung & Management*, 5/2009, p. 227-240.
- SCHÄFER, Roland, "Rekommunalisierung-Fallstricke in der Praxis. Erfahrungen aus Bergkamen", en BAUER, Hartmut, BÜCHNER, Christiane y HAJASCH, Lydia, *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge*, Uni Potsdam, 2012. (<http://www.buchhandel.de/WebApi1/GetMmo.asp?Mmold=1932634&mmoType=PDF&isbn=9783869561707>).
- WOLLMANN, Hellmut, "Provision of Public Services in European countries: from public/municipal to private and reverse?", en *Comparative & Croatian Public Administration*, vol. 11, núm. 4, 2011, p. 898-911. ([http://en.iju.hr/ccpa/ccpa/downloads\\_files/001-Wollmann.pdf](http://en.iju.hr/ccpa/ccpa/downloads_files/001-Wollmann.pdf)).
- WOLLMANN, Hellmut, "I servizi pubblici nei paesi europei fra Stato, municipi e mercato: qualche osservazione comparativa", en *Rassegna di diritto pubblico europeo*, núm. 1, 2012a.
- WOLLMANN, Hellmut, "Provision of Public Services in European Countries. From Public/Municipal to Private Sector - and Reverse?", Paper given to IPSA World Congress held in Madrid in July 2012, 2012b.
- WOLLMANN, Hellmut, BALDERSHEIM, Harald, CITRONI, Giulio, MARCOU, Gérard y McEldowney, John, "From public service to commodity: the demunicipalization (or

remunicipalization?) of energy provision in Germany, Italy, France, the UK and Norway”, en WOLLMANN, Hellmut y MARCOU, Gérard (eds.), *The Provision of Public Services in Europe. Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2010, p. 168-182.

WOLLMANN, Hellmut y MARCOU, Gérard (eds.), *The Provision of Public Services in Europe. Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2010a.

WOLLMANN, Hellmut y MARCOU, Gérard, “Introduction”, en WOLLMANN, Hellmut y MARCOU, Gérard (eds.), *The Provision of Public Services in Europe. Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2010b, p. 1-14.

WOLLMANN, Hellmut y MARCOU, Gérard, “From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again? Comparative summary”, en WOLLMANN, Hellmut y MARCOU, Gérard (eds.), *The Provision of Public Services in Europe. Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2010c, p. 240-260. ■

31 QDL

**Ponencias, crónicas y notas**





---

# Los entes locales ante el Tribunal Supremo (crónica de jurisprudencia 2012)\*

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Magistrado del Tribunal Supremo

- 1. Introducción: La delimitación de la función de intérprete del Derecho local que corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [STS de 19 de abril de 2012 (RC 2793/2010)]**
- 2. Directrices jurisprudenciales relativas a las entidades locales**
  - 2.1. Recurso contencioso-administrativo
    - 2.1.1. Las Corporaciones locales no pueden recurrir meras comunicaciones de actuaciones administrativas que no puedan caracterizarse como actos administrativos [STS de 21 de marzo de 2012 (RC 5285/2010)]
    - 2.1.2. La carga procesal de las Corporaciones locales de interponer en plazo recurso contencioso-administrativo contra actos dictados por otras Administraciones Públicas [STS de 3 de mayo de 2012 (RC 3379/2011)]
    - 2.1.3. No procede acceder a la medida cautelar instada por una Corporación local cuando no se ha acreditado que se produzcan daños irreversibles a intereses medioambientales de especial protección [STS de 3 de octubre de 2011 (RC 7117/2010)]
  - 2.2. Fuentes del Derecho local: La prevalencia de la costumbre local en la regulación del aprovechamiento de bienes comunales [STS de 12 de enero de 2012 (RC 691/2008)]
  - 2.3. Urbanismo: La omisión de un informe preceptivo no es causa de anulación de un Plan General de Ordenación Urbana cuando hubiere sido solicitada su emisión por la Corporación local [STS de 24 de noviembre de 2011 (RC 4883/2008)]
  - 2.4. Derecho subvencional: La Corporación local que ha percibido una subvención debe justificar que destinó la ayuda pública al objetivo que motivó su concesión [STS de 14 de marzo de 2012 (RC 232/2010)]
  - 2.5. Derecho administrativo sancionador: La información de sanciones disciplinarias impuestas a funcionarios públicos locales no contraviene el derecho de protección de datos personales [STS de 19 de octubre de 2011 (RC 4586/2008)]
  - 2.6. Responsabilidad patrimonial de las Corporaciones locales: Improcedencia de ejercer la acción de responsabilidad patrimonial contra un Ayuntamiento cuando el perjuicio causado es imputable al legislador [STS de 10 de mayo de 2012 (RC 5342/2009)]
- 3. Epílogo: La defensa del principio de responsabilidad contable [STS de 26 de abril de 2012 (RC 825/2011)]**

## Resumen

Los Tribunales Contencioso-Administrativos ejercen un control sustancial de la potestad discrecional de los Gobiernos locales, con la finalidad de eliminar cualquier espacio de inmunidad y sancionar los excesos de poder, los abusos de poder o la desviación de poder. El ejercicio de las potestades administrativas por las autoridades locales se encuentra sometido al principio de legalidad.

Palabras clave: *Corporaciones locales; potestad sancionadora; subvenciones; responsabilidad patrimonial; responsabilidad contable.*

---

\* Ponencia presentada en el Seminario de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda, organizado por la Diputación de Barcelona, y celebrado en esta ciudad, el 6 de julio de 2012.

## *Local entities before the Spanish Supreme Court (chronicle of case law of 2012)*

### **Abstract**

Administrative Courts carry out a substantial review of local entities' discretion with the aim of eliminating immunity and prevent and punish *ultra vires*, abuse or deviation of power. The exercise of administrative prerogatives by local entities is subject to the rule of law.

*Keywords:* local entities; disciplinary powers; subsidies; torts; accounting responsibility.

### **1. Introducción: La delimitación de la función de intérprete del Derecho local que corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [STS de 19 de abril de 2012 (RC 2793/2010)]**

A la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo le corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución y el artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como órgano superior del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la función de interpretación uniforme del ordenamiento jurídico de régimen local.

Pero esta consideración debe ser matizada, porque la configuración institucional de los Tribunales Superiores de Justicia, según dispone el artículo 152 CE, como órganos en que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, y el reconocimiento de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia de régimen local, según establece el artículo 148.1.2.<sup>a</sup> CE, restringen *ex Constitutione* las atribuciones competenciales de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para enjuiciar aquellos asuntos que versen sobre la interpretación y aplicación del Derecho público de régimen local emanado de las Comunidades Autónomas.

La concepción constitucional del Estado de las Autonomías, en su compenetración con la estructura orgánica-territorial de los Tribunales de Justicia, impone una comprensión "federalizante", en su dimensión funcional, de la Administración de Justicia, que se revela coherente y congruente con la producción policéntrica de normas sobre régimen local que obliga a preservar la función casacional de los Tribunales Superiores de Justicia en esta materia, y a delimitar la función casacional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a aquellos asuntos que versen

sobre la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico estatal de régimen local (BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *El Estatuto de Autonomía de Aragón y la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 1999).

La función de unificación de la interpretación del Derecho autonómico está reconocida a los Tribunales Superiores de Justicia en los órdenes civil y contencioso-administrativo, desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y la Ley de Demarcación y Planta de 1988, afirma el consejero de Estado Fernando Ledesma Bartret; criterio que se ha ratificado y potenciado en las nuevas leyes procesales de esos dos órdenes jurisdiccionales (AGUIAR DE LUQUE, LUIS, PREGO DE OLIVER TOLLIVAR, Adolfo y XIOL RÍOS, Juan Antonio, *La justicia ante la reforma de los Estatutos de Autonomía*, Ed. Thomson/Aranzadi, Madrid, 2005, p. 98).

A estas formulaciones, que requieren la adaptación del poder jurisdiccional al Estado compuesto, se adhiere la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en su artículo 86.4 exceptúa del recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo "Las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia", que "solo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora".

El Tribunal Supremo ha estimado, en constante y consolidada jurisprudencia, que carece de competencia para conocer de aquellos recursos de casación que versen sobre la interpretación del Derecho local de una

Comunidad Autónoma, salvo que se denuncie la infracción del Derecho estatal o comunitario europeo, sin que baste la alegación de normas procedimentales de carácter estatal o la invocación de preceptos constitucionales para que sea viable su prosecución.

Esta directriz jurisdiccional se formula en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2005 (RC núm. 5711/2002), que declara la admisión parcial del recurso de casación, promovido por el Ayuntamiento de Calldetenes, contra una sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo contra el Decreto del Gobierno de la Generalidad de Cataluña por el que se deniega la alteración parcial de los términos municipales de Vic y Calldetenes, respecto de aquellos motivos formulados con base en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, apelando a la infracción de la Ley procesal de carácter estatal, o planteados por la infracción de preceptos constitucionales, e inadmite aquellos motivos sustentados en la infracción de la legislación de régimen local de Cataluña, con la siguiente argumentación:

“Antes de abordar el examen de los motivos de casación articulados por el AYUNTAMIENTO DE CALLDETENES recurrente, procede analizar las pretensiones de inadmisibilidad del recurso de casación que, de forma coincidente, se sustentan por el letrado de la GENERALIDAD y por la defensa letrada del AYUNTAMIENTO DE VIC, al amparo del artículo 93.2 a), de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con los artículos 89.2 y 86.4 de la referida norma procesal, considerando que el escrito de preparación adolece de falta de justificación adecuada de la infracción de las normas del Derecho estatal, aducidas como motivos de casación, que hayan sido relevantes y determinantes del fallo recurrido.

“El artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, expresa que, en el supuesto previsto en el artículo 86.4, habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

“Por su parte, el artículo 86.4 de la referida ley jurisdiccional afirma que las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superio-

res de Justicia solo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

“La finalidad institucional de estos preceptos orgánicos-procedimentales es preservar que el Tribunal Supremo, calificado por el artículo 123 de la Constitución de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, pueda asumir en monopolio la función de intérprete supremo del ordenamiento jurídico estatal, asegurando que a los Tribunales Superiores de Justicia, que culminan la organización judicial en el territorio de cada Comunidad Autónoma, de conformidad con el artículo 152 de la Constitución, se les reserve el núcleo de atribuciones jurisdiccionales necesarias para asumir la posición institucional de intérprete supremo del Derecho autonómico.”

Sin embargo, el deslinde de las atribuciones competenciales entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de la interpretación del Derecho local, resulta a veces complejo, derivado del origen de las normas de régimen local aplicadas o de la naturaleza de la materia.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012 (RC 2793/2010) es exponente de las dificultades que representa delimitar las competencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con aquellos procesos en que se reputan infringidas, de forma conjunta, normas estatales, autonómicas o locales, que integran el Derecho local.

Esta sentencia del Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2009, que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de la Asociación ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 27 de marzo de 2006, por la que se autorizó a Morata Energía, S.L., la construcción de una central termoeléctrica de ciclo combinado en Morata de Tajuña (Madrid), y contra la desestimación presunta del recurso de alzada inter-

puesto contra la resolución de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático de 7 de febrero de 2005, por la que se formula declaración de impacto ambiental sobre el proyecto de construcción de la referida central térmica de ciclo combinado para gas natural de Morata de Tajuña, con una potencia de 1.200 MW, anulando las citadas resoluciones por ser disconformes a Derecho.

El Tribunal Supremo rechaza, en primer término, la pretensión de inadmisibilidad de los recursos de casación deducida por la parte recurrida Asociación ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA, con base en el argumento de que en la formulación de los motivos de casación se reputaban infringidas normas de carácter autonómico o local y, concretamente, el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Morata de Tajuña, con los siguientes argumentos:

“La pretensión de inadmisibilidad de los recursos de casación formulada por la representación procesal de la Asociación ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA, fundamentada con el amparo del artículo 86.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al entender que las normas que se reputan infringidas son de carácter autonómico o local, no puede ser acogida, puesto que constatamos que los motivos de casación articulados por el Abogado del Estado y por la defensa letrada de la mercantil MORTA ENERGÍA, S.L. se basan en la invocación de normas del Derecho estatal –el artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental–, que han sido relevantes y determinantes del fallo recurrido, o bien se sustentan en la vulneración de normas constitucionales, legales o reglamentarias emanadas del Estado – artículo 149.1.22.<sup>a</sup> de la Constitución, Ley Orgánica 3/1993, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica–, que inciden en la resolución de la controversia jurídica planteada.”

El Tribunal Supremo recuerda la doctrina jurisprudencial sentada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 30 de noviembre de 2007 (RC 7638/2002), en relación con la interpretación del artículo 86.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que precisa el ámbito de creación de doctrina legal que corresponde al Alto Tribunal ex artículo 123 de la Constitución, en la que decía:

“De lo expuesto en los arts. 86.4 y 89.2 de la L.J. se desprende que las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo son recurribles en casación cuando el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubiesen sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Luego *a sensu contrario*, cuando el recurso se funde en infracción de normas de Derecho autonómico, la sentencia no será susceptible de recurso de casación, que es, justamente, lo que aquí acontece. Ambos preceptos tienen inmediato antecedente en los arts. 93.4 y 96.2 de la L.J. de 1956, modificada por Ley 10/1992, de 30 de abril, que a su vez venían precedidos por lo que, antes de la introducción del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, disponía respecto de los recursos de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el art. 58 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. De estos preceptos, interpretados en conexión con lo establecido en los arts. 152.1 párrafo segundo y tercero de la CE y 70 de la LOPJ se desprende el propósito legislativo de encomendar, en el orden contencioso-administrativo, a las Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas CCAA la determinación de la interpretación última del derecho de procedencia autonómica. En coherencia con tal planteamiento, los arts. 99.1 y 101.2 de la L.J. atribuyen el conocimiento de los recursos de casación para unificación de doctrina fundados en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma y del recurso de casación en interés de la Ley en que se enjuicie la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de las CCAA que hayan sido determinantes del fallo recurrido, a órganos jurisdiccionales que no son la Sala Tercera del Tribunal Supremo sino las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia constituidas con la composición pre-

vista, respectivamente, en los arts. 99.3 y 101.3 de la L.J.. La aplicación de esta doctrina a nuestro caso justifica la improcedencia de examinar la cuestión de fondo por estar total, íntegra y exclusivamente regulada por el Derecho autonómico valenciano, lo que nos impone devolver las actuaciones al Tribunal de instancia.”

La sentencia concluye el pronunciamiento de rechazo de la pretensión de inadmisión de los recursos de casación, afirmando que su decisión es acorde con el derecho fundamental de acceso a los recursos, que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, porque, como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en las sentencias 105/2006, de 3 de abril, 265/2006, de 11 de septiembre, 22/2007, de 12 de febrero, 246/2007, de 10 de diciembre, 33/2008, de 25 de febrero y 27/2009, de 26 de enero, el derecho a la revisión de las resoluciones jurisdiccionales, dejando a salvo el ámbito del orden jurisdiccional penal, en que se garantiza el derecho a la doble instancia, es un derecho de configuración legal en el que no resulta aplicable con la misma intensidad el principio *pro actione*, que comporta obtener de los órganos jurisdiccionales, integrantes del Poder Judicial, una resolución razonada y fundada en Derecho sobre la revisión deducida de la resolución judicial. Este derecho fundamental impone al juez o tribunal una interpretación razonable y no arbitraria de los presupuestos y cláusulas procesales de admisión del recurso de casación, que es de naturaleza extraordinaria, y está sometido –según se recuerda– a rigurosos requisitos, incluso de naturaleza formal, que no supongan una aplicación rigorista, excesivamente formal, o desproporcionada en relación con los fines que preserva el proceso casacional, de modo que la declaración de inadmisión solo puede fundarse en la concurrencia de una causa legal, basada en la aplicación de un precepto concreto de la Ley procesal, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental de tutela, adoptada en la observancia de estos fundamentos hermenéuticos constitucionales.

El Abogado del Estado, en la formulación del recurso de casación, había alegado que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid había infringido el artículo 149.1.23.<sup>ª</sup> de la Constitución, pues no cabía condicionar el ejercicio de la potestad autorizatoria del Estado, en materia de instalaciones de producción de energía eléctrica de determinada potencia, a normas de carácter autonómico o local, que, en ningún caso,

sin vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias –se argumentaba–, podían enervar la competencia exclusiva del Estado sobre obras públicas de interés general.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado cuestionaba la aplicabilidad del régimen de distancias mínimas establecido en el artículo 4 del RAM, en los siguientes términos:

“El motivo de casación se sustenta en la alegación de que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no resulta conforme a Derecho porque anula la autorización concedida para la instalación de la Central Térmica de Morata de Tajuña y la Declaración de Impacto Ambiental, en base a que la ubicación de la Central no guarda la distancia mínima establecida en las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Morata de Tajuña, en relación con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, que no resultaban aplicables.

“Se arguye que la sentencia recurrida infringe el artículo 149.1.22.<sup>ª</sup> de la Constitución, los artículos 3.2 a) y 36.1 y 3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y los artículos 111 y 113 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, que establecen la competencia exclusiva de la Administración General del Estado para autorizar la construcción de instalaciones de producción de energía eléctrica, a quien corresponde resolver finalmente lo que considere oportuno en cada caso.

“Se aduce que la sentencia recurrida se opone a lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que establece que los proyectos de obras públicas de interés general se remitirán a la Administración urbanística competente al objeto de que informe sobre la adaptación del proyecto de planeamiento urbanístico que resulte de aplicación, en relación con la disposición adicional duodécima del referido texto legal, en cuanto que de estas disposiciones se desprende que las competencias urbanísticas transversales de otras Administraciones en ningún caso pueden desplazar la competencia exclusiva de la Administración General del Estado sobre obras públicas de interés general, como la que representa la Cen-

tral de Morata de Tajuña, destinada a satisfacer un servicio esencial para la comunidad.”

También en el recurso de casación interpuesto por la mercantil MORATA ENERGÍA, S.L. se cuestionaba la aplicabilidad del régimen de distancias mínimas, establecido en el artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y en las Normas subsidiarias de Planeamiento del municipio de Morata de Tajuña, en la medida en que no podían desplazar las normas de protección de medioambiente adoptadas por la Comunidad de Madrid.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con invocación de los precedentes pronunciamientos jurisprudenciales conformados por las sentencias de 1 de abril de 2004 (RC 5921/2001) y 27 de junio de 2007 (RC 8668/2003), estatuye el criterio jurídico de la plena vinculación de todas las Administraciones Públicas al régimen de distancias mínimas establecido en el artículo 4 del RAM, en tanto en cuanto la Comunidad Autónoma, en virtud de los títulos competenciales atribuidos en el Estatuto de Autonomía, no sancione normas adicionales de protección medioambiental que revistan una potencialidad de salvaguarda de los intereses medioambientales que no sea inferior, en los siguientes términos:

“[...] En el extremo del motivo de casación, en que el Abogado del Estado aduce que la sentencia recurrida ‘se opone a la normativa legal ordinaria’, y, concretamente, a las disposiciones adicionales tercera y duodécima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, de las que se desprende que las competencias urbanísticas que corresponden a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las Administraciones locales, por su carácter transversal, no desplazan la competencia exclusiva del Estado sobre obras públicas de interés general, en cuyo planteamiento subyace la pretensión de inaplicación, en este supuesto, del régimen de distancias mínimas establecido en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Morata de Tajuña, cabe señalar que, como hemos advertido con anterioridad, no está en discusión el carácter prevalente de la competencia del Estado sobre la autorización del proyecto de construcción de Centrales de producción de energía eléctrica ni el principio de lealtad institucional o el principio de coordinación interadministrativa, sino si las decisiones de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y del

Cambio Climático y del director general de Política Energética y Minas cuestionadas, debieron contemplar otra ubicación del proyecto de construcción de la Central de Morata de Tajuña que respete la distancia de seguridad para la población establecida de forma coincidente en las Normas Subsidiarias de Planeamiento y en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, al no darse los presupuestos de urgencia o excepcional interés público, que determinen la validez jurídica del emplazamiento autorizado.

“Conforme a los razonamientos expuestos, cabe rechazar la denuncia que formula el Abogado del Estado sobre la indebida aplicación del artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, en cuanto que cabe poner de relieve que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 1 de abril de 2004 (RC 5921/2001) y de 27 de junio de 2007 (RC 8668/2003), el régimen de distancias mínimas establecido en dicha norma reglamentaria tiene carácter vinculante para todas las Administraciones Públicas, en tanto en cuanto la Comunidad Autónoma, en virtud del título competencial de medio ambiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.23.ª de la Constitución, no haya sancionado normas adicionales de protección, cuya potencialidad de tutela de los intereses medioambientales no sea menor.”

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012, que analizamos, responde al planteamiento casacional desarrollado por la defensa letrada de la mercantil MORATA ENERGÍA, S.L., sobre la presunta escindibilidad de la Declaración de Impacto Ambiental, respecto de las normas de protección ambiental establecidas en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, con los siguientes argumentos:

“[...] El primer motivo de casación deducido por la defensa letrada de la mercantil MORATA ENERGÍA, S.L., fundamentado en la infracción del artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, y de los artículos 15 y 29 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, con base en el argumento de que la sentencia recurrida atribuye a la Declaración de Impacto Ambiental un contenido respecto del examen de aspectos urbanísticos y en materia de actividades molestas que se corresponde con el propio de la Autorización Administrativa Integrada, no

puede ser acogido, puesto que no cabe eludir que el régimen de distancias mínimas establecido en el artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, es materialmente una norma de carácter medioambiental, que es determinante para valorar la idoneidad del emplazamiento proyectado de la instalación y que concierne al estudio de las diferentes alternativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Directiva del Consejo 85/337/CEE, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

“En efecto, la tesis que propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente de que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid incurre en error jurídico, al sostener que la Declaración de Impacto Ambiental es ilegal por no tomar en consideración el régimen de distancias derivado del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, no puede ser compartida, pues, según se desprende de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, resulta incuestionable que la declaración de impacto ambiental regulada en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, debe contener un examen concreto y pormenorizado de las repercusiones que el concreto emplazamiento proyectado de la instalación de producción de energía eléctrica provoca en el desarrollo vital de las poblaciones limítrofes, así como, en su caso, un estudio de las alternativas de localización técnicamente viables que resulten menos gravosas para la preservación de los intereses medioambientales.

“El segundo motivo de casación, articulado por la defensa letrada de la mercantil MORATA ENERGÍA, S.L., sustentado en la infracción, por aplicación indebida, del artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y del artículo 29 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, en relación con los artículos 5, 6 y 7 del referido Cuerpo legal, no puede prosperar, pues no compartimos la tesis argumental que propugna, de que la Sala de instancia no había interpretado la disposición reglamentaria cuestionada conforme a los principios que informan la Ley 16/2002, en la medida en que declara inaplicable dicha norma legal, atendiendo a que el procedimiento se rige por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, en atención a la fe-

cha de presentación de la solicitud de autorización de la construcción de la instalación, lo que deja imprejudgada cualquier interpretación derivada de la aplicación de la referida norma legal medioambiental, sustentada en la invocación del principio de coordinación procedimental.

“En atención a estos razonamientos, procede rechazar también la crítica que se formula a la sentencia recurrida por no tomar en consideración que el artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, ha sido desplazado por la legislación medioambiental adoptada por la Comunidad Autónoma de Madrid, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2002, de 19 de julio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, puesto que la Sala de instancia atiende a que dicha norma no resultaba aplicable *ratione temporis*, pues su entrada en vigor se produjo el 2 de julio de 2002, y excluía los proyectos cuya autorización sustantiva corresponde a la Administración General del Estado, y a que, acogiendo los argumentos expuestos en la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2004, no contenía una protección medioambiental equivalente o más intensa a la prevista en la referida disposición reglamentaria estatal.

“El tercer motivo de casación, formulado de forma subsidiaria al precedente motivo examinado, fundado, asimismo, en la infracción del artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, no puede ser acogido, pues consideramos que la Sala de instancia no confiere un carácter o alcance absoluto a la distancia mínima de 2.000 metros de cualquier núcleo habitado, establecida en dicho precepto reglamentario, pues la Sala de instancia atiende a la circunstancia de que la central se construye en una parcela cerca del paraje denominado Zarza Verde, situado, aproximadamente, a 1,5 Km. del núcleo urbano de Morata de Tajuña, en contravención del artículo 3.2.18.3 de las Normas Subsidiarias de Planteamiento del referido municipio, sin que se hayan aducido razones de excepcional interés público que justifiquen flexibilizar o excepcionar la aplicación del régimen de distancias, conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 20 del mencionado Reglamento estatal.

“El cuarto motivo de casación, sustentado en la infracción de los artículos 26.1.4 y 27.7 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en la redacción

debida a la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, que enuncia las competencias en materia de urbanismo y medio ambiente atribuidas a dicha Comunidad, no puede prosperar, pues consideramos que carece de fundamento que el pronunciamiento anulador de la Sala de instancia suponga legitimar una invasión competencial por parte del Estado, por corresponder, en el supuesto enjuiciado, a la Comunidad de Madrid la autorización de una actividad considerada como clasificada, tanto desde la perspectiva urbanística como ambiental.

“En efecto, cabe significar que cuando la Administración General del Estado ejerce sus propias competencias sustantivas, en relación con la autorización de instalaciones de producción de energía eléctrica, radicadas en algún municipio perteneciente al territorio de una Comunidad Autónoma, y procede a formular la declaración de impacto ambiental, no menoscaba las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio y Urbanismo y medio ambiente, ni el principio de autonomía local, cuando atiende, con base en el principio de colaboración, las observaciones formuladas por las Administraciones Públicas territoriales afectadas.

“Así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 13/1998, de 22 de enero, en que se subraya la relevante incidencia del principio de colaboración administrativa en la formulación de la declaración de impacto ambiental para respetar el orden constitucional de distribución de competencias, en los siguientes términos:

“[...] La Administración estatal ejerce sus propias competencias sustantivas sobre la obra, la instalación o la actividad proyectada, aun cuando preceptivamente deba considerar su impacto medioambiental. No está ejecutando la legislación básica del medio ambiente. Esta se agota en aprobar la norma que obliga a todas las Administraciones Públicas a que, cuando actúan en el ejercicio de cualesquiera de sus competencias, ponderen y evalúen las repercusiones sobre el medio ambiente, minimizando y corrigiendo los daños causados a la población y al medio ambiente natural y cultural del territorio afectado por dicha actuación, cuando no renunciando a llevarla a cabo.

“[...] Cuando la Administración General del Estado ejerce sus competencias sobre el territorio de una Comunidad Autónoma, debe ejercerlas siempre atendiendo los puntos de vista de esta [SSTC 56/1986, 103/1989, 149/1991 (RTC 1991\149), 102/1995 y

concordantes] y cumpliendo el deber de colaboración insito a la estructura misma del Estado de las Autonomías [deber que, no por casualidad, fue formulado inicialmente con especial energía en un caso de concurrencia competencial sobre actividades extractivas para proteger el medio ambiente (STC 64/1982, fundamento jurídico 8.º)].

“En efecto, la *proyección sobre un mismo medio físico o recurso natural de títulos competenciales distintos en favor del Estado o de las Comunidades Autónomas impone la colaboración entre ambas Administraciones; colaboración que resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías, como ha señalado este Tribunal, por relación genérica a supuestos como el que ahora se plantea, en la STC 76/1983 (RTC 1983\76). Más aún, este entrecruzamiento de competencias obliga, como queda dicho, a la coordinación entre las Administraciones implicadas* [STC 227/1988, fundamento jurídico 20, e)].

“[...] Este deber, que impide a la Administración estatal aprobar o autorizar ningún proyecto de obra o instalación situada, total o parcialmente, sobre el territorio de la Comunidad Autónoma sin ponderar sus puntos de vista y sin coordinarlo con la actuación llevada a cabo por su Administración Pública en ejercicio de sus propias competencias [SSTC 56/1986, fundamento jurídico 4.º, 103/1989, fundamento jurídico 9.º, 227/1988, fundamentos jurídicos 20, letras e) y f), y 25; 149/1991, fundamentos jurídicos 3.º, letras C) y D).c, 4.º, letras A), B).d y B).e, D).a, y 7.º, letras A).c y D).a, y 198/1991 (RTC 1991\198), fundamento jurídico 3.º, j)], también es predicable de la evaluación de impacto ambiental. La normativa vigente no solo no niega ese deber de colaboración, sino que ofrece cauce e instrumentos para cumplirlo.

“En primer lugar, antes incluso de que se redacte el estudio de impacto ambiental, el organismo o la empresa que promueve el proyecto debe comunicar su intención y formular una Memoria-resumen del proyecto; la Administración titular *podrá efectuar consultas a las... Administraciones previsiblemente afectadas por la ejecución del proyecto*, con el fin de que enjuicien el impacto ambiental del futuro proyecto u ofrezcan cualquier indicación beneficiosa para una mayor protección y defensa del medio ambiente (art. 13.3 REIA).

“A tenor del orden constitucional de competencias, esa facultad del órgano administrativo de medio ambiente de la Administración autorizante de abrir

consultas en la fase inicial de la evaluación medioambiental ofrece un medio adecuado para cumplir su deber de colaboración entre las Administraciones implicadas. Siempre que la obra u otra actividad proyectada afecte al territorio o al medio ambiente del País Vasco, las consultas entre las dos Administraciones, antes incluso de formularse el estudio técnico de impacto ambiental, permiten que la Comunidad Autónoma interesada pueda ser oída.

“[...] En segundo lugar, ya hemos visto que la evaluación de impacto ambiental se formula a partir de varios elementos esenciales: el estudio técnico, que debe proporcionar el organismo o la empresa que impulsa el proyecto; la información pública, que permite a la población afectada y a los particulares interesados formular sus opiniones sobre el proyecto y su impacto ambiental, y una serie de informes, que incluyen los emitidos por otras Administraciones Públicas.

“La normativa impugnada en este conflicto contiene una regulación parca, ciertamente: se limita a prever los *informes que... se establezcan* en el procedimiento que corresponde a la obra o instalación proyectada según su legislación específica (art. 15 in fine REIA); y permite, por añadidura, que el órgano administrativo de medio ambiente de la Administración autorizante recabe los *informes que, en cada caso, considere oportunos* (art. 17.1 REIA). Solo se detallan las comunicaciones que deben mantenerse con Estados miembros de la Unión Europea o con otros países vecinos, respecto a aquellos proyectos que tengan repercusiones transfronterizas sobre el medio ambiente (arts. 23 y 24 REIA), en desarrollo de lo dispuesto por las normas superiores (art. 6 LEIA y art. 7 Directiva 85/337/CEE).

“Tales preceptos, sin embargo, permiten encauzar la obligada colaboración entre los poderes estatales y autonómicos. El orden constitucional de competencias obliga a entender que, entre los informes con los que debe contar la Administración General del Estado antes de formular la declaración de impacto ambiental, se incluyen los que emita la Administración del País Vasco. Informes cuyo contenido debe ser ponderado expresamente por la autoridad estatal que formule la declaración de impacto ambiental y, en su caso, por la autoridad que adopte la decisión final sobre el proyecto, asumiendo sus conclusiones o exponiendo las razones de discrepancia por las que no pueden ser aceptadas (art. 20 del Real Decreto 1131/1988 del Reglamento de Evaluación del Impacto Ambiental aquí impugnado).

“En conclusión, la Comunidad Autónoma tiene garantizada constitucionalmente una participación en la evaluación del impacto ambiental de los proyectos de competencia estatal que vayan a realizarse, total o parcialmente, sobre su territorio o que, más en general, puedan afectar a su medio ambiente.”

## 2. Directrices jurisprudenciales relativas a las entidades locales

### 2.1. Recurso contencioso-administrativo

#### 2.1.1. Las Corporaciones locales no pueden recurrir meras comunicaciones de actuaciones administrativas que no puedan caracterizarse como actos administrativos [STS de 21 de marzo de 2012 (RC 5285/2010)]

El artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estipula que:

“1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

“2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.”

La controversia casacional, resuelta por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2012 (RC 5285/2010), versaba sobre la determinación de si una comunicación del Ministerio de Economía y Hacienda dirigida al Ayuntamiento de Zaragoza, en la que se advierte que debe proceder a la devolución del exceso de ayuda percibida del Fondo de Cohesión Europeo, constituye o no un acto de trámite previo al procedimiento, susceptible de ser revisado ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El texto de la comunicación del Ministerio de Economía y Hacienda decía:

“Estimado amigo: con motivo de la Nota de Adeudo n.º 3230813454 recibida de la Comisión Europea, se comunica que se debe proceder a la devolución del exceso de ayuda percibida en el grupo de proyectos 96-11-61-018 ‘Saneamiento en Zaragoza’. Con el fin de regularizar esta situación se solicita al Ayuntamiento de Zaragoza el reintegro del exceso de ayuda comunitaria recibida, por importe de 3.106.966,00 euros mediante ingreso en la Delegación de Hacienda correspondiente, aplicado al concepto ‘57.320.441’ Fondo de Cohesión, antes del 15 de enero de 2009.”

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional había entendido, aceptando las argumentaciones formuladas por el Abogado del Estado, que dicha comunicación no era susceptible de ser recurrida ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pues no era un acto que agotase la vía administrativa ni decidía el fondo del asunto, al tratarse de un acto que precedía a la iniciación del expediente administrativo de reintegro del exceso de ayuda comunitaria recibida, por lo que decretó la inadmisión del recurso contencioso-administrativo entablado por la referida Corporación local:

“La lectura del acto administrativo impugnado, reproducido en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, plantea dudas iniciales sobre su naturaleza, dudas que se despejan no solo con la lectura de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, sino de las actuaciones obrantes en autos, singularmente, la resolución de 17 de septiembre de 2009 y el recurso de reposición interpuesto contra la misma por la parte actora.

“El Capítulo II de la Ley 38/2003 regula el procedimiento de reintegro en los siguientes términos:

“‘Artículo 41. Competencia para la resolución del procedimiento de reintegro.

“‘1. El órgano concedente será el competente para exigir del beneficiario o entidad colaboradora el reintegro de subvenciones mediante la resolución del procedimiento regulado en este capítulo, cuando aprecie la existencia de alguno de los supuestos de reintegro de cantidades percibidas establecidos en el artículo 37 de esta Ley.

“‘2. Si el reintegro es acordado por los órganos de la Unión Europea, el órgano a quien corresponda la gestión del recurso ejecutará dichos acuerdos.

“‘3. Cuando la subvención haya sido concedida por la Comisión Europea u otra institución comunitaria y la obligación de restituir surgiera como consecuencia de la actuación fiscalizadora, distinta del control financie-

ro de subvenciones regulado en el título III de esta Ley, correspondiente a las instituciones españolas habilitadas legalmente para la realización de estas actuaciones, el acuerdo de reintegro será dictado por el órgano gestor nacional de la subvención. El mencionado acuerdo se dictará de oficio o a propuesta de otras instituciones y órganos de la Administración habilitados legalmente para fiscalizar fondos públicos.

“‘Artículo 42. Procedimiento de reintegro.

“‘1. El procedimiento de reintegro de subvenciones se regirá por las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos contenidas en el título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las especialidades que se establecen en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo.

“‘2. El procedimiento de reintegro de subvenciones se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. También se iniciará a consecuencia del informe de control financiero emitido por la Intervención General de la Administración del Estado.

“‘3. En la tramitación del procedimiento se garantizará, en todo caso, el derecho del interesado a la audiencia.

“‘4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de 12 meses desde la fecha del acuerdo de iniciación. Dicho plazo podrá suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

“‘Si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo.

“‘5. La resolución del procedimiento de reintegro pondrá fin a la vía administrativa.’

“En el expediente administrativo obra, entre otros documentos, la decisión de la Comisión de 25 de junio de 2008 que en su artículo 2 (página 296 del expediente de control) establece que ‘El Reino de España adoptará las medidas oportunas para informar de la

presente Decisión a los beneficiarios finales interesados’.

“Igualmente se ha aportado a los autos la resolución de reintegro, que recoge entre sus antecedentes lo siguiente:

“‘Previo a iniciar el trámite para dictar cualquier orden o resolución de reintegro, mediante escrito de 23 de diciembre de 2008, la Autoridad de Pagos española informó al Ayuntamiento de Zaragoza de la recepción de la Nota de Adeudo antes citada y de la necesidad de que abonase el exceso de ayuda comunitaria percibido con cargo al grupo de proyectos 96-11-61-018 *Saneamiento de Zaragoza* por importe de 3.106.966,00 euros.’

“Igualmente se hace constar que ‘Sin haberse iniciado el procedimiento de reintegro... el Ayuntamiento de Zaragoza interpuso recurso contencioso-administrativo.’

“Del conjunto de estos hechos y teniendo a la vista los preceptos legales reproducidos resulta a juicio de esta Sala, que como alega el Abogado del Estado concurre una causa de inadmisión, ya que el acto administrativo impugnado no pone fin a la vía administrativa ni la agota en relación con la obligación de reintegro de las sumas litigiosas.

“De cuanto queda expuesto resulta la inadmisión del presente recurso.”

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo confirma la decisión de inadmisión del recurso contencioso-administrativo con los siguientes argumentos:

“[...] Entiende el Ayuntamiento recurrente que el acto frente al que se ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo no es un simple antecedente, sino que es una actuación que decide el fondo del asunto, impide la continuación del procedimiento y genera indefensión, ya que le conmina a ingresar el importe de la devolución sin otorgar posibilidad de defensa alguna. De hecho, afirma, lo ocurrido después de dicha actuación (el inicio del procedimiento de reintegro) corrobora que previamente se había actuado por la vía de hecho y que es debido a la reacción del afectado cuando se opta por actuar por la vía de derecho.

“No tiene razón el Municipio recurrente y debe desestimarse el motivo. En efecto, el escrito enviado por el Ministerio de Economía y Hacienda el 23 de diciembre de 2008 y que se reproduce en el fundamento primero de la Sentencia de instancia no es, en modo alguno, una ‘actuación de hecho’, como pretende el

Ayuntamiento de Zaragoza. Es, con toda evidencia una comunicación en relación con el estado de una determinada ayuda (la necesidad de reintegrar el exceso de ayuda comunitaria recibida), que precede a la iniciación del procedimiento de reintegro, frente al que la parte recurrente tiene abiertas en todo caso las acciones que estime pertinentes. Lo que no impide, evidentemente, que pudiera proceder a la devolución reclamada aun antes de que se iniciase formalmente dicho procedimiento.

“Basta añadir a lo anterior que dicha comunicación no solo no puede calificarse como una vía de hecho y que no constituye un acto que ponga fin a la vía administrativa –en puridad, tan solo iniciada con dicha comunicación como un acto previo al procedimiento de reintegro propiamente dicho–, sino que se trata de una comunicación informativa obligada por la propia decisión de la Comisión Europea sobre la reclamación de devolución de los excesos percibidos por la ayuda de referencia, tal como se recoge en el fundamento tercero de la Sentencia de instancia.”

### **2.1.2. La carga procesal de las Corporaciones locales de interponer en plazo recurso contencioso-administrativo contra actos dictados por otras Administraciones Públicas [STS de 3 de mayo de 2012 (RC 3379/2011)]**

El deber de actuar diligentemente en la interposición de recursos contencioso-administrativos constituye una carga procesal exigible sin excepción a quienes pretendan entablar acciones impugnando actos de las Administraciones Públicas ante los Tribunales de orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que deben cumplir estrictamente los requisitos y formalidades establecidos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esta directriz jurisprudencial se enuncia con claridad en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2012 (RC 3379/2011), que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta Administrativa de Nancles de Oca contra el Auto dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de febrero de 2011, que acordó declarar inadmisibles, por extemporáneo, el recurso interpuesto por la mencionada Administración local contra las tres resoluciones de

la Dirección General de Energía y Minas del Gobierno Vasco, relativas a la explotación de la cantera a cielo abierto "Navarra Pequeña", situada en el término municipal de Iruña de Oca (Álava).

La Sala de instancia había decretado la inadmisión del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

"[...] No consta, desde luego, que la Junta Administrativa de Nanclares de Oca se hubiera personado en aquellos procedimientos dirigidos a la modificación del proyecto de explotación, y a la aprobación de los Planes de Labores de la Cantera 'Navarra Pequeña' con anterioridad a que hubiera recaído resolución definitiva en los mismos. Como se indica en la STS 20.7.06 (rec. 2760/2011) que se invoca por HyM [Hormigones y Minas SA], la Junta Administrativa de Nanclares de Oca no estaba dentro de los interesados a quienes debiera notificarse el procedimiento seguido para la modificación del proyecto de explotación, o la aprobación del Plan de Labores; y, aunque se sostuviera que la Junta estaba en posición de personarse, por tener algún interés que pudiera resultar afectado, el hecho es que no consta que lo hiciera. Y no puede obviarse que como entidad local cuenta con asesoramiento, y hay que entender que es perfectamente conocedora de la explotación de la cantera, que se ubica en su territorio. Y propietaria, al parecer, de los terrenos donde se desarrolla la explotación.

"En síntesis, entiende la Sala que la interposición del recurso contencioso-administrativo no puede entenderse abierta *sine die*, y puesto que la Junta Administrativa de Nanclares de Oca no estaba dentro del círculo de interesados a quienes debiera notificarse estas resoluciones impugnadas, hay que entender que solo podría impugnarlas mientras se mantuviera vigente el plazo para que pudieran recurrirlas los interesados personados en el procedimiento.

"La Junta Administrativa efectúa un requerimiento con fecha 2.2.10, que no obtuvo ninguna respuesta. Esto explica que se invoque el art. 44 de la LJCA. Debemos recordar que el art. 44 de la LJCA no se aplica cuando se trata de resolver o solventar una disparidad de criterios entre Administraciones Públicas y una de ellas actúa en la relación jurídico-administrativa entablada como un particular, y no como un poder público. O dicho de otra forma, solo se aplica el art. 44 de la LJCA cuando ambas Administraciones Públicas están actuando como poder. Así se indica en la STS 30.9.09 (rec. 2100/2008), STS 25.5.09 (rec. 4808/2005) entre

otras. Esta cuestión tiene interés porque la Junta Administrativa de Nanclares de Oca invoca el plazo de dos meses desde el art. 44.2 de la LJCA, desde el día 2 de diciembre de 2010, fecha en que se citó a la Junta Administrativa para ver el expediente, en las dependencias de la Delegación Territorial de Álava.

"Según la documentación que se aporta el 23 de abril de 2008, la Junta Administrativa solicitó vista y copia de la documentación obrante 'en los expedientes administrativos relativos a la explotación de la cantera', lo que se denegó por resolución de 26 de mayo de 2008. No consta que esta resolución fuera impugnada jurisdiccionalmente; y lo que resulta relevante es que, en todo caso, no consta ninguna actuación anterior a dicha fecha del 23 de abril de 2008, dos años después de la última resolución impugnada. No consta ningún escrito dirigido a conocer el contenido de las resoluciones que ahora se impugnan, de fecha anterior al 23 de abril de 2008. Además de que resultaría, desde luego, cuestionable que la fecha inicial fuera el 2 de diciembre de 2009, para formular el requerimiento, no puede obviarse que la Junta Administrativa de Nanclares de Oca no actúa como poder público, cuando impugna el Plan de Labores o la modificación del proyecto de explotación de la cantera, cuando ni siquiera se invoca que debiera tener intervención como Administración local, en el trámite administrativo. De hecho en el propio requerimiento se cuestiona que no haya intervenido el Departamento de Medio Ambiente, o la Diputación Foral de Álava, o la falta de informe el técnico de minas de Álava, pero en ningún caso que la Junta Administrativa de Nanclares de Oca tuviera alguna intervención, como Administración local, en el trámite procedimental que finaliza con la aprobación de la modificación del proyecto de explotación, o del plan de labores de la cantera.

"Estima en conclusión la Sala que la interpretación del recurso contencioso-administrativo es extemporánea, porque la Junta Administrativa de Nanclares de Oca estaba en posición de haberse personado en aquellos procedimientos, si a su derecho interesaba, con anterioridad a la resolución que los puso fin. Hay que entender que como Administración local y/o como propietaria de los terrenos cedidos a la concesionaria, era o debía ser conocedora de que se aprueban planes de labores anuales, pese a lo cual no consta que hasta abril de 2008 hiciera alguna gestión para conocer las resoluciones que se habían dictado por la Dirección de Minas entre mayo de 2005 y julio de 2006. Como he-

mos indicado tampoco puede sostenerse que la Junta Administrativa actúe como poder público, cuando está impugnando unas resoluciones en las que no tiene participación como Administración local.”

El Tribunal Supremo confirma en esta sentencia la doctrina formulada respecto de la apertura del plazo de impugnación de un acto administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, limitada a aquellos supuestos en que se ha omitido indebidamente la notificación del acto a los interesados, titulares de derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por la resolución:

“[...] La doctrina de esta Sala sobre la apertura del plazo impugnatorio a partir del momento en que se tenga conocimiento de las resoluciones administrativas, y no de la fecha en que se dicten, parte del supuesto de que se ha producido una omisión indebida de su notificación a quienes era preceptivo comunicárselas. Quienes tuvieron derecho a conocerlas y fueron ilegalmente privados de él por la Administración pueden reaccionar frente a las correspondientes resoluciones, impugnándolas cuando las conozcan, con matices que ahora no es del caso reseñar. Para el resto de eventuales interesados (esto es, respecto de aquellos a quienes no hubiera la obligación de notificar) no existe, sin embargo, un derecho ejercitable *sine die* a impugnarlas ante los Tribunales, lo que pugnaría con las exigencias de seguridad jurídica inherentes al establecimiento de los plazos previstos en el artículo 46 de la Ley Jurisdiccional.”

En el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo analiza pormenorizadamente la conducta procedimental y procesal de la Junta Administrativa de Nanclares de Oca, en relación con la personación en los procedimientos administrativos concernientes a la autorización del proyecto de modificación de la explotación de la cantera controvertida y la diligencia mostrada en la interposición de recursos en vía administrativa y en vía judicial, contra la actuación de la Administración minera del Gobierno Vasco, en estos términos:

“[...] A partir de estas premisas, lleva razón la Sala de instancia al afirmar que el precepto de la Ley 30/1992 aplicable a la situación jurídica de la entidad local era el previsto en la letra c) del artículo 31.1 y no el previsto en la letra b) del mismo artículo y apartado, como sostiene la recurrente. El tribunal de instancia acierta al deslindar el distinto régimen jurídico que, en orden a las notificaciones, deriva de una u otra situación (en la primera, conforme a la jurisprudencia de

esta Sala, no hay obligación de notificar las sucesivas resoluciones hasta que el interesado se persone ante la Administración gestora del expediente).

“El eventual interés legítimo de la entidad local respecto de las decisiones de la Administración minera adoptadas en el año 2006 respecto de los planes de labores y el proyecto de explotación de la cantera debió haberse traducido en su personación ante aquella por entonces y no años después, si es que pretendía ser notificada de las correspondientes resoluciones e impugnarlas. El artículo 58.1 de la Ley 30/1992 (‘se notificarán a los interesados, las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses’) debe ser leído en conexión con el artículo 31 de la misma Ley, según la triple y diferente situación jurídica de aquellos en cada momento: será preceptiva la notificación para quienes promuevan el expediente o para quienes, aun sin haberlo promovido, sean titulares de derechos afectados. Pero no será preceptiva, hasta que se personen, para el resto de los titulares de intereses individuales o colectivos entre los que eventualmente pudiera figurar la entidad local recurrente.

“En fin, incluso si admitiéramos hipotéticamente su condición de sujeto con derecho a recibir las notificaciones relativas a la concesión minera, no podría olvidarse que la Junta Administrativa de Nanclares de Oca dejó sin impugnar ante los Tribunales la resolución autonómica de 26 de mayo de 2008, contraria a facilitarle el conocimiento de los actos administrativos dictados en el año 2006 respecto de la concesión minera. Consentida dicha resolución (siempre según los términos de la sentencia de instancia) por la entidad local, no podía esta ignorar en el año 2010, cuando efectúa el requerimiento de anulación contra las resoluciones aprobadas en el año 2006, las consecuencias de sus actos propios anteriores. Existiera o no, pues, el deber de notificar las resoluciones del año 2006, cuyo conocimiento formal la Administración autonómica le había denegado el 26 de mayo de 2008, esta última decisión, y las consecuencias de ella derivadas, no era ya revisable en la fecha (2010) en que se interpuso el recurso jurisdiccional frente a aquellas.”

### **2.1.3. No procede acceder a la medida cautelar instada por una Corporación local cuando no se ha acreditado que se produzcan daños irreversibles a intereses medioambientales**

## de especial protección [STS de 3 de octubre de 2011 (RC 7117/2010)]

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2011 (RC 7117/2010) analiza de forma rigurosa los presupuestos que deben concurrir para que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo adopten la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo que afecta al medio ambiente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Resolviendo el recurso de casación instado por el Ayuntamiento de Grado (Asturias) contra el Auto dictado por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de septiembre de 2010, que desestimó el recurso de súplica formulado contra el precedente Auto de 14 de julio de 2010, que acordó denegar la medida cautelar solicitada de suspensión de la ejecución de la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 28 de abril de 2010, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra las resoluciones de la Dirección General de Política Energética y Minas de 10 de noviembre de 2009, por la que se autoriza a Red Eléctrica de España, S.A. la Subestación a 400 kV de Santa María de Grado, y de 19 de enero de 2010, por la que se autoriza a REE la línea eléctrica aérea de 400 kV doble circuito, denominada "Salas-Grado", en los municipios de Salas y Grado (Asturias), el Tribunal Supremo confirmó la decisión de la Sala de instancia con los siguientes argumentos:

"[...] El único motivo de casación articulado debe ser desestimado, porque consideramos que la Sala de instancia no ha infringido los artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al rechazar la petición cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de 28 de abril de 2010, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra las resoluciones de la Dirección General de Política Energética y Minas de 10 de noviembre de 2009, por la que se autoriza a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. la Subestación a 400 kV de Santa María de Grado, y de 19 de enero de 2010, por la que se autoriza a REE la línea eléctrica aérea de 400 kV doble circuito, denominada 'Salas-Grado', en los municipios de Salas y Grado (As-

turias), ya que esta decisión se basa en una ponderación razonable de las circunstancias concurrentes, que evidencia que no se producen los efectos irremediables en el medio ambiente que se aducen, que haga perder la finalidad legítima del recurso contencioso-administrativo.

"En este sentido, debemos descartar que la Sala de instancia haya infringido el artículo 130.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues consideramos que no ha incurrido en error de Derecho al apreciar que no concurre el presupuesto para adoptar la medida cautelar de que la ejecución del acto administrativo impugnado haga perder su finalidad legítima al recurso, en la medida en que la aprobación del proyecto de ejecución de la subestación de Santa María de Grado y de la línea eléctrica aérea 'Salas-Grado', atiende a intereses de carácter general, vinculados al transporte de energía eléctrica, cuyas instalaciones han sido declaradas de utilidad pública, sin que apreciemos, en esta fase cautelar, que se produzcan daños irreversibles a intereses medioambientales de especial protección, ya que las autorizaciones están avaladas por la declaración de impacto ambiental favorable.

"Al respecto, cabe significar que la Sala de instancia considera, razonablemente, que, según se desprende de la declaración de impacto ambiental, no se ven afectados espacios protegidos ni otros intereses medioambientales significativos, por lo que no cabe cuestionar la legalidad de dicha declaración con la mera aportación de un Informe realizado por el 'Gabinete de Estudios Ambientales', que analiza las distintas alternativas de emplazamiento de la subestación y trazado de la línea eléctrica aérea, porque no contiene referencias concluyentes sobre un efecto de tal gravedad o intensidad de los valores ambientales que garantiza el artículo 45 de la Constitución, que no pueda paliarse con la adopción de medidas correctoras.

"También cabe rechazar que la Sala de instancia haya realizado una interpretación inadecuada de los artículos 129.1 y 130.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al resolver, en relación con la apariencia de buen derecho, que las infracciones urbanísticas y procedimentales aducidas por la defensa letrada del AYUNTAMIENTO DE GRADO, no son determinantes de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la resolución impugnada, a la vista de su contenido y de los datos aportados."

## 2.2. Fuentes del Derecho local: La prevalencia de la costumbre local en la regulación del aprovechamiento de bienes comunales [STS de 12 de enero de 2012 (RC 691/2008)]

La determinación del sistema de fuentes del Derecho local, establecida en el artículo 5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, fue objeto de declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, en la sentencia 214/1989, de 21 de diciembre.

El Tribunal Constitucional sostuvo en esta sentencia que el legislador estatal no podía dictar disposiciones que tuvieran como objeto determinar el orden de prelación de las normas que integran el Derecho local, por tratarse de una materia –el régimen local– en que la competencia legislativa corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas, con el siguiente razonamiento:

“[...] Esta argumentación compleja debe ser atendida. El precepto impugnado establece el orden de prelación de normas aplicables a las distintas materias que conciernen a la Administración local, situando en primer lugar los contenidos en la propia Ley, que tiene así efectivamente una pretensión de superioridad ordinal, que se hace explícita en su exposición de motivos. En cuanto que enumera las normas aplicables en una materia en la que la competencia legislativa está dividida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el precepto ha de ser entendido, en consecuencia, como una norma interpretativa de lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad respecto de esta materia. Es esta naturaleza de norma meramente interpretativa, sin contenido material alguno, la que hace al precepto constitucionalmente ilegítimo. El orden de fuentes en un ordenamiento compuesto es el establecido por el bloque de la constitucionalidad, sin que uno de los elementos de esta realidad compuesta, en este caso el legislador estatal, pueda imponer a todos los demás, como única interpretación posible, la que él mismo hace. Es cierto que al usar de sus facultades legislativas sobre las materias de su competencia, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento del bloque de la constitucionalidad. Tal entendimiento, que puede ser también denominado, si se quiere, interpretación, se produce entonces, sin embargo, en conexión con una materia determinada, no como criterio abstracto de interpretación y podrá ser

siempre corregido por este Tribunal a través de las oportunas vías procesales.

“No es este, sin embargo, como es obvio, el contenido del precepto que ahora analizamos. Prescindiendo de la afirmación preliminar de la prioridad absoluta de la propia L. R. B. R. L. que naturalmente existirá en la medida en la que sus preceptos puedan apoyarse en los títulos competenciales que el Estado ostenta, el resto de los párrafos que el art. 5.º contiene establece como queda dicho, un orden de prelación de fuentes que será correcto en la medida en que coincida con lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad e incorrecto en cuanto se aparte de él. En cuanto tal coincidencia exista, el precepto es en consecuencia superfluo y en cuanto no exista inválido. Su anulación no origina por tanto vacío normativo alguno.”

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012 (RC 691/2008) se determina el valor normativo de la costumbre, en relación con el conflicto suscitado entre ayuntamientos de municipios del Principado de Asturias por el aprovechamiento de pastos en montes de utilidad pública.

La sentencia del Tribunal Supremo interpreta el alcance del artículo 75.2 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, a cuyo tenor “Cuando este aprovechamiento y disfrute general simultáneo de bienes comunales fuere impracticable, regirá la costumbre u ordenanza local, al respecto y, en su defecto, se efectuarán adjudicaciones de lotes o suertes a los vecinos, en proporción directa al número de familiares a su cargo e inversa a su situación económica”.

El Tribunal Supremo resuelve el conflicto de normas planteado entre la Ley del Principado de Asturias 4/1978, de 21 de julio, de ordenación agraria y desarrollo rural, que faculta a la Administración de la Comunidad Autónoma a aprobar planes técnicos anuales de aprovechamiento de montes de utilidad pública, y la costumbre local, en los siguientes términos:

“[...] La interpretación de la Sala de Asturias debe ser corregida. La jurisprudencia de esta Sala subraya la relación del artículo 95 RB con el artículo 75.2 del TRRL, en el que se antepone la costumbre a las ordenanzas locales y ha destacado desde antiguo, el carácter esencial de la costumbre en este tipo de aprovechamientos. La sentencia de esta Sala y Sección de 10 de julio de 1989 lo declaró ya así en atención al rango le-

gal de las disposiciones del TRRL –que prima necesariamente sobre el carácter reglamentario del RB– y a los antecedentes históricos de la figura.

“La misma orientación de respeto a la regulación consuetudinaria se aprecia en la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1989 y, más recientemente, en la sentencia de la Sección Cuarta de 21 de febrero de 2007 que ya hemos citado. Es necesario añadir a las mismas, en forma decisiva para este caso, la doctrina de la sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 29 de junio de 2007 (Casación 9811/2004) y la de 17 de noviembre de 2009 (Casación 712/2005), que se refieren a supuestos de aprehensión de caballerías que enfrentaron a los Ayuntamientos de Lena y de Quirós así como la de 21 de mayo de 2008 (Casación 1203/2005) o incluso la sentencia 85/2008, de 21 de julio, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, que concedió amparo al Ayuntamiento de Lena al que se había lesionado su derecho de acceso a este orden de jurisdicción con la misma ocasión de tomar en prenda, ‘prender’ o aprehender caballos, por vía de hecho, por el Ayuntamiento de Quirós. A lo que son de añadir la repetida sentencia de 21 de febrero de 2007 (Casación 6682/2003), que se invoca por el Ayuntamiento recurrente, y la de 4 de diciembre de 2007 (Casación 85/2005).

“[...] En todas estas sentencias se reconoce que la legislación aplicable da un valor de relieve a la costumbre como fuente característica en este tipo de aprovechamientos. En la sentencia de 21 de febrero de 2007 (Casación 6682/2003) se sienta una doctrina opuesta a la de la sentencia aquí recurrida en casación. En la misma, lejos de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico administrativo, se subraya su valor recordando el artículo 75.2 TRRL ‘cuando afirma que si este aprovechamiento y disfrute general simultáneo de bienes comunales fuere impracticable, regirá la costumbre u ordenanza local, al respecto, y que corrobora el núm. 4 al afirmar que *los Ayuntamientos y Juntas vecinales que, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas, viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales...* Es decir’ –prosigue la sentencia– ‘que la costumbre está presente en nuestro ordenamiento y en concreto cuando de los aprovechamientos de los bienes comunales se trata. Además esa referencia a la costumbre en esta materia del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se recoge también el art. 95 del Reglamento de Bienes cuando afirma que

*cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas*’. Recoge –en fin– esta sentencia la doctrina de la citada sentencia de este Tribunal Supremo de 10 de julio de 1989, de que ya se ha hecho mérito, recordando que ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local.

“Sigue añadiendo la sentencia en lo que aquí interesa que: ‘la sociedad española ha sido siempre rural y los bienes comunales eran la garantía de la supervivencia de su población, puesto que gracias a ellos podían complementarse tanto los ingresos de la pequeña propiedad individual como los de las rentas salariales de un trabajo esporádico. Es cierto que las circunstancias han cambiado al haber avanzado la economía y la situación social es bien diferente; en consecuencia es más que probable que los aprovechamientos de los bienes comunales puedan en el futuro efectuarse de otro modo o encaminarse hacia otras actividades, pero esas hipótesis poco tienen que ver con lo que ahora la Sala enjuicia referido a casi una década del momento en que se produjo la modificación de la Ordenanza [...] Que la costumbre adquiera rango de norma escrita no le priva de su condición, y por ello no permite su modificación sin más, algo que sí sería posible efectuar con cualquier norma jurídica por la voluntad de quien posee, según su rango, potestad para hacerlo, y ello sin perjuicio de los posibles remedios que también en relación con las normas ofrece el ordenamiento jurídico para su impugnación si no se ajustan a Derecho en el más amplio de los sentidos. Pero no es ese el caso de la costumbre que solo se puede modificar cuando mute la *opinio iuris vel necessitatis* de la comunidad que la recibió como tal, y atendidas las circunstancias que así lo demuestren’.

“La sentencia de este Tribunal Supremo, citada, de 29 de junio de 2007, declara además con relieve para este caso que ‘resulta indubitadamente acreditado (escritura de contrata otorgada entre representantes de los concejos de Quirós y de Lena, en fecha 20 de noviembre de 1828, con referencias a contratas anteriores de 1515) que los montes y puerto de Aramo han sido objeto de disfrute en su pasto por ganado perteneciente a residentes en ambos municipios desde hace siglos interviniendo los concejos –ahora ayuntamientos– en la resolución de los múltiples y reiterados conflictos suscitados entre los vecinos de los municipios respecto al aprovechamiento. En fecha más reciente, 7

de junio de 1996, los representantes de ambos ayuntamientos más los de Riosa y Morcín llegaron a una serie de acuerdos mientras la Dirección Regional de Montes de la Consejería de Agricultura del Principado de Asturias elaboraba una ordenación de los pastos de la Sierra del Aramo’.”

La acreditación en el proceso de instancia de la pervivencia de la costumbre local, respecto del aprovechamiento de pastos en los montes de utilidad pública por los vecinos del municipio asturiano de Lena, constituye la *ratio decidendi* de la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el referido Ayuntamiento de Lena:

“[...] En cuanto al fondo, procede estimar la impugnación formulada por el Ayuntamiento de Lena porque no existe referencia alguna a la costumbre local en el acuerdo impugnado, sino un desconocimiento claro y ostensible de la misma. Todo ello pese a ser necesario traerla a colación según la normativa de que se ha hecho mérito en el fundamento anterior, el artículo 211 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962 –que invoca el propio Plan impugnado en autos– y el artículo 111 de la Ley 4/1989 del Principado de Asturias ya citado.

“De la prueba practicada en el proceso resulta acreditada –como ya ha declarado esta Sala en la repetida sentencia de 29 de junio de 2007– la existencia de costumbre sobre el pastoreo de los vecinos de Lena en los terrenos de la sierra del Aramo, según el convenio de 1828, que obra en autos de este proceso, sin que el Principado de Asturias haya demostrado su alegato, que formuló en la contestación a la demanda, por el que atribuye a la sequía padecida en 1996 los acuerdos de 7 de junio de 1996 (que han sido aportados como documento n.º 5 con la demanda). Todos esos datos demuestran la pervivencia de una costumbre local que los acuerdos impugnados desconocen, lo que obliga a estimar el recurso.”

### **2.3. Urbanismo: La omisión de un informe preceptivo no es causa de anulación de un Plan General de Ordenación Urbana cuando hubiere sido solicitada su emisión por la Corporación local [STS de 24 de noviembre de 2011 (RC 4883/2008)]**

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2011

(RC 4883/2008) determina la improcedencia de anular el Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Boiro por la omisión del informe preceptivo que debía emitir la Consejería de Cultura, exigido por el artículo 32 de la Ley del Patrimonio Cultural de Galicia, porque se ha acreditado que el Ayuntamiento había solicitado la emisión del referido informe con carácter previo a la aprobación inicial del proyecto del cuestionado plan urbanístico.

Esta es la directriz jurisprudencial que se formula en la sentencia del Alto Tribunal de 24 de noviembre de 2011 que analizamos, partiendo de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, corrigiendo el fallo anulatorio dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 15 de mayo de 2008:

“[...] 1.º) El Informe de la Consejería de Patrimonio Cultural de Galicia es legalmente exigible en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia.

“2.º) El Ayuntamiento de Boiro, mediante comunicación dirigida con fecha 12 de diciembre de 2000 a la Consejería de Cultura y Comunicación Social de la Dirección General de Patrimonio Cultural, solicitó informe previo a la aprobación inicial del proyecto de Plan General de Ordenación Urbana. En dicha solicitud se decía que ‘... en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente y con la finalidad de que por ese organismo se emita informe previo a la aprobación inicial, con el presente oficio entréguese ejemplar del proyecto de Plan de Ordenación municipal de este Ayuntamiento para que por esa Consejería se emita informe previo a su aprobación inicial. El dictado documento de PGOU consta de cuatro volúmenes con la siguiente denominación: Estudio del medio rural, Normativa urbanística, Planos y Catálogo’ (folio 7 del expediente administrativo).

“3.º) La Consejería de Cultura no emitió el citado Informe, sin que exista causa justificada para ello. La Sección de Patrimonio Histórico de la Consejería de Cultura, Comunicación Social y Turismo incluyó la solicitud formulada en el orden del día de la reunión prevista para el 29 de enero de 2001 (folio 26 del expediente), reunión que quedó pospuesta para el 1 de febrero de 2001 (folio 52 del expediente), comunicándose al Ayuntamiento que su solicitud había sido reti-

rada del orden de la reunión prevista (folio 53 del expediente), sin que en el expediente conste justificación alguna relativa a dicha retirada. El Plan General fue aprobado inicialmente el 10 de mayo de 2001 (folio 88 del expediente) y la aprobación definitiva tuvo lugar el 20 de mayo de 2003 (folios 294 y 295 del expediente), sin que se hubiera emitido el informe solicitado y constando acreditado en el expediente que todas las denuncias al respecto formuladas por la Consejería de Cultura son posteriores a la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento (folios 639, 653 a 659 y 678 del expediente).

“4.º) La sentencia recurrida anuló el acuerdo por el que se aprobaba el Plan General basándose en la ausencia del citado Informe, sin tener en cuenta que el mismo había sido solicitado, infringiendo con ello lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se establece que ‘si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquel se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones. El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución’.

“La Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia, no recoge plazo para la emisión del citado informe, por lo que debe estarse a lo que dispone el artículo 83.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (‘los informes serán evacuados en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor’). Debe tenerse en cuenta, además, que si bien la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia establece en su artículo 85.3 que los informes sectoriales que resulten necesarios, salvo que la legislación sectorial señale otro plazo, habrán de ser emitidos en el plazo máximo de un mes, el secretario del Ayuntamiento de Boiro certificó la ausencia del informe de la Consejería de Cultura el 15 de abril de 2003, esto es, cuando habían transcurrido más de dos años desde su solicitud.

“Por todo ello resulta evidente que, no habiendo sido emitido el informe, la Administración municipal podía proseguir la tramitación del expediente, sin que

la ausencia del mencionado informe pueda ser considerada causa de nulidad del Plan General aprobado, lo que comporta la estimación del motivo de casación.”

#### **2.4. Derecho subvencional: La Corporación local que ha percibido una subvención debe justificar que destinó la ayuda pública al objetivo que motivó su concesión [STS de 14 de marzo de 2012 (RC 232/2010)]**

El Ayuntamiento de Bailén percibió una subvención de 357.000 euros y un préstamo sin interés de 426.000 euros para la ejecución del proyecto denominado “Actuaciones para reindustrializar Bailén 2003”, sin que, en ningún momento, según constató la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, diera cumplimiento a los requerimientos efectuados por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo el 4 de octubre de 2006, el 6 de enero de 2007 y el 13 de marzo de 2007, para que aportara documentación que acreditara las inversiones y gastos realizados.

La Sala de instancia confirma la legalidad de la resolución administrativa que acordó el reintegro de la subvención concedida por incumplimiento de las condiciones estipuladas en la Orden de concesión, con base en que había quedado acreditado que no se ha realizado la inversión, valorando las manifestaciones del propio alcalde de la Corporación, que informó que no se había realizado actividad alguna en relación con el denominado “proyecto de reindustrialización Bailén 2003”, ya que el importe de la ayuda se había destinado a sufragar gastos del personal y gastos corrientes de la Corporación local.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por sentencia de 14 de marzo de 2012 (RC 232/2010), confirma el fallo de la Audiencia Nacional, rechazando el argumento sostenido por la defensa letrada del Ayuntamiento de Bailén de que la subvención se había concedido para financiar las actividades del mencionado Ayuntamiento, con los siguientes argumentos:

“[...] Del contenido de la orden de convocatoria de la subvención (que sí fue objeto de publicación pese a lo afirmado por el recurrente), de la solicitud formulada por el mismo concesionario y de las órdenes de concesión, se desprende sin ninguna dificultad la disparidad de la ayuda otorgada con el tipo donde pretende

incluirla el recurrente. El enunciado de la orden CTE/329/2003, de 12 de febrero, es el siguiente: 'Orden [...] por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas para actuaciones de reindustrialización y la convocatoria para las solicitudes de dichas ayudas en el año 2003'. En el preámbulo se enmarca la finalidad de las subvenciones 'en el ámbito de sus políticas de reindustrialización y de dinamización tecnológica' donde 'trata de llevar a cabo actuaciones de apoyo tendentes a potenciar, regenerar o crear el tejido industrial'. La segunda disposición de la orden define su objeto de esta manera:

"Objeto y prioridades de las ayudas.– 1. Podrán recibir ayudas las iniciativas que tengan por finalidad contribuir a la Reindustrialización y a la Dinamización Tecnológica de las zonas a las que se refiere el punto primero de esta Orden a través de alguna de las siguientes áreas y, dentro de ellas, de las actuaciones correspondientes:

"a) Área de infraestructura:

"a.1) Infraestructura básica y de servicios: Realización de inversiones en infraestructuras técnicas e industriales de uso común o compartido, tales como parques tecnológicos, suelo industrial, acceso a redes de transporte y de telecomunicación, etc. Asimismo, se incluye el desarrollo de proyectos que proporcionen al sector industrial servicios de diagnosis y soluciones tecnológicas a grupos de pymes, así como de asesoramiento y gestión sobre necesidades y oportunidades de captación de negocio, de proyectos de inversión, y de procesos de internacionalización.'

"A este apartado se acogió la solicitud del Ayuntamiento de Bailén que obra en el expediente administrativo, donde se tituló el proyecto: 'Actuaciones para reindustrializar Bailén: 2003'. Al mismo contenido respondían los datos y la memoria del proyecto aportados por el solicitante, así como las órdenes de concesión del préstamo y de la subvención. En las últimas se reitera que su objeto es la realización por la entidad beneficiaria de la actuación de reindustrialización, se calcula la ayuda sobre el coste de la inversión, se establece un plazo de ejecución de la misma y, en definitiva, todas sus disposiciones reflejan idéntica finalidad de fomento. Igual idea se refleja en las resoluciones administrativas relativas con la obligación de reintegro, que son las recurridas en este proceso.

"Ante la evidencia que ofrecen todos estos elementos, de unívoca significación, pretender que la ayuda económica estaba destinada a financiar globalmente la

actividad del Ayuntamiento es insostenible en tal medida que resulta justificada la apreciación de temeridad que hizo la Sala de instancia.

"Con la misma claridad se desprende el incumplimiento de la principal condición de la subvención. Pese a la reiterada reclamación de los justificantes de la inversión, estos no fueron entregados, y de la comprobación económica resultó que el grado de realización había sido nulo. Pero es más, el presidente de la Corporación alegó en vía administrativa que el destino de las sumas percibidas no había sido el de las inversiones que justificaban la ayuda, sino los gastos de personal y gastos corrientes por prestación de servicios de carácter obligatorio del Ayuntamiento."

Una sentencia posterior, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 2012 (RC 2028/2010), también rechazaría el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bailén contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2010, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que acordó el reintegro de la subvención otorgada, correspondiente al Proyecto "Reindustrialización: Bailén 2001".

## **2.5. Derecho administrativo sancionador: La información de sanciones disciplinarias impuestas a funcionarios públicos locales no contraviene el derecho de protección de datos personales [STS de 19 de octubre de 2011 (RC 4586/2008)]**

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (RC 4586/2008) tiene un interés relevante desde la perspectiva del Derecho constitucional y del Derecho administrativo, en cuanto que afronta la colisión entre dos derechos fundamentales –el derecho de información y el derecho de protección de datos personales, consagrados en los artículos 24 y 18 de la Constitución–, en relación con la publicación en medios de comunicación de la noticia relativa a un decreto del alcalde de Miranda de Ebro sobre la sanción disciplinaria de seis meses de suspensión de funciones impuesta a un policía municipal por la comisión de una falta grave de

insultos a tres concejales y a un funcionario del Ayuntamiento.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por sentencia de 3 de julio de 2008, había anulado la sanción impuesta por la Agencia de Protección de Datos al Ayuntamiento de Miranda de Ebro, por infracción del deber de confidencialidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, basada en la constatación de los siguientes hechos:

“PRIMERO: En el mes de marzo y de abril de 2005, son publicados artículos relacionados con los hechos denunciados en distintos diarios locales. Dichos artículos informaban de la apertura de un expediente disciplinario al funcionario municipal don J.A.F.U., nombrando en alguno de ellos, al alcalde como fuente de información de este hecho (folios 3-6).

“SEGUNDO: En el mes de enero de 2006, vuelve a publicarse la noticia en la página de un diario digital ‘www.elcorreodigital.com’, así como en dos diarios locales en papel, añadiéndose, en estos casos, información sobre su situación de baja por incapacidad laboral (folio 7).

“TERCERO: Con fecha 4 de enero de 2006, se da traslado de estos hechos a través del programa ‘Noticias’ de un medio de comunicación local (Tele-Miranda), en el cual se informa literalmente ‘Un Decreto de la alcaldía ha impuesto el funcionario de policía local don J.A.F.U. una sanción de seis meses de suspensión de funciones por la comisión de una falta grave por insultar al alcalde, tres concejales y un funcionario del Ayuntamiento. La resolución tiene fecha de 18 de noviembre, aunque se remitió ayer a los medios de comunicación, en un sobre del Ayuntamiento, un texto en el que se recoge que se suspende la sanción hasta que este policía se reincorpore a su puesto de trabajo, una vez que sea dado de alta de su Incapacidad Laboral, en que lleva de baja nueve meses, según se ha confirmado hoy desde el Consistorio...’ (folios 8, 9 y 17).”

El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, al entender que la ponderación de los derechos fundamentales de información y de privacidad realizada por la Sala de instancia había sido correcta y acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional, en cuanto que la información facilitada por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro y trasladada a la opinión pública, en relación con

la sanción disciplinaria impuesta a un policía local, era objetiva y veraz:

“[...] El recurso de casación está en desacuerdo con el énfasis que pone la sentencia impugnada en el hecho de que la información transmitida por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro fuera veraz, lo que lleva al Abogado del Estado a imputar a la sentencia impugnada un error en la identificación de los derechos en conflicto, pues considera que se refiere la sentencia a una colisión entre la libertad de información y el derecho al honor, mientras que el caso que nos ocupa se refiere a la colisión entre esa libertad de información y el derecho a la protección de datos personales. Sin embargo, no incurre la sentencia impugnada en el error que le imputa el Abogado del Estado, pues claramente señala el Fundamento de Derecho Quinto que el conflicto del que se ocupa es el existente entre la libertad de información y el derecho a la protección de datos personales.

“La Sala de instancia plantea por tanto de forma correcta la controversia, que requiere resolver si ha resultado vulnerado el derecho a la protección de datos personales del denunciante de los hechos, un funcionario municipal del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, como consecuencia de la difusión por dicho Ayuntamiento a diversos medios de comunicación locales de la incoación y resolución de un expediente disciplinario al indicado funcionario.

“Centrado el debate en tales términos, la sentencia impugnada prosigue indicando que la resolución de tal conflicto exige una cuidadosa ponderación de las circunstancias de todo orden que concurren en el presente caso.

“En efecto, el Tribunal Constitucional ha dicho a propósito de los derechos fundamentales a la intimidad o al honor, en sentencias 81/2001, 156/2001 y 14/2003, que los mismos, como cualquier otro derecho fundamental, y por tanto como el derecho fundamental a la protección de datos que ahora contemplamos, no son derechos absolutos, y su contenido puede encontrarse delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales, de modo que la intromisión en aquellos derechos puede resultar justificada por la concurrencia de estos otros derechos o bienes constitucionales, lo que exige la ponderación de las circunstancias concurrentes.

“[...] En su ponderación de las circunstancias concurrentes, la Sala de la Audiencia Nacional destaca, en primer término, las normas reguladoras de la actividad

de las Corporaciones locales, en especial los preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que les impone el deber de facilitar la más amplia información sobre su actividad (artículo 69), destacando la sentencia que en cumplimiento de esa obligación, el Ayuntamiento de Miranda de Ebro se limitó a poner en conocimiento de la opinión pública la incoación de un expediente sancionador y posterior sanción de un funcionario, y que la información transmitida a la opinión pública resulta ajustada a la verdad.

“Es también reiterada la doctrina constitucional, que se recoge en la STC 14/2003, y en las que allí se citan, que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad, y para determinar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los requisitos de idoneidad, necesidad y de ser ponderada o equilibrada (proporcionalidad en sentido estricto).

“En el presente caso no existe dato alguno, o al menos no se alega por el Abogado del Estado indicio alguno siquiera que permita defender el incumplimiento de cualquiera de los anteriores requisitos. En efecto, la simple y objetiva información facilitada por el Ayuntamiento a los medios de comunicación locales, de la incoación y de la posterior resolución de un expediente sancionador a un funcionario, sin ningún otro añadido ni comentario ajeno a los mencionados hechos, ha de considerarse como un medio razonable e idóneo para cumplir el deber de información del Ayuntamiento sobre sus actos, que es una finalidad querida por las normas que disciplinan la actuación de los entes locales, asimismo, tal comunicación de los actos administrativos de incoación de un expediente o de su resolución igualmente aparece como una vía razonable y moderada para la consecución del fin propuesto y, por último, de esta comunicación se derivan los beneficios o ventajas para el interés general del conocimiento por los ciudadanos de la actuación administrativa, a la vista además de la trascendencia social que tuvieron los hechos en la localidad, por la materia y las personas intervinientes, que justifican los perjuicios sufridos por el derecho a la protección de datos del recurrente, que han de considerarse mínimos, en atención a que los datos que se reputan revelados, que se refieren todos ellos a actos del funcionario del Ayuntamiento en tal

condición y a actos del Ayuntamiento también en la esfera de sus funciones administrativas.

“Por tanto, la sentencia impugnada ponderó de forma razonable las circunstancias concurrentes, y llegó al resultado de considerar que debe prevalecer en este caso el derecho a la libertad de información, conclusión que también comparte esta Sala atendidas las circunstancias examinadas.”

## **2.6. Responsabilidad patrimonial de las Corporaciones locales: Improcedencia de ejercer la acción de responsabilidad patrimonial contra un Ayuntamiento cuando el perjuicio causado es imputable al legislador [STS de 10 de mayo de 2012 (RC 5342/2009)]**

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2012 (RC 5342/2009) que declaró haber lugar al recurso de casación promovido contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de junio de 2009, rechaza que pueda ejercerse la acción de responsabilidad patrimonial solidariamente contra el Ayuntamiento de Blanes y contra la Generalidad de Cataluña, por los daños y perjuicios causados por ambas Administraciones Públicas, por la alteración del planeamiento urbanístico, por la aprobación por el Parlamento de Cataluña de la Ley 25/2003, de 4 de julio, que declara paraje natural de interés nacional la finca “Pinya de Rosa”, en el término municipal de Blanes (Selva), porque comportó la reducción del aprovechamiento urbanístico de la referida finca, dado que no concurren los presupuestos establecidos en el artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con los siguientes argumentos:

“[...] Por ello conviene tener en cuenta lo que reproduce la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 26 de junio de 2007, recurso de casación 10350/2003, respecto a la precedente sentencia de 5 de mayo de 2005, la que, a su vez, remite a la de 23 de noviembre de 1999 sobre que ‘El principio de solidaridad entre las Administraciones Públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice la sentencia de 15 de noviembre de 1993, de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones no solo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140

de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas *colegiadas* de actuación, sino también, al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre aquellas (v. gr., sentencia de 13 de febrero de 1997, recurso número 14259/1991).

“Sin embargo, tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las Administraciones intervinientes. En estos casos se impone atribuir legitimación a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño (v. gr., sentencia de 15 de noviembre de 1993)’.

“Hay, pues, criterio jurisprudencial consolidado sobre lo que es concurrencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

“No se acepta que aquí sea concurrente por el hecho de que las fincas de cesión obligatoria fueren titularidad del Ayuntamiento de Blanes cuando la causa del cambio de la calificación urbanística deriva de la aprobación por el Parlamento de Cataluña de la Ley 25/2003 independientemente de que se beneficiara la Administración local.”

“El Tribunal Supremo recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que exige la concurrencia del presupuesto de antijuridicidad, para analizar seguidamente si en el caso enjuiciado cabe declarar la responsabilidad patrimonial por actos legislativos de índole urbanística, en aquellos supuestos en que no se ha pa-

trimonializado el aprovechamiento urbanístico que reconocía el Plan Parcial, en los siguientes términos:

“[...] Hemos de partir de que el art. 139 LRJAPAC establece los principios de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública dando así un marco legal a la previsión establecida en el art. 106.2. CE.

“El requisito inicial, superada la exigencia subjetiva de que el sujeto activo al que se impute fuere una Administración Pública, en este caso la autonómica, requiere la existencia de una lesión en los bienes y derechos, real, efectiva y susceptible de evaluación económica.

“Reiterada jurisprudencia (sentencia de 23 de marzo de 2009, recurso de casación 412/2006, FJ 2.º) continúa proclamando que el daño ha de ser actual y efectivo, no hipotético (sentencia de 24 de febrero de 1994, recurso de apelación 9267/90) por lo que no caben meras especulaciones o expectativas (sentencia de 25 de noviembre de 1995).

“En el supuesto de autos parte la Sala del contenido de la Ley 25/2003 en relación con lo actuado en ejecución del Plan Parcial ‘Pinya de Rosa’.

“[...] Avanzando en los requisitos exigibles para que pueda prosperar una pretensión de responsabilidad patrimonial se ha de examinar la concurrencia o no de la antijuridicidad, negada por la Sala de instancia, mas rechazada por la parte recurrente en casación que, tanto en el primer como en el segundo apartado del segundo motivo proclama su existencia respecto de las cesiones que se efectuaron anticipadamente y a cuenta de la ejecución del PP Pinya de Rosa que quedaron sin contraprestación a raíz de la Ley 25/2003. También defiende la necesaria relación de causalidad entre la lesión patrimonial producida derivada de la desaparición sobrevenida de la causa de las cesiones anticipadas y la promulgación de la Ley 25/2003.

“Partimos de que el art. 139 LRJAPAC expresa en su apartado 3 que ‘Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos’.

“Ya hemos visto que la norma no ha establecido nada concreto, mas remite al art. 39 de la Ley 12/1985, de 13 de junio.

“La quiebra del principio de confianza legítima, invocado en el punto 7 del segundo motivo, se muestra como el eje sobre el que gira el examen de las circuns-

tancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente.

“Principio el anterior, plenamente incorporado a nuestro ordenamiento y que debe ser respetado por las Administraciones Públicas (art. 3.1 LRJAPAC) mas de amplia raigambre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y justamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea evidencia la responsabilidad patrimonial de un estado miembro de la Unión Europea por infracción del Derecho de la Unión basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional (Sentencia de 26 de enero de 2010, asunto 118/2008, Transportes Generales y Servicios Generales SAL).

“Aquella regulación muestra de forma clara que un requisito ineludible para la prosperabilidad de la pretensión es que el particular ‘no tenga el deber jurídico de soportar’ la lesión producida por la aplicación del acto legislativo. Tal condición vuelve a reproducirse como exigible en el art. 141.1. al establecer que ‘solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley’.

“Se insiste por la jurisprudencia en que ‘existe ese deber jurídico de soportar el daño cuando la medida de la Administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin indemnización’ (FJ 3.º Sentencia de 16 de diciembre de 2008, recurso 453/2006, con cita de otras anteriores).

“[...] Se puso de relieve en el fundamento noveno que la entrada en juego de responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el ámbito urbanístico exige la previa existencia de derechos consolidados por aplicación de un criterio similar al establecido en la Ley del Suelo de 1976 respecto a responsabilidad por cambio de planeamiento.

“En el marco legal (art. 2.2. Ley 6/1998, de 13 de abril, Ley Régimen del Suelo y Valoraciones), aplicable al supuesto de autos por razones temporales se decía,

“‘la ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecidas en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.’

“Añadía su artículo 14 Deberes de los propietarios de suelo urbano.

“2. Los propietarios de terrenos de suelo urbano que carezcan de urbanización consolidada deberán asumir los siguientes deberes:

“a. Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluidos.

“b. Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general en su caso, incluya en el ámbito correspondiente, a efectos de su gestión.

“c. Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 % del aprovechamiento del correspondiente ámbito; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo.

“d. Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo.

“e. Costear y, en su caso, ejecutar la urbanización.

“f. Edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento.

“En el vigente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, Ley del Suelo, se establece.

“Artículo 7. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

“1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

“2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

“Nuestro sistema, pues, ha funcionado y funciona, bajo la exigencia de la patrimonialización o consolidación de los derechos urbanísticos para que pueda generarse alguna pretensión indemnizatoria derivada de responsabilidad patrimonial de la Administración.

“Y justamente tal ausencia de consolidación es la consignada en la sentencia que analiza, conforme a nuestra doctrina que no se patrimonializó el aprovechamiento urbanístico que reconocía el Plan Parcial.

“La jurisprudencia mencionada en el FJ Décimo de esta Sentencia exige al propietario del suelo el cumplimiento de todos los deberes urbanísticos mediante su concreción material (no solo cesión de suelo, sino también el deber de urbanizar en el plazo establecido) por lo que esa absoluta falta de patrimonialización conlleva la no infracción de los artículos 41 y 43 de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones, Ley 6/1998, de 13 de abril.

“No es suficiente el cumplimiento de la mayor parte de los deberes, tal cual se arguye en el punto 3.A6) ni tampoco que se encontrase en una avanzada fase de ejecución como se dice en el punto 3.A7).

“Es preciso la observancia de todos los deberes urbanísticos establecidos en el art. 18 de la Ley 6/1998 para declarar la consolidación del derecho al aprovechamiento urbanístico establecido en el planeamiento respecto del que se reclama indemnización, en la forma que, actualmente, de forma más prístina establece el art. 7. 2 del RDLegislativo 2/2008, de 20 de junio.

“Aquella regulación no se ve alterada por el principio de confianza legítima. Son los propios instrumentos urbanísticos en conjunción con la legislación urbanística los que fijan los plazos para el desarrollo urbanístico y la ulterior patrimonialización por haber llegado el Plan, en este caso Parcial Pinya de Rosa, a su fase final.

“Se trata, por tanto, de estadios en los que el cumplimiento temporal de los deberes establecidos en la Ley 6/1998, es plenamente conocido por los afectados para que pueda alcanzar su materialización. Y, para el caso de una restricción, una vez consolidados los derechos, entra en juego el instituto de la responsabilidad patrimonial, mas el principio de confianza legítima no opera cuando ha existido una dilación en la realización de actuaciones propias de la ejecución urbanística imputable al propietario del suelo como aquí declara la Sala de instancia.

“Y, en modo alguno, se colige de las sentencias invocadas en el punto A) del tercer motivo, todas ellas anteriores en el tiempo a las más arriba referenciadas, lo esgrimido por la parte recurrente.

“Tampoco en las más recientes, caso de la de 12 de abril de 2006, rec. casación 228/2003 y 12 de diciembre de 2007, recurso casación 2911/2005 lo aducido

por el recurrente respecto a que baste la mera aprobación del planeamiento para patrimonializar.

“Una cosa es el reconocimiento del aprovechamiento (expectativa de derecho) y otra bien distinta que el mismo hubiere sido patrimonializado (derecho indemnizable).

“Lo que sí reconoce la Sentencia de 12 de abril de 2006 es que ‘si los demandantes hubiesen, al menos, acreditado los gastos que realizaron para proceder al desarrollo del Sector y que resultaron baldíos ante la pasibilidad de la Administración en elaborar y aprobar el proyecto de vial de acceso al Puerto, que condicionaba ese desarrollo, la responsabilidad patrimonial de dicha Administración podría ceñirse al reembolso de tales gastos’.

“Tampoco la Sentencia de 12 de diciembre de 2007 recaída en incidente de ejecución de sentencia sobre imposibilidad material de ejecutar una en sus estrictos términos considera que la sola aprobación de un Plan supone la plena patrimonialización del aprovechamiento urbanístico generando un derecho indemnizatorio cuando no puede ejecutarse como aquí.

“Y en la de 12 de diciembre de 2007 se tiene en cuenta un supuesto en que hubo modificación del planeamiento antes de que se pudiera desarrollar, independientemente de que se reconozca una indemnización por la finca en su día entregada al Ayuntamiento en virtud de un Convenio urbanístico.

“De toda la doctrina queda claro que la modificación del planeamiento solo genera responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se produce minoración del aprovechamiento urbanístico patrimonializado en los términos previstos en el art. 41 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, esto es que tenga lugar la reducción antes de transcurrir los plazos para su ejecución o que no se hubiese llevado a cabo por causas imputables a la Administración, supuestos aquí plenamente ausentes.

“Por tanto, es incontestable que no basta la materialización de un instrumento idóneo que permita conocer cuál es el aprovechamiento del propietario cual pretenden los recurrentes sino que este ha de cumplir los deberes impuestos por el propio planeamiento ejecutando en los plazos establecidos lo que acontece con la mera aprobación de las Bases y Estatutos de la Junta de Compensación.

“Resulta plenamente aplicable lo manifestado por la Sección Sexta de esta Sala en su Sentencia de 17 de junio de 2009, recurso de casación 944/2005 FJ Sexto

afirma 'Y decimos que no estamos ante un supuesto de inexistencia de daño real y efectivo, y sí de una mera expectativa porque solo cabe estimar la responsabilidad patrimonial por acto legislativo cuando se produce un daño efectivo debido a actos de aplicación de las leyes, que origina un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera concreta por las actuaciones administrativas anteriores y conexas con la aprobación de la Ley balear 6/1999 a que nos venimos refiriendo. Ya señalamos que respecto de las actuaciones administrativas conexas con la aprobación de la Ley, como fue la tramitación del plan parcial cuya interrupción se produce al entrar en vigor la indicada Ley, no se apreció por la Sala de instancia una conducta renuente u obstruccionista de la Administración con la intención de retrasar la aprobación de instrumento de planeamiento para dar lugar a la aprobación de la Ley Balear 6/1999.

"Abundando más en la naturaleza del daño, aquí de índole urbanística, debemos señalar que la privación mediante acto legislativo de derechos de esta naturaleza urbanística debe acomodarse al grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva al propietario, mediante la escalonada incorporación de derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario, tales como el derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, o el derecho a edificar y a la edificación. De manera que solo cuando los deberes del propietario en el proceso urbanizador han sido cumplidos puede decirse que se han incorporado a su patrimonio los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial, toda vez que solo en tal caso ha contribuido a que dicho ejercicio sea posible.

"En este sentido, esta Sala viene declarando que no puede considerarse incorporado al patrimonio del propietario el caso de un plan parcial aprobado que estaba escasamente ejecutado, pues *en modo alguno puede considerarse incorporado a su patrimonio el derecho al valor urbanístico del terreno, como pretenden los recurridos, dado que, por una parte, los planes parciales no se encontraban en modo alguno en un grado avanzado de ejecución, como demuestra el hecho de que los peritos arquitectos a los que se encargó la valoración del terreno afirmaron que no se observaba obra significativa de urbanización* (STS 17 de febrero de 1998 recaída en el recurso de casación n.º 327/1993)'.  
 "Lo anteriormente razonado exime del examen del quebranto o no del art. 43 de la Ley 6/1998, sobre li-

mitaciones singulares, respecto del que, además, la invocación carece de desarrollo en el motivo. La inexistencia de patrimonialización obsta a cualquier declaración de vinculación singular indemnizable."

### 3. Epílogo: La defensa del principio de responsabilidad contable [STS de 26 de abril de 2012 (RC 825/2011)]

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2012 (RC 825/2011) pone de relieve la completud, desde la perspectiva garantista, del sistema de exigencia de responsabilidad contable de las Corporaciones locales, cuyo enjuiciamiento corresponde en primera instancia al Tribunal de Cuentas.

En esta sentencia se enjuicia la sentencia dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 18 de noviembre de 2010, que desestimó los recursos de apelación promovidos contra la sentencia de la Sección de Enjuiciamiento de 30 de diciembre de 2009, que había declarado la responsabilidad contable de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad municipal del Ayuntamiento de Marbella "Contratas 2000, S.L.", presidida por J.F.M.P. desde el 18 de septiembre de 1993 hasta el 17 de enero de 2002, y había resuelto el procedimiento de reintegro por alcance.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación en materia contable, interpuesto por Don J.F.M.P., rechazando que la Sala de Justicia y la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas hubieran incurrido en error en la valoración de las pruebas y se hubiera vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, con la siguiente fundamentación jurídica:

"[...] Por otro lado, también se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, submotivo que debió también inadmitirse, pues no se cumplen los requisitos del art. 93.2.a) en relación con el art. 92.1 de la LJA al no expresar el concepto en el que cada uno de esos principios resultan concretamente infringidos sin contemplar la expresión razonada que exige el segundo de los preceptos ni expresar las razones en las que se amparan las infracciones denunciadas. Todo ello con independencia de que el cambio de criterio ha sido razonado como se expuso en el análisis del primer motivo.

“Las consideraciones expuestas conducen a la desestimación del cuarto motivo.

“[...] El quinto y último de los motivos del recurso del Sr. M.P., al amparo del artículo 82.1.4.º de la LFT-Cu, denuncia el error evidente en la apreciación de la prueba realizada en el procedimiento de reintegro por alcance en cuanto a la inexistencia de este, con proyección en los siguientes puntos:

“a) Respecto a los pagos efectuados a trece acreedores por contratos de obras, pues entiende que con la prueba documental unida a las actuaciones (facturas y contratos) y las contestaciones a los requerimientos efectuadas por los perceptores de los pagos queda acreditada la inexistencia de lesión o menoscabo a los fondos públicos ya que sin perjuicio de las irregularidades formales de que adolezcan tales documentos justifican la realidad de los trabajos efectuados (corroborados en el caso de seis empresas por las contestaciones a los requerimientos efectuados por el propio Tribunal de Cuentas). Precisa además el recurrente que el informe de fiscalización no es un informe pericial sino simplemente un documento más que puede ser desvirtuado por prueba en contrario como así ha sido.

“b) Respecto de los pagos efectuados al arquitecto Sr. M., sostiene el recurrente, que la documentación obrante en las actuaciones revela la realidad de los encargos efectuados y su ejecución y aunque reconoce que una serie de irregularidades podrían suponer un menor precio de los proyectos realizados ninguna prueba se ha practicado que acredite la corrección o no de los honorarios devengados por los proyectos ejecutados correspondiendo la carga de la prueba a la parte demandante demostrar que lo abonado no se corresponde con lo realmente devengado.

“En este punto, la sentencia recurrida argumenta que la sociedad municipal aceptó y pagó facturas a acreedores por un importe de 11.657.764,22 euros sin que hubieran sido presentados los correspondientes proyectos de obra ni documento alguno que determinara la existencia de una contraprestación y que la misma abonó a empresas vinculadas al arquitecto Sr. M.G. un importe total no prescrito de 23.337.300,01 euros, sin que se hubieran ejecutado las obras ni los proyectos por dicha parte contractual con incumplimiento de los contratos de prestación de servicios formalizados con la sociedad local.

“En todo caso, las afirmaciones en las que se apoya el recurrente carecen de sustrato probatorio alguno pues, ha de insistirse, no se han aportado los proyectos

de obras ni cualesquiera otros documentos que podrían justificar las contraprestaciones realizadas a cambio de las facturas aceptadas y reconocidas por Contratas 2000 SL por importe de 11.657.764,22 euros. Y, en cuanto a los pagos efectuados a las empresas vinculadas al arquitecto Sr. M.G. sigue sin acreditarse que los 42 proyectos de obras fueran entregados por los responsables de ‘Contratas 2000 S.L.’ y que tales obras hubieran sido ejecutadas por los contratistas.

“No se ha desvirtuado, tampoco, la afirmación de la sentencia recurrida de que en 14 proyectos los pliegos de condiciones son idénticos y en cinco se repiten los mismos estudios de seguridad o que, en fin, varios de los proyectos que fueron aceptados de conformidad y pagados por ‘Contratas 2000 SL’ no fueron dirigidos ni ejecutados por las empresas del arquitecto Sr. M.G. y, además, se corresponden con obras realizadas en localidades distintas a Marbella, como sucede, entre otros casos y como ejemplo, el supuesto del Auditorio y Escuela de Música de Marbella cuyos planos se corresponden con la Escuela de Música y Danza Joaquín Rodrigo de Las Rozas (Madrid).

“A pesar de estos hechos acreditados y que no han sido desvirtuados, el Sr. M. concluye, insistiendo que existe un error evidente en la apreciación de la prueba documental referida que demuestra la equivocación de la sentencia impugnada en relación a su responsabilidad contable que considera inexistente pues ni siquiera conocía la existencia de los pagos que se le reclaman ni disponía de firma en las cuentas corrientes que Contratas 2000 SL tenía abiertas en diversas entidades financieras.

“[...] Este motivo casacional es específico y peculiar del recurso de casación en materia contable y exige que se trate de un error ‘evidente’, basado en documentos que obren en el procedimiento, que deben mencionarse específicamente, y de cuyo examen se deduzca la equivocación del juzgador.

“Según reiterada doctrina de esta Sala (por todas, sentencias de 2-11-2005 –rec. 1945/2000– y 2 de julio de 2004 –rec. 8924/1999–) no puede pretenderse de la Sala un nuevo análisis de la prueba, y los documentos en que se apoya el recurrente para formularlo han de ser contundentes e indubitados, de manera que es preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien lo contrario de lo afirmado o negado en la sentencia recurrida,

por lo que la equivocación ha de ser apreciable a la simple vista del documento o documentos que se señalen, de manera que pueda constatarse fácilmente, sin necesidad de acudir a interpretaciones o nuevas apreciaciones de la prueba, y mucho menos a otra apreciación global de la misma, a través de una revisión total.

“La aplicación de la doctrina jurisprudencial precedente al caso examinado conduce a la necesaria desestimación del motivo por los siguientes argumentos:

“a) En primer lugar, porque en contra de lo exigido por la norma, el recurrente no identifica adecuadamente los documentos que sirven de base al motivo pues la genérica mención que literalmente se hace a la prueba que obra unida a las actuaciones, tanto en el procedimiento de fiscalización, como en lo relativo a la documentación soporte de la misma, como posteriormente en la fase procedimental y procesal correspondiente, no resulta idónea a tal fin.

“b) En segundo lugar, porque el desarrollo del motivo revela que el recurrente no denuncia un error evidente y manifiesto sino que pretende de esta Sala una nueva valoración de la prueba efectuada por el tribunal *a quo* que acoja su versión sobre la inexistencia de alcance en los fondos públicos, o de su responsabilidad en el mismo, no constituyendo el motivo empleado cauce adecuado para ello.

“c) Sobre este particular debemos recordar que, como hemos dicho en las sentencias de 17 y 24 de noviembre de 2008 (casación 5707/07 y 3394/05 respectivamente), 16 de febrero de 2009 (casación 6092/05), 30 de junio de 2011 (casación 2009/2010) y 2 de marzo de 2012 (casación 6338/2010), la apreciación de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal *a quo* únicamente puede acceder a la casación si, por el cauce de la letra d) del apartado 1 del artículo 88 de la LJCA (en este caso el artículo 82.1.5.º de la LFTC), se denuncia la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de las pruebas tasadas o si la llevada a cabo resulta contraria a la razón y a la lógica, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9, apartado 3, de la Constitución, supuestos que no se dan en el presente caso al limitarse el recurrente a exponer su personal valoración de la prueba sin mención alguna a los defectos o excesos jurídicos en la apreciación de aquella en que haya incurrido la Sala de instancia que permitirían a esta Sala revisar

las inferencias fácticas contenidas en la sentencia impugnada, que procede confirmar.”

En la precedente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2011 (RC 5494/2009), en relación con el procedimiento de reintegro por alcance, promovido contra el alcalde y el secretario-interventor del Ayuntamiento de Los Alcázares, se expone con claridad cuáles son las facultades de enjuiciamiento que corresponden al Tribunal de Cuentas, conforme a lo dispuesto en el artículo 136 de la Constitución, y cuál es el significado de alcance, a tenor del artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas:

“[...] En el Motivo Quinto, al amparo del art. 82.1.5.º de la LFTCU, y por infracción de las normas de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las pretensiones de las partes, se denuncia la vulneración del art. 72.1 de la misma ley y la doctrina establecida sobre el concepto de alcance en relación con el art. 4 del Real Decreto Ley 12/1995, de 28 de diciembre, art. 23.3.b) de la Ley 30/1984 y art. 4.2 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones, señalándose que hay un error en la aplicación de la norma que establece la excepción al límite presupuestario y también un error por la inaplicación del concepto de alcance.

“Sobre este punto, ha de recordarse que el artículo 72.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas dispone que ‘1. A efectos de esta Ley se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas’.

“La sentencia recurrida no infringe dicho precepto pues no cuestiona el concepto de alcance ni, en consecuencia, quiénes serían sus responsables sino que niega la existencia de un daño para los fondos públicos, pues el daño tendría lugar si los Tribunales del Orden contencioso hubieran declarado que la reclasificación operada en virtud del catálogo de puestos de trabajo aprobado en la sesión plenaria de 6 de junio de 1996 era contraria a la legalidad o bien si se apreciase, al menos, que dicha reclasificación hubiera omitido alguno de los trámites esenciales para su aprobación en

cuyo caso el Tribunal de Cuentas podría entrar a conocer del asunto como cuestión prejudicial. Sin embargo, al haberse negociado la reclasificación de puestos con las organizaciones sindicales del Ayuntamiento de Los Alcázares, aprobado por unanimidad del Pleno de la Corporación y reunir aquella los requisitos del art. 16 de la Ley 30/1984, hay una presunción de legalidad que solo podría destruirse mediante el oportuno recurso contencioso administrativo que no se produjo.

“Tales razones son compartidas por esta Sala pues ha de recordarse que la propia Ley 7/1988, art. 49.2, excluye de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de los asuntos atribuidos al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin perjuicio de la competencia por razón de prejudicialidad a que se refiere el artículo 17.2 de la misma.

“[...] En efecto, una línea jurisprudencial que se inicia con la STS de 13 de diciembre de 1999 (cas. 329/1994) y continúa con la sentencia de 28 de marzo de 2006 (cas. 5580/2003) ha considerado que ‘el artículo 136 CE alude, al referirse al Tribunal de Cuentas, a las dos funciones de este órgano de relevancia constitucional: la fiscalizadora y la jurisdiccional. Y, utilizando términos del Tribunal Constitucional, mientras en aquella el Tribunal de Cuentas es supremo pero no único, en esta es único pero no supremo (STC 187/1988, de 17 de octubre), ya que sus resoluciones son susceptibles de los recursos de casación y revisión ante este Alto Tribunal en los términos establecidos en su legislación específica (arts. 49 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, LO 2/1982, de 12 de mayo y 80 y ss. de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril)’.

“Pues bien, dicha función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas referida a la responsabilidad contable, ha de ser interpretada restrictivamente y dentro de los justos límites para poder hacerla compatible con la unidad y exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que reconoce el artículo 117 CE. Por ello se le atribuye, el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que se deduzcan contra quienes teniendo a su cargo el manejo de caudales públicos e interviniendo dolo, culpa o negligencia grave originan menoscabos en los mismos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicada a las entidades del sector público o a las personas o entidades beneficiarias o receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas provenientes de dicho sector. Y están

excluidos del enjuiciamiento contable: a) Los asuntos atribuidos al Tribunal Constitucional. b) Los atribuidos a los Jurisdicción Contencioso-administrativa. c) Los hechos constitutivos de delito o falta. d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial (art. 49 LFTCu). El referido enjuiciamiento contable está configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional; la LOTCu le califica como jurisdicción propia del TCu (art. 15.1), atribuyéndole las notas de ‘necesaria e improrrogable, exclusiva y plena’. Pero en el bien entendido de que la actividad de dicho Tribunal consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndole o condenándole y, en esta última hipótesis ejecutando su decisión. Y todo ello a través de un procedimiento regulado en el Título V LFTCu, en el que se diseñan los elementos subjetivos, objetivos y formales que caracterizan el proceso.

“En definitiva, lo que corresponde al Tribunal de Cuentas es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de reintegro por alcance y de juicio de cuentas que no se articulan como procesos impugnatorios de una decisión administrativa previa, sino que se ejerce directamente sobre las cuentas, alcances y cancelaciones de fianzas (art. 15 LOTCu). En modo alguno, ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de disposiciones y actos de las Administraciones Públicas que corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 LJ), como es el supuesto de que se trata.

“Por otra parte, no debe olvidarse que este Tribunal, de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Cuentas (LOTCu) y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), ha extraído lo que denomina elementos calificadores de la responsabilidad contable, enumerados, entre otras, sentencia de 6 de octubre de 2004 (rec. cas. núm. 7557/1999) y en la posterior sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de noviembre de 2006 (rec. cas. núm. 4048/2001). Según ellas puede calificarse una responsabilidad como contable teniendo en cuenta que:

“**a)** Pueden incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos –art. 2 b)–.

“**b)** No toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos –art. 15.1–.

“**c)** La infracción legal ha de referirse a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública o, lo que es lo mismo, de la Ley General Presupuestaria y las correspondientes Leyes de Presupuestos, en orden al manejo de los tan repetidos caudales y efectos.

“**d)** La acción u omisión contraria a la Ley Contable y generadora del perjuicio a los fondos públicos ha de estar marcada por una nota de subjetividad y acotada, por consiguiente, en los presupuestos de dolo, culpa o negligencia grave, con distintas modulaciones en lo que a la gravedad de la culpa se refiere, según se trate de responsabilidad contable directa o subsidiaria, requisito este último que deriva del art. 140 de la Ley General Presupuestaria en relación con el art. 41 de la Ley Orgánica 2/1982.

“**e)** Por último, es de obligada referencia la producción de un daño efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y económicamente evaluable y que exista una relación de causalidad entre el daño efectivamente producido y la acción u omisión de referencia.

“En definitiva, la responsabilidad contable es una responsabilidad patrimonial o, más concretamente, una subespecie de la responsabilidad civil, en que pueden incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, consistente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

“También ha de rechazarse la denuncia del error en la aplicación de la norma que establece la excepción al límite presupuestario. Sostiene el recurrente que no se ha examinado la modificación del complemento específico a la casi totalidad del personal laboral y funcionario del Ayuntamiento de Los Alcázares en relación con la normativa que lo regula, arts. 23.3.b) de la Ley 30/1984, y 4.º del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración local, y no se ha hecho porque, no es competencia del Tribunal de Cuentas examinar la legalidad del Catálogo y la re-

clasificación de puestos, lo que impide, asimismo, apreciar el error por inaplicación del artículo 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

“Tales razonamientos impiden que prospere el motivo quinto del recurso de casación.” ■

---

# Los códigos de ética y cumplimientos normativos en las empresas públicas locales (notas sobre su procedencia y exigibilidad)\*

Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urríes

*Magistrado especialista en lo Contencioso-Administrativo, en excedencia.*

*Abogado*

1. Introducción
2. Los códigos de buenas prácticas y buena administración ante el fenómeno de la corrupción y la morosidad
3. El cumplimiento normativo como garantía para la prevención delictiva

## Resumen

Los códigos de ética, códigos de conducta y códigos de buen gobierno son instrumentos donde se plasman de forma positiva las normas éticas y deontológicas que han de regir la actuación de la Administración y de las empresas públicas dependientes de la misma, así como la conducta con trascendencia pública de las autoridades y empleados. Su cumplimiento no solo ayuda a prevenir malas prácticas o prácticas corruptas –algunas de ellas delictivas–, sino también a potenciar la transparencia y los valores de eficacia, respeto a la ley y a las personas, dignidad, solidaridad, etc., que realcen la moral pública, cuya ausencia es antesala y germen de la crisis económica que padecemos.

Desde organismos e instancias internacionales se han dictado directrices en este sentido, de las que es fruto la Conferencia de Ministros Europeos Responsables de las Entidades Locales y Regionales, de 2007, y la aprobación de los códigos de buen gobierno local.

Palabras clave: *buen gobierno corporativo; ética pública; código de conducta; transparencia administrativa; prevención delictiva.*

## *Ethical codes and the compliance of norms in local public enterprises (some notes about its origin and enforceability)*

### **Abstract**

*Ethical, conduct and good governance codes establish ethical and deontological norms that rule over the actions of the Administration, public enterprises and the conduct of authorities and employees when they are on duty. Their compliance prevents bad practices or corruption –in some cases criminal in nature– and also bolsters transparency and the values of efficiency, compliance with the law and persons, dignity or solidarity, among others. All these values pursue the strengthening of public morality which its absence is the germen of the current economic and financial crisis. International organizations have launched directives in this regard such as the initiatives of the Conference of European Ministers Responsible for Local and Regional Government and the endorsement of good governance codes in the local sphere.*

Keywords: *good governance; public ethic; conducts code; transparency; crime prevention.*

---

\* Ponencia presentada en el Seminario de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda, organizado por la Diputación de Barcelona, y celebrado en esta ciudad, el 5 de julio de 2012.

## 1. Introducción

En este trabajo vamos a referirnos a determinadas consideraciones jurídicas relacionadas con la ética y la prevención delictiva en el ámbito de la Administración local y, muy en particular, de sus empresas públicas, así como a la conveniencia y exigencia de su plasmación positiva, junto a la de otros cumplimientos normativos, para asegurar el buen funcionamiento administrativo que impida, frene u obstaculice de alguna forma las prácticas corruptas que últimamente vienen conociéndose y que han sensibilizado, desde luego –y más en esta época de crisis actual y duradera–, a la opinión pública, que ve a la “casta política” como la culpable en buen grado de los males que aquejan a la sociedad y a los ciudadanos. Ciertamente, los graves escándalos de corrupción que sacuden diariamente los medios de comunicación, con un continuo goteo de irregularidades en diversas Administraciones Públicas, han creado un sentimiento de rechazo de la ciudadanía hacia la burocracia política fundamentalmente, tomando carta de naturaleza la idea de que la corrupción pública, y en particular la corrupción política, es decir, de los altos cargos y partidos políticos, es algo habitual, insuficientemente penalizado e incluso beneficiado por zonas de impunidad, y en cualquier caso menos perseguido de lo que se debería, situándose a la cabeza de los principales problemas del Estado, sumido en plena crisis de valores morales que, a la larga, son la antesala y el germen de la crisis económica, que es la que, finalmente, ha despertado a la ciudadanía, que, hasta este momento, vivía aletargada e inactiva ante las agresiones que venían soportando, día tras día, tanto el erario público como las instituciones y el sistema democrático en sí mismo, con repercusión, a la postre, en la dignidad y en el bolsillo de cada uno.

Esta plasmación positiva de las normas éticas o de buen gobierno de las Administraciones, recibe el nombre genérico de códigos de ética pública o de buenas prácticas administrativas –propias de las Administraciones, sus autoridades y funcionarios–, que engloban “diversos códigos” que, para su diferenciación, precisan de cierta escrupulosidad conceptual, pese a tener todos los nombres un común denominador: la ética y corrección en el funcionamiento y en las conductas que tienen trascendencia pública. En este sentido, son códigos éticos los textos que contienen referencias para gestionar las operaciones o actividades, plasmadas en los valores y principios que han de inspirar dicha

actuación entre el colectivo de directivos y empleados de la organización. Los códigos de conducta se refieren más precisamente al comportamiento o pautas de actuación que se esperan de los miembros de la organización, sirviendo de complemento o interpretación a las que estuvieran recogidas en textos de superior rango. Y los códigos de buen gobierno van dirigidos, en cambio, a los directivos de la organización, responsables de las políticas de eficacia, transparencia y, en suma, buena administración.

Junto a estos códigos están las normas de procedimiento o cumplimiento normativo de las empresas, en este caso de las empresas públicas, para prevenir la corrupción y cualquier otra actuación ilícita o delictiva. A todos estos conceptos vamos a referirnos, relacionándolos con los fenómenos de la corrupción y del endeudamiento y la morosidad de las Administraciones y, en particular, de las empresas públicas de ellas dependientes o a ellas vinculadas.

## 2. Los códigos de buenas prácticas y buena administración ante el fenómeno de la corrupción y la morosidad

Las causas del fenómeno de la corrupción son variadas, y a su conocimiento ha contribuido decisivamente la importante labor de denuncia realizada por los medios de comunicación, que han actuado como el altavoz de las denuncias de quienes han sido víctimas o, incluso, participantes “despechados” de dichas prácticas, que comprenden cualquier actuación que personas investidas de funciones públicas o privadas llevan a cabo con violación de los deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza, ya para sí ya para terceros, por razón de amistad o por dinero o por otras prestaciones. Si censurable es la corrupción en general, la que tiene lugar en el ámbito de lo público lo es todavía más, al utilizarse en ese comportamiento desleal medios públicos y, por ende, al perjudicarse a la colectividad en su conjunto y ocasionarse un grave deterioro en el funcionamiento de las instituciones. Las modalidades de conductas corruptas son, ciertamente, infinitas, y aunque algunas de ellas pudieran encajar en los delitos de cohecho, malversación, prevaricación o tráfico de influencias (y, en general, en todos aquellos tipos penales relacionados con la gestión de intereses públicos), muchas resultan impunes por su falta de tipificación o, en su caso,

de persecución o prueba. A este respecto, la **Organización de las Naciones Unidas** estableció en **1990** un programa de acción dirigido a la consecución de los siguientes objetivos: “revisar el derecho penal, incluida la legislación procesal, para verificar si responde adecuadamente a todas las formas de corrupción, formular mecanismos administrativos y reglamentarios para la prevención de prácticas corruptas y el abuso del poder, adoptar procedimientos para la detección, investigación y condena de funcionarios corruptos, regular el decomiso de productos procedentes de prácticas corruptas y la adopción de medidas contra empresas corruptas”, lo que ofrece el interés que a dicho nivel tiene este tema.

La ética pública reviste dos aspectos distintos: de un lado, como exigencia de los servidores públicos; y, de otro, como fin de la acción administrativa. A este respecto, va a adquirir especial significación la articulación normativa de la ética pública como instrumento jurídico contra el fenómeno de la corrupción. Así, las conclusiones del **I Congreso internacional de ética pública**, celebrado en Washington en el mes de noviembre de **1994**, pusieron de manifiesto la progresiva trascendencia y la creciente preocupación por la ética pública, cuya articulación normativa se ha convertido así en instrumento jurídico para combatir la corrupción.

De este modo, se han elaborado los llamados códigos de ética y las denominadas normas de conducta para la vida pública, en donde se regulan los deberes exigibles a las autoridades y empleados públicos.

En esta línea es importante tener en cuenta lo recogido en el **Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa**, en cuyo preámbulo se reconoce estar “profundamente preocupado por el aumento del número de escándalos judiciales en los que están implicados representantes políticos que han cometido delitos en el desempeño de su cargo y teniendo en cuenta que los representantes locales y regionales electos no son ajenos a dichos delitos; y convencido de que la promoción de códigos de conducta para los representantes locales y regionales electos permitirá crear confianza entre los políticos locales y regionales y los ciudadanos”; y cuyas Recomendaciones núm. 60 y 86, aprobadas ya en 1999, pretendieron inspirar los comportamientos de las autoridades locales en relación con la “ética política”, como garantía de su calidad democrática y de su eficacia. Dicho Congreso aprobó el “**Código Europeo de Conducta**

**para la integridad política de los representantes locales electos**”, alentándose la redacción de códigos de conducta para los representantes locales, como instrumentos que permitirán salvaguardar la confianza entre los políticos y los ciudadanos, indispensable para que aquellos que tengan que desempeñar sus funciones puedan hacerlo de forma eficiente.

Otros instrumentos jurídicos adoptados por el Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción son los siguientes: la Resolución sobre los Veinte Principios Rectores contra la Corrupción, adoptada por el Comité de Ministros el 6 de noviembre de 1997; la Recomendación sobre los códigos de conducta para funcionarios públicos, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de mayo de 2000; y la Recomendación sobre normas comunes contra la corrupción en el financiamiento de los partidos políticos y campañas electorales, adoptada por el Comité de Ministros el 8 de abril de 2003.

Por su parte, la Unión Europea prioriza la lucha contra la corrupción mediante una actuación prolífica, con la realización de diversas y múltiples iniciativas dirigidas hacia el objetivo de una unión jurídica capaz de proteger la unión económica existente. Pretende instaurar una política global contra la corrupción, que se traduzca en el desarrollo de una nueva cultura en las instituciones de la Unión. Esta preocupación se materializa en instrumentos como el Convenio de 26 de julio de 1995 sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad, y dos Protocolos al mismo; el Convenio de 26 de mayo de 1997 relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea; o la denominada “euroorden”, es decir, la orden europea de detención y entrega entre los Estados miembros (Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002), y la creación de Eurojust (Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002), que es el órgano de cooperación judicial creado para mejorar la lucha contra la delincuencia grave, y que es la contrapartida judicial de Europol. Asimismo, destaca la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), creada por Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999.

También, en esta dirección cabe mencionar la **Conferencia de Ministros Europeos Responsables de las Entidades Locales y Regionales**, con ocasión de la declaración sobre la “participación democrática y la ética pública a nivel local y regional”, en su sesión de

Valencia (15 y 16 de octubre de 2007), en la que se hizo referencia a la Agenda de Budapest y a otras Recomendaciones del Consejo de Ministros y del Consejo de Europa, recordando la utilidad del Manual de Buenas Prácticas sobre la Ética Pública en el nivel de los Gobiernos Locales.

Por su parte, en España, la Comisión Ejecutiva de la Federación Española de Municipios y Provincias tiene aprobado un texto titulado **Código de Buen Gobierno Local**, que recoge unos principios esenciales de transparencia y ética pública, además de medidas concretas y prácticas para mejorar la gestión administrativa y calidad de las prestaciones y participación ciudadana en el ámbito local, estableciendo mecanismos de control, transparencia e información, mediante la constitución de **Comisiones de Control y Seguimiento** en la contratación pública, para garantizar que tanto la contratación realizada por el Ayuntamiento como por sus organismos autónomos y empresas de capital municipal se lleve a efecto bajo los principios de transparencia, legalidad, publicidad y libre concurrencia; recomendándose la incorporación de la oposición a los Consejos de Administración de las sociedades y empresas públicas municipales, y a los patronatos de las fundaciones locales; e indicándose que las empresas públicas, o con participación pública, han de aplicar en su gestión códigos éticos de conducta y criterios de estrategia de responsabilidad social empresarial, entre otras medidas.

Los códigos éticos o códigos de conducta tienen su origen en los países de tradición jurídica anglosajona, en los que la falta de regulación motivó la autorregulación.

Actualmente, la aprobación de códigos de conducta en el ámbito de las Administraciones Públicas españolas empieza a ser una realidad, a veces incluso con carácter normativo, como el incluido en el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, o el Anteproyecto de Ley de Transparencia presentado por el actual Ejecutivo.

Por su parte, el concepto de buena administración como derecho subjetivo que despliega plenos efectos jurídicos es, fundamentalmente, de construcción jurisprudencial, fruto de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, fue recogido por primera vez como un derecho de las personas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, cuya eficacia jurídica fue

reconocida en el Tratado de Lisboa, mediante el cual la Unión Europea proclama que los derechos, las libertades y los principios de la Carta tienen el mismo valor jurídico que los tratados.

Uno de los males que han caracterizado la práctica contractual administrativa local en las últimas décadas, ha sido la morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones económicas. En este sentido, el artículo 3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, Ley de Morosidad), incorporando a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, parcialmente modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, recoge el ámbito de aplicación de dicha norma, incluyendo “todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas”.

Es claro que la remisión a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, hay que entenderla efectuada al Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que deroga la anterior, cuyo artículo 3 (“Ámbito subjetivo”) establece que, a los efectos de dicha Ley, y en lo que a este trabajo interesa, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

“a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

“[...] c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, [...] y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

“d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, [...] sea superior al 50 por 100.

“e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

“f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

“[...] h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

“i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.”

La Ley 15/2010, de 5 de julio, regula en su artículo 4 los mecanismos de información trimestral sobre el cumplimiento del plazo para el pago de las obligaciones del sector público, a fin de asegurar la transparencia de la actuación y su eficacia, objetivos de esta reforma que establecen para las Administraciones Públicas la obligación de promover la elaboración de **códigos de buenas prácticas comerciales**, así como la adopción de sistemas de resolución de conflictos a través de la mediación y el arbitraje (siendo de adscripción voluntaria por parte de los agentes económicos) –artículo 11 de la Ley 3/2004, tras su reforma por la Ley 15/2010–.

El incumplimiento –o cumplimiento defectuoso– de las obligaciones establecidas en la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, debería ser sancionado vía disciplinaria con respecto a la autoridad o funcionario incumplidor por dolo o negligencia,<sup>1</sup> todo ello sin perjuicio de la posibilidad de otros tipos de responsabilidad.

### 3. El cumplimiento normativo como garantía para la prevención delictiva

Como es sabido, el Código Penal regula en su artículo 31 bis –introducido tras la reforma del texto punitivo, operada por la Ley Orgánica 5/2010– la responsabilidad penal de las personas jurídicas, recomendándose por primera vez en nuestro derecho, a la manera de los sistemas legales anglosajones, una verdadera responsabilidad penal de estas, a las que convierte en sujetos inmediatos del derecho penal, susceptibles de cometer delitos y de ser por ello sancionadas con auténticas penas. Esta responsabilidad es independiente –y acumulativa– de la de las personas físicas, tanto por acción u omisión directa como por acción u omisión indirecta, en los términos indicados en el artículo 31 CP que le precede.

El apartado 1 del artículo 31 bis CP recoge el ámbito subjetivo de esta responsabilidad penal de la persona jurídica, distinguiendo: (i) los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho; y (ii) los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

El artículo 31 bis CP no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para todos los delitos tipificados en el Código Penal, sino que sigue un sistema de *numerus clausus*. Así, a pesar de ser el artículo 31 bis una norma contenida en la parte general del Código, el catálogo de delitos en los que el legislador ha previsto expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas es taxativo: recogándose como tal, entre otros delitos, la estafa (artículo 251 bis), las insolencias punibles (artículo 261 bis), el cohecho (artículo 427) y el tráfico de influencias (artículo 430), que pudieran ser de interés para este trabajo.

Tampoco todas las personas jurídicas son susceptibles de ser inculpidas penalmente. En lo que interesa a este trabajo, el CP ha excluido de forma expresa la responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas men-

1. En este sentido, a la hora de la realización de este trabajo, está elaborándose la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno –actualmente en fase de anteproyecto–, que recoge un cuadro de infracciones en materia de gestión económico–presupuestaria (muy graves) y disciplinaria (graves y leves).

cionadas, con mejor o peor acierto, en el apartado 5 del artículo 31 bis, introducido por la reforma de 2010.

Dice así el artículo 31 bis, 5 CP:

“Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.”

Es decir, el artículo 31 bis, que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluye expresamente en su párrafo 5 su aplicación, en lo que aquí interesa, cuando se trate de sociedades mercantiles estatales de las que en el precepto se indican o caracterizan. Esto exige, no obstante, hacer dos precisiones. Por un lado, que esta exclusión no rige para las sociedades mercantiles estatales que desarrollen una actividad estrictamente mercantil, en el sentido de lo dispuesto en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Estas podrán ser imputables, conforme al artículo 31 bis, en todos aquellos aspectos en los que se rigen por el derecho privado, cuando no estén ejecutando políticas públicas o prestando servicios de interés económico general. Y, por otro, pese a la dicción literal, que la exclusión también alcanza a las sociedades públicas autonómicas, provinciales o locales.

Pudiera pensarse que la omisión entre las exclusiones de las empresas públicas de las autonómicas, provinciales y locales obedece a una intención del legislador de no considerarlas excluidas; pero ello sería contrario a una interpretación teleológica y garantista de la norma –propia del derecho penal– que obliga a considerar que dichas sociedades se encuentran igualmente excluidas del ámbito de aplicación del artículo 31 bis, toda vez que constituyen instituciones del Estado, y la *ratio* para excluir a las primeras debería servir, en idéntica medida, para evitar la aplicación de la responsabilidad penal a las últimas, en cuyo seno pueden perpetrarse por el administrador de hecho o de derecho o por un empleado las conductas delictivas tipificadas en el CP, susceptibles de “ser cometidas” por la persona jurídica, sobre la que recaería la pena

legalmente prevista cuando no ejecuten políticas públicas o presten servicios económicos de interés general. En este sentido se manifiesta la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado.

La pretensión última de esta reforma del Código Penal era trasladar desde el Estado a las empresas los costes de la prevención y detección del delito. Así, lo que realmente se castiga no son comportamientos relacionados con el hecho concretamente cometido, sino la no adopción de medidas para prevenir o descubrir delitos.

Por consiguiente, los sistemas de *Corporate Compliance* son, entre otras cosas y por lo que a la eventual responsabilidad de la persona jurídica se refiere, exigencias dirigidas a las empresas de colaboración con las funciones estatales de prevención de delitos, manteniendo una cultura empresarial de cumplimiento con el derecho mediante estructuras organizativas y asignando, para ello, responsabilidades, procesos y recursos, todo ello de manera eficaz y dinámica, acomodándose a las diversas circunstancias especiales –y cambiantes– de cada empresa: su actividad, sus órganos directivos e intermedios, su ubicación, su número de empleados, etc.

Mucho se ha escrito acerca de estos programas de *Corporate Compliance* y sobre su obligatoriedad. Y la publicación de la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre la materia, ha venido a arrojar luz a este tema, afirmando:

“Establece así la Ley un deber de fiscalización o control generador de responsabilidad penal, que incumbe en último término a los superiores –representantes, gestores de hecho o de derecho– respecto de quienes actúan en el ámbito de la persona jurídica [...].

“Así pues, al órgano gestor le corresponde un deber de control y vigilancia que remite a los cursos lesivos y/o peligrosos creados por sus subordinados y que pueden llevar a la comisión de los tipos penales previstos en la Parte Especial.”

No cabe duda de que la regeneración democrática de la sociedad, del Estado y de sus Administraciones e instituciones, pasa por concienciar a todos los ciudadanos de verdaderos valores morales, previniendo las conductas atentatorias a los derechos fundamentales y a los intereses generales, facilitando la transparencia y eficacia administrativa y sancionando, administrativa o penalmente, a quienes transgreden las normas o los códigos éticos o los procedimientos de cumplimiento normativo que hubieran impedido la comisión de hechos delictivos en el ámbito empresarial o societario. ■



31<sub>QDL</sub>

**Jurisprudencia**





---

## Crónica de jurisprudencia (de 1 de septiembre de 2012 a 31 de enero de 2013)

Antonio Descalzo González

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

### A) Tribunal Constitucional

**Sentencia del Tribunal Constitucional 159/2012, de 17 de septiembre, sobre vulneración del artículo 47.2 b) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, por el artículo 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, en relación con las mayorías necesarias para los acuerdos municipales. Doctrina constitucional sobre las leyes autonómicas perfectamente compatibles con la ley estatal en el momento de ser dictadas, pero que devienen disconformes por la modificación posterior de la legislación básica estatal**

#### Antecedentes

Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Santa Cruz de Tenerife, respecto del artículo 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias.

Ponente: Doña Adela Asua Batarrita.

#### Extracto de doctrina

"[...]

"2. La cuestión de inconstitucionalidad que promueve el órgano judicial plantea un supuesto de lo que nuestra doctrina denomina inconstitucionalidad mediata o indirecta por derivar la posible infracción constitucional, no de la incompatibilidad directa de las disposiciones impugnadas con la Constitución, sino de su eventual contradicción con preceptos básicos estatales. Conforme a nuestra reiterada doctrina (SSTC 113/2010, de 24 de noviembre, F. 2; 7/2012, de 18 de enero), para que dicha infracción constitucional exista es necesaria la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma bási-

ca y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

"3. Por lo que respecta a la concurrencia de la primera circunstancia mencionada, en la STC 66/2011 (F. 3) ya afirmamos el carácter básico en su doble plano ex art. 149.1.18 CE del art. 47.2 d) LBRL, norma estatal que el Juzgado promotor de la cuestión propone como parámetro mediato de constitucionalidad, por remisión a la STC 331/1993, de 12 de noviembre. En efecto, en la STC 331/1993 analizamos la redacción de esa disposición que se encontraba vigente con anterioridad a la reforma operada mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, y dijimos que su carácter básico derivaba de que la regulación de los 'aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado atañe al funcionamiento democrático de los órganos de gobierno de las corporaciones locales y, dentro de él, en concreto, a lo que afecta al quórum y mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados superiores, ya que los preceptos relativos a estas cuestiones definen precisamente un modelo de democracia local' (STC 331/1993, de 12 de noviembre, F. 4; con cita de la STC 33/1993, de 1 de febrero, F. 3). La conclusión que dedujimos entonces debe ser ratificada en el presente proceso constitucional, en el cual la norma estatal opera como parámetro de constitucionalidad mediata de la norma legal autonómica cuestionada.

"Cabe subrayar que, aunque las SSTC 33/1993 y 331/1993 versaron sobre la redacción originaria del art. 47.2 d) LBRL, el carácter básico no se predicó por dichas sentencias de la concreta mayoría retenida por la norma básica estatal entonces analizada (mayoría de dos tercios), sino del régimen del 'quorum y mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados superiores'. Por tanto, lo que debe considerarse básico según la doctrina constitucional (SSTC 33/1993, F. 3 y 331/1993, F. 4; aplicadas por la

STC 66/2011) es el régimen de las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos del Pleno, y por ello el art. 47 LBRL ha de reputarse básico en tanto que es uno de ‘los aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado’, sin perjuicio de que el legislador competente pueda modificar dicho régimen en la forma que estime oportuno, como efectivamente hizo por la Ley 57/2003.

“En suma, la norma estatal infringida por la Ley autonómica es, en el doble sentido material y formal, una norma básica.

“4. En cuanto a la segunda circunstancia mencionada, el carácter contradictorio efectivo e insalvable, debemos remitirnos igualmente a lo señalado en el F. 3 de la STC 66/2011:

“En primer lugar, los preceptos legales controvertidos exigen mayorías diferentes para la adopción de los acuerdos de alteración de la capitalidad de los municipios. Por un lado, el art. 47.2 d) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) dispone que *[s]e requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: [...] d) Alteración del nombre y de la capitalidad del municipio.* Por otro lado, el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, establece que *[s]erá preciso el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones en las materias previstas en el artículo 47.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.*

“Es claro que estas dos disposiciones son entre sí contradictorias...

“En segundo lugar, esta divergencia tiene su origen en la reforma operada en el art. 47.2 LBRL mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En su versión anterior a dicha reforma, el precepto citado requería para la adopción de ese tipo de acuerdos *el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros*, una exigencia esta que se incorporó literalmente al art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, el cual devino contrario al art. 47.2 LBRL a raíz de que el legislador estatal sustituyera, como se ha indicado, ese criterio por el de la *mayoría absoluta del número legal de miembros* de la corporación’.

“La conclusión que sobre el carácter contradictorio entre sí de las disposiciones estatal y autonómica analizadas extrajimos entonces debe ser ahora ratificada. En efecto, a resultas de la modificación operada por la Ley 57/2003 la regla de la mayoría de dos tercios fue sustituida por la de mayoría absoluta, como requisito necesario para la adopción de acuerdos de alteración de la capitalidad de un municipio, por lo que la norma autonómica que originariamente se limitaba a reproducir el contenido de la norma básica estatal y que requería una mayoría de dos tercios, devino incompatible. Esa incompatibilidad resulta efectiva y no es salvable por vía interpretativa.

“5. Por tanto, la norma legal autonómica contradice de forma efectiva e insalvable una norma legal estatal que ha sido adoptada con posterioridad y que tiene la condición de básica ex art. 149.1.18 CE. En la STC 66/2011 recordamos, con apoyo en la STC 1/2003, de 16 de enero, la doctrina constitucional sobre las leyes autonómicas perfectamente compatibles con la ley estatal en el momento de ser dictadas, pero que devienen disconformes por la modificación posterior de la legislación básica estatal. Dicha doctrina se puede sintetizar –como hicimos en el fundamento jurídico 5 de la STC 66/2011– en la idea de que ‘la modificación de la legislación básica estatal no ha determinado, en suma, el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida’, por lo que no compete a los órganos judiciales, sino al Tribunal Constitucional fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley. Así, la STC 66/2011 reitera a este respecto que los ‘órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, F. 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, F. 4; 104/2000, de 13 de abril, F. 8; y 120/2000, de 10 de

mayo, F. 3)' (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 9; en el mismo sentido la STC 162/2009, de 29 de junio, F. 3).

"Por todo ello ha de apreciarse que el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias es contrario al orden constitucional de distribución de competencias. Ello determina la consiguiente inconstitucionalidad y nulidad del precepto autonómico."

**Sentencia del Tribunal Constitucional 187/2012, de 29 de octubre, sobre violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, por incurrir el órgano judicial en exceso de jurisdicción con preterición del sistema de fuentes, al inaplicar la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, y, en su lugar, aplicar el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, sin plantear la cuestión de constitucionalidad ante esta sede y por aplicación de la cláusula de prevalencia del derecho estatal del artículo 149.3 CE. Aplicación y eficacia de las normas jurídicas. Publicación en los diarios oficiales de las normas urbanísticas de los planes de ordenación urbana, por tratarse de disposiciones de carácter general.**

### Antecedentes

Recurso de amparo promovido por la Generalitat de Cataluña, contra la providencia de 22 de enero de 2010 de la Sección Quinta de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y la sentencia de 14 de octubre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 5988-2005, de la misma Sala y Sección.

Ponente: Don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

### Extracto de doctrina

"[...]

"4. En el recurso de amparo se aduce que la Sentencia es una resolución no fundada en derecho al

considerar la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, en la redacción dada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local, no aplicable al caso de autos, por tratarse de una materia (eficacia de las normas jurídicas) que no es competencia exclusiva de la Generalitat, sino competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.8 CE. Como quedó expuesto en los antecedentes, la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, en su redacción dada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, introdujo una norma de convalidación de los actos de desarrollo de instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, aunque no se hubiesen publicado las disposiciones contenidas en los instrumentos de planeamiento, como el plan general de ordenación urbana del municipio de La Roca del Vallès.

"La norma de convalidación inaplicada por la Sentencia impugnada sigue actualmente vigente aunque recogida en el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña 2010, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto. El texto refundido derogó las Leyes 2/2002 y 10/2004 pero recogió en su disposición transitoria décima, apartado sexto (bajo la rúbrica 'Publicación de las normas urbanísticas de instrumentos de planeamiento aprobados entre la entrada en vigor de la Ley 7/1985 y la de la Ley 2/2002 o de instrumentos en trámite que no han sido publicadas') una cláusula convalidatoria como la controvertida en el proceso a quo que dispone: '6. La falta de publicación previa de las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente por la Administración de la Generalidad antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002 no es motivo de nulidad de pleno derecho de las disposiciones y los actos de aplicación que se hayan dictado al amparo de su aprobación definitiva, siempre y cuando se haya publicado el anuncio de la aprobación de los mencionados instrumentos. La publicación en el DOGC de las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002 valida la tramitación y la aprobación de las disposiciones y los actos de aplicación que se hayan dictado al amparo de su aprobación definitiva y les da plena eficacia desde la fecha de pu-

blicación en el DOGC del anuncio de la aprobación definitiva de los mencionados instrumentos’.

“5. Tanto la demandante de amparo como el Ministerio Fiscal alegan la infracción de la doctrina constitucional por parte de la Sentencia impugnada, concretamente, de la establecida en las SSTC 163/1995, de 8 de noviembre; 173/2002, de 9 de octubre; y 58/2004, de 19 de abril. Recordamos a continuación la doctrina constitucional derivada de las sentencias citadas, así como otras aplicables al caso de autos.

“En la STC 163/1995, de 8 de noviembre, el Tribunal desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre determinados preceptos de la Ley 2/1989, de 18 de julio, de espacios naturales protegidos de Andalucía por contradicción con la Ley 4/1989, de 27 de marzo, básica estatal de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, al entender que no existía la supuesta contradicción planteada por el órgano judicial. En el fundamento jurídico 4 de la citada Sentencia el Tribunal rechazó la posible utilización de la cláusula de prevalencia del derecho estatal del art. 149.3 CE, planteada por el órgano judicial autor de la cuestión de constitucionalidad, como posible solución para la inaplicación de la Ley autonómica cuestionada por contradecir las bases estatales. En este caso el Tribunal declaró que lo que el órgano judicial planteaba no era una cuestión relativa a la prevalencia de las normas del Estado sobre las de las comunidades autónomas, sino la de su propio ámbito de jurisdicción ex art. 163 CE y concordantes sobre el control de leyes. Al respecto el Tribunal declaró que ‘los jueces y tribunales integrantes del poder judicial no pueden pretender una excepción a lo previsto en los arts. 163 y 153 a) CE, así como en el correspondiente precepto estatutario, como consecuencia de un determinado entendimiento de lo previsto, de forma más general y en un diferente contexto constitucional, en el art. 149.3, inciso segundo, *in fine*, CE. [...] Ciertamente, los citados preceptos, y más en concreto el art. 153 a) CE y el equivalente estatutario, suscitan el problema de qué deba entenderse por *control de constitucionalidad*, pues es este, y no cualquier otro, el que queda reservado a este Tribunal, siendo a ese control al que queda delimitado el llamado *privilegio jurisdiccional* de la Ley’ (STC 163/1995, de 8 de octubre, F. 4).

“La STC 173/2002, de 9 de octubre, otorgó el amparo solicitado por la Generalitat de Cataluña por lesión de sus derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y su derecho a no

padecer indefensión (art. 24.1 CE) contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que inaplicó la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero, que establecía el recargo sobre el tributo estatal que gravaba las máquinas recreativas, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal. En este sentido, el Tribunal declaró que ‘forma parte, sin duda, de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en nuestro ordenamiento el que la disposición de ley que, según el juzgador, resulta aplicable en aquel no pueda dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC. Ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no solo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida’ (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 8 *in fine*). ‘En consecuencia, habiendo preterido el órgano judicial el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el art. 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Y además ha colocado, por ello, a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la Ley, tal preterición del sistema de fuentes, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones del art. 35 LOTC’ (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 10).

“La STC 58/2004, de 19 de abril, otorgó el amparo a la Generalitat de Cataluña contra una sentencia ‘aparente o formalmente motivada, mediante la cual el órgano judicial llega a la consecuencia de inaplicar – por propia, autónoma y exclusiva decisión– dos leyes postconstitucionales vigentes. No se está, sin embargo, ante una resolución judicial falta de motivación o con una motivación escueta, parca o por remisión, sino, simplemente, ante una resolución judicial no fundada en derecho (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 7), que en este caso es además lesiva de las garantías del proceso debido’ (STC 58/2004, de 19 de abril, F. 7).

“En el proceso *a quo* que dio lugar a la STC 58/2004, de 19 de abril, el órgano judicial ordenó la devolución de la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña (equivalente al 20 por 100 de la cuota de la tasa fiscal sobre el juego) por razón de su supuesta incompatibilidad de la tasa fiscal que le sirve de base, regulada por la Ley estatal 5/1990, con el derecho comunitario, concretamente con el art. 33 de la sexta Directiva. En consecuencia, el Tribunal declaró que se había producido un exceso de jurisdicción porque si la ley postconstitucional es contraria a la Constitución ‘solo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE puede dejar de ser aplicada. Y si la ley postconstitucional es contradictoria con el derecho comunitario solo puede ser inaplicada, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 234 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Mas en el caso que nos ocupa se han inaplicado las leyes citadas, como se ha dicho, sin que mediase planteamiento alguno, ni de cuestión de inconstitucionalidad ni de cuestión prejudicial’ (STC 58/2004, de 19 de abril, F. 14).

“Por último, hemos de mencionar la STC 66/2011, de 16 de mayo, que otorgó el amparo solicitado a la asociación de vecinos Rambla porque las resoluciones judiciales impugnadas inaplicaron la Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que había devenido contraria a la Ley de bases de régimen local después de su modificación por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, por aplicación de la cláusula de prevalencia del derecho estatal del art. 149.3 CE. Reiterando la doctrina establecida en la STC 1/2003, de 16 de enero, el Tribunal declaró que ‘la modificación de la legislación básica estatal no ha determinado, en suma, el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida’ (STC 66/2011, de 16 de mayo, F. 5).

“Pero, además, respecto de la lesión aducida de los derechos fundamentales de la recurrente, el Tribunal declaró en la STC 66/2011, de 16 de mayo, que dejar inaplicados preceptos que se integran en una ley postconstitucional vigente, como los artículos controvertidos de la citada Ley canaria, ‘por más que pueda resultar *aparente o formalmente motivada* en virtud de las referencias al desplazamiento de la norma autonó-

mica, constituye, sin embargo, *una resolución no fundada en derecho* (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 8), que resulta, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE). De otra parte, al dejar inaplicado ese precepto por razón de su posible contradicción con la Constitución sin haber promovido una *cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada* (art. 163 CE) y con la *audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC* (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 8) la Sentencia de instancia ha vulnerado igualmente el derecho de la entidad recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)’ (STC 66/2011, de 16 de mayo, F. 6).

“6. En el caso de autos la Sentencia impugnada desestimó los motivos de casación aducidos por la Generalitat de Cataluña y el Ayuntamiento de La Roca del Vallès, confirmando la Sentencia de 27 de junio de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que declaró nulo de pleno derecho el estudio de detalle y los instrumentos de ejecución del plan general de ordenación urbana del citado municipio. La Sala del Tribunal Supremo declaró que el conflicto planteado en casación se basó en un diferente modo de entender la exigencia constitucional de publicidad de las normas (art. 9.3 CE). La cuestión planteada se refería, según la Sentencia impugnada, a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas que es competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.8 CE. La Sala consideró que las exigencias de publicación requieren que se publiquen en los diarios oficiales las normas urbanísticas de los planes de ordenación urbana por tratarse de disposiciones de carácter general. Sin embargo, la Generalitat y el Ayuntamiento sostuvieron que, de acuerdo con la legislación en materia urbanística de Cataluña, bastaba con la publicación íntegra del acuerdo de aprobación definitiva de aquellas. En cuanto a la aducida lesión de los derechos fundamentales de las Administraciones recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), por haber inaplicado las normas con rango de ley catalanas sin haber planteado la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ante esta sede, la Sentencia declaró que ‘dado que el conflicto no es urbanístico ni de ordenación del territorio, sino de eficacia de las normas, la contradicción entre la citada disposición transitoria, aprobada por el Parlamento catalán, y lo establecido en el art. 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Admi-

nistrativo Común, ha de resolverse confiriendo prevalencia a esta porque la materia sobre la que versa no viene atribuida a la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma [...] sin necesidad, en este caso, de plantear cuestión de inconstitucionalidad de las normas en conflicto, dado que no se trata de una tacha de inconstitucionalidad sino de simple contradicción entre normas, que, solo admite la aplicación de una, por lo que se debe aplicar la prevalente, que, en este caso, es la estatal al no tratarse de una materia atribuida a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma' (fundamento de derecho decimocuarto de la Sentencia impugnada).

"7. Según lo expuesto, la Sentencia impugnada realizó un juicio previo de selección de la norma jurídica aplicable al caso de autos que, de acuerdo con la doctrina constitucional, corresponde realizar al órgano judicial como cuestión de legalidad ordinaria. Este Tribunal tiene declarado que 'forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los jueces y tribunales del poder judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ellas de los hechos' (SSTC 76/1995, de 22 de mayo, F. 5; 173/2002, de 9 de octubre, F. 10; y 58/2004, de 19 de abril, F. 14). En consecuencia, ninguna tacha de constitucionalidad podría merecer la determinación de la norma aplicable al caso por el juez ordinario, salvo por los efectos que esa operación tiene en el caso de autos.

"Efectivamente, descendiendo al caso concreto, la selección de la norma jurídica aplicable al caso de autos, es decir, el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, produjo los siguientes efectos: en primer lugar, llevó implícito el encuadramiento competencial de un precepto como el controvertido, la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, de modificación de la Ley de urbanismo de Cataluña, en un ámbito material como la eficacia de las normas jurídicas, cuando la propia Sentencia reconoce, asimismo, que se trata de una ley de convalidación de normas urbanísticas, materia en la que Cataluña tiene competencia exclusiva (arts. 148.1.3 CE y 149.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio). En segundo lugar, el órgano judicial aplicó la cláusula de prevalencia del derecho estatal del art. 149.3 CE a pesar de reconocer que el asunto sobre

el que versaba el pleito era la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, es decir, competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.8 CE. Sin embargo, el art. 149.3 CE dispone que el derecho del Estado será prevalente en caso de conflicto sobre las normas de las comunidades autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas. Pero, en realidad, según el razonamiento de la propia Sentencia impugnada no era una materia en la que la Generalitat y el Estado tuviesen competencias, sino que la competencia era exclusiva estatal. Apreciamos, por tanto, un razonamiento que determinó, además, el desplazamiento e inaplicación del apartado sexto de la disposición transitoria cuarta de la citada Ley 10/2004, de modificación de la Ley de urbanismo de Cataluña, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, lo que tampoco resulta conforme con la doctrina constitucional expuesta previamente. En tercer lugar, como alega el Ministerio Fiscal, la interpretación realizada del precepto autonómico conlleva a su reiterada inaplicación y produce un efecto parecido a la derogación de la norma inaplicada que, recordamos, es una ley postconstitucional.

"8. En consecuencia, conforme con la doctrina constitucional expuesta sobre el control de constitucionalidad de las leyes postconstitucionales debemos concluir que la Sentencia impugnada, 'por más que pueda resultar aparente o formalmente motivada' (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 7) no es una resolución fundada en derecho, porque el órgano judicial incurrió en exceso de jurisdicción ex art. 163 CE y concordantes sobre el control de leyes, que además resultó lesiva de las garantías del proceso debido y que provocó indefensión de la recurrente en amparo. El órgano judicial inaplicó una ley postconstitucional vigente sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad y lo fundamentó en la aplicación de la cláusula de prevalencia del derecho estatal ex art. 149.3 CE, con un entendimiento de la misma que no resulta conforme con la doctrina constitucional, tal y como ha quedado expuesta.

"En el caso de autos 'habiendo preterido el órgano judicial el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el art. 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Y además ha colocado, por ello, a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento

to judicial al imperio de la ley, tal preterición del sistema de fuentes, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones del art. 35 LOTC' (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 10).

"Como es sabido, este Tribunal tiene declarado que los 'órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, F. 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España' (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, F. 4; 104/2000, de 13 de abril, F. 8; 120/2000, de 10 de mayo, F. 3; 173/2002, de 9 de octubre, F. 9 y 66/2011, de 16 de mayo, F. 6)."

## B) Tribunal Supremo

### **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 9 de octubre de 2012. RJ\2012\9651. Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio conforme a la Directiva de servicios**

#### **Antecedentes**

Recurso de casación núm. 313/2011.

Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado.

El Tribunal Supremo estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Promotores Constructores de España contra el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, anulando el inciso "debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello", *in fine*

del párrafo quinto del artículo 9 del citado Reglamento, por ser contrario a la Directiva de servicios.

#### **Extracto de doctrina**

"[...]

"CUARTO.– Sobre la exigencia de verificación de los proyectos técnicos de instalaciones comunes de telecomunicaciones.

"Tras el sucinto resumen de las principales razones esgrimidas por las partes, es preciso en primer lugar dilucidar si el requisito de verificación del proyecto de instalaciones comunes de telecomunicaciones es obligatorio o no, puesto que la queja formulada por la actora sería rechazable de tener razón el abogado del Estado en que se trata de un requisito voluntario: en tal caso no se producirían las vulneraciones denunciadas, que presuponen que la verificación es un requisito obligatorio.

"El examen del Real Decreto evidencia de forma indubitada que se trata de un requisito preceptivo. La norma impugnada dedica los tres primeros apartados del artículo 9 al proyecto técnico (los apartados cuatro a seis se refieren a las entidades de verificación). Pues bien, en su primer apartado se indican la finalidad, contenido y principales aspectos del proyecto técnico y el párrafo quinto del mismo dice expresamente lo siguiente:

"'El proyecto técnico, firmado por el profesional encargado por el promotor de la edificación para el diseño de la ICT, que dispone de la titulación establecida en el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación que, en su caso, actuará en coordinación con el autor del proyecto de edificación, debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello.'

"Así pues, de forma inequívoca el precepto establece que las redes de telecomunicaciones que se instalen en el interior de los edificios 'deberán contar con el correspondiente proyecto técnico' (art. 9.1, primer párrafo) y que el proyecto técnico 'debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello' (*ibidem*, quinto párrafo).

“No cabe pues duda de que la instalación de las ICT debe contar con un proyecto técnico y que este ha de estar, preceptivamente, verificado por una entidad capacitada legalmente para ello, por lo que sorprende la interpretación del abogado del Estado. Es verdad, como aduce el representante de la Administración, que el apartado 3 del referido artículo 9 se limita a establecer que la verificación otorga al proyecto técnico una presunción de que el mismo cumple con la normativa técnica, pero eso se añade a la expresa previsión de su exigibilidad, como ya hemos indicado.

“QUINTO.– Sobre la legalidad de la exigencia de verificación.

“La cuestión a dilucidar es pues, si tal exigencia resulta compatible con las previsiones de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y de la Directiva 2006/123/CE.

“La parte recurrente centra su argumentación en las previsiones contenidas por la citada Directiva. Esta regula en el capítulo III la libertad de establecimiento de los prestadores (arts. 9 a 15) y en el IV, la libre circulación de servicios, versando su primera sección sobre la libre prestación de servicios y las posibles excepciones (arts. 16 a 18); en ambos capítulos hay prescripciones sobre la libertad del ejercicio de la prestación de servicios, sobre la que trata la presente litis.

“De toda esa regulación resulta pertinente recordar que el artículo 16, que se refiere específicamente a la libre prestación de servicios, impone estrictas limitaciones a cualquier condicionamiento al acceso o desarrollo de cualquier actividad de servicios. Así, el precepto excluye que se pueda condicionar el acceso o el ejercicio a requisitos que no respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (apartado 1), así como también prohíbe otros requisitos enumerados en el apartado 2, entre los que se encuentran la colegiación obligatoria ‘salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de derecho comunitario’. Finalmente, el precepto admite en todo caso (apartado 3) que los Estados miembros impongan requisitos ‘que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1’.

“A su vez el artículo 17 exceptúa de las garantías establecidas en el precepto anterior a determinados servicios y materias, entre las que se incluyen (apartado 6) aquellas ‘a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se

reserva una actividad a una determinada profesión’; la citada Directiva, que se refiere al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, trata en su título II precisamente de la libre prestación de servicios.

“Debe tenerse presente, por consiguiente, que según las previsiones anteriores implican el derecho comunitario impone severos criterios para limitar el libre ejercicio de una actividad de prestación de servicios, pero sin embargo admite que se reserve el ejercicio de una determinada actividad a una profesión, como de hecho sucede con la actuación ante los tribunales a los abogados, necesariamente titulados en derecho –aunque en este caso el derecho europeo ha previsto y regulado de forma expresa la excepción mediante la Directiva 77/249/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 22 de marzo de 1977–.

“En cualquier caso, aunque la parte aduce en defensa de su pretensión tanto la Directiva como la referida Ley 17/2009, siendo esta la transposición de aquella al derecho interno, es la Ley nacional la que ostenta la prioridad a la hora de valorar la legalidad del Real Decreto impugnado, sin menoscabo del valor interpretativo de la Directiva. En cualquier caso la Ley 17/2009 traspone de manera muy fidedigna las previsiones de la Directiva y trata de asegurar el libre ejercicio de las actividades de servicios remuneradas, restringiendo severamente la posibilidad de condicionar dicho ejercicio mediante requisitos o limitaciones de cualquier tipo. A los efectos de valorar la legalidad de la exigencia de que los proyectos técnicos de ICT sean verificados por una entidad habilitada para ello conviene hacer una sucinta referencia a tales previsiones.

“Las limitaciones contempladas por la Ley pueden referirse, siguiendo a la Directiva, tanto a la libertad de establecimiento (capítulo II, arts. 4 a 11) como a la libre prestación de servicios para prestadores de otros Estados miembros (capítulo III, arts. 12 a 16). En particular, resultan aplicables al caso los siguientes preceptos. En primer lugar, el artículo 9, referido a los principios aplicables a los requisitos exigidos al acceso y al ejercicio de cualquier actividad de servicios, estipula que tales requisitos, además de otras exigencias, han de ‘estar justificados por una razón imperiosa de interés general’ y han de ‘ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general’ (artículo 9.2.b y c).

“Por otra parte, el artículo 12 de la Ley –que traspone el artículo 16 de la Directiva– establece que los prestadores de servicios establecidos en cualquier otro Estado miembro pueden prestar servicios en España sin

más limitaciones que las establecidas de conformidad con la propia Ley (apartado 1). Seguidamente, tras prohibir de forma expresa determinadas restricciones (apartado 2), estipula en el siguiente apartado que el acceso o el ejercicio de la actividad de prestación de servicios puede ser supeditado, solo excepcionalmente, a requisitos que determine la legislación sectorial aplicable ‘únicamente cuando estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección de medio ambiente; y sean, de conformidad con el artículo 5 de esta Ley, proporcionados y no discriminatorios y de forma suficientemente motivada’ (apartado 3). Tales garantías, aunque dirigidas a los prestadores de servicios de otros Estados miembros de la Unión Europea, se aplican necesariamente también a los prestadores españoles establecidos en España.

“En cuanto a las posibles limitaciones al ejercicio de la actividad de prestación de servicios están contempladas, en lo que aquí importa, en el artículo 13 de la Ley, intitulado ‘excepciones a la libre prestación de servicios’, que transpone el artículo 17 de la Directiva. En dicho precepto se excluye la aplicación de la prohibición de establecer restricciones a la libre prestación de servicios a determinadas materias y actividades, entre las que se cuentan la libre prestación de servicios de los abogados (apartado 2.b) y, repitiendo la dicción antes transcrita del artículo 17.6) de la Directiva, a ‘las materias a que se refiere el Título II de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión’.

“Pues bien, con ese marco normativo **debemos considerar si la exigencia de una verificación obligatoria del proyecto técnico para una actuación sumamente concreta, como lo son las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios, respeta las referidas limitaciones legales al establecimiento de requisitos o restricciones de cualquier tipo para el libre acceso y ejercicio de la actividad de prestación de servicios.**

“En primer lugar, debemos asumir que la exigencia de que el proyecto de ICT se tenga que someter preceptivamente a una verificación privada externa constituye, sin duda, una limitación o condicionamiento al ejercicio de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Al imponer esa obligación, un profesional, aun disponien-

do de la titulación y formación técnica adecuada, no puede prestar el servicio de elaborar un proyecto técnico para una determinada instalación que sea válido por sí propio, sino que ha de someter dicha labor profesional a un requisito o condicionamiento externo.

“En segundo lugar hemos de determinar si dicha limitación supera los criterios contemplados tanto en la Ley como en la Directiva citadas respecto al fundamento y carácter de mínima intervención y proporcionalidad de los requisitos que pueden imponerse al libre ejercicio de una actividad de servicios. En cuanto al fundamento, no puede entenderse que la discutida verificación externa obligatoria esté justificada por una razón imperiosa de interés general (art. 9.2.b de la Ley española) –con lo que tampoco sería proporcionada a dicha razón, según requiere el apartado siguiente (9.2.c)–. En términos más concretos, el artículo 12.3 admite que el acceso o el ejercicio temporal de una actividad de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro pueda someterse excepcionalmente a requisitos establecidos por la legislación sectorial ‘por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente’, además de ser proporcionados, no discriminatorios y motivados.

“Pues bien, **resulta claro que la exigencia de que se trata no puede ampararse en ninguna de tales razones, tanto menos cuanto se trata de un requisito general y permanente para todos los prestadores, lo que hace todavía más evidente su falta de fundamento.** En efecto, de entre las razones previstas por el legislador, es claro que no puede considerarse que concurra la de seguridad pública, tanto por la naturaleza de las ICT, cuanto porque el propio Gobierno, en uso de la habilitación otorgada por el legislador (artículo 13 de la Ley de Colegios Profesionales –Ley 2/1974, de 13 de febrero–) no ha considerado incluir los proyectos de ICT en los trabajos profesionales necesitados de visado obligatorio (Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio), lo que supone que no ha considerado que concurra una relación de causalidad directa entre el citado trabajo profesional y la integridad física y seguridad de las personas (artículo citado de la Ley 2/1974). En este sentido, tiene razón la asociación actora cuando denuncia un fraude de ley al haberse excluido el visado obligatorio y sin embargo, introducir un requisito equivalente por medio de la exigencia de la verificación privada externa obligatoria.

“Las razones anteriormente expuestas nos conducen a estimar el recurso en este punto, anulando el inciso final del párrafo quinto del artículo 9 del Real Decreto impugnado: ‘debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello’.

“Aunque esta anulación provoca un indudable desajuste sintáctico, no se produce sin embargo ninguna inseguridad jurídica, pues siguen vigentes las restantes previsiones del párrafo, esto es, que el proyecto estará firmado por el profesional encargado por el promotor de la edificación para el diseño de la ICT y que el mismo actuará en su caso en coordinación con el autor del proyecto de edificación. Por otra parte, carece de relevancia el hecho de que quede sin objeto la remisión al párrafo suprimido por parte del apartado 3, primer párrafo, del mismo artículo 9, el cual estipula que ‘se presumirá que el proyecto técnico cumple con las determinaciones establecidas en este reglamento y demás normativa aplicable, cuando haya sido verificado por una entidad que cumpla los requisitos señalados en el apartado 1 del presente artículo, siempre y cuando dicha verificación se realice siguiendo los criterios básicos establecidos mediante orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio’.

“Está claro que esta presunción no resulta alterada por la anulación antes señalada, si bien ahora la verificación, con tales efectos, será simplemente voluntaria. Ahora bien, como hemos indicado, al quedar suprimido el inciso anulado se pierde la referencia a los requisitos de las entidades de verificación incluidos en el mismo; sin embargo, fuera del hecho de que la remisión quede ahora sin objeto, tales requisitos están también recogidos con mucho mayor detalle en el apartado 4 del propio artículo 9 de la Ley, dedicado a las exigencias requeridas a las entidades de verificación, con lo que dicha circunstancia resulta irrelevante.”

### **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 15 de noviembre de 2012. JUR\2012\383449. Aprobación de plan general urbanístico por silencio administrativo**

#### **Antecedentes**

Recurso de casación núm. 3162/2010.

Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de la Administración autonómica de Madrid en relación con los efectos del silencio administrativo en el ámbito del urbanismo. A juicio del Tribunal Supremo, son distintos según se trate de la obtención de licencia –en los que sí rige el principio de imposibilidad de obtener licencias por silencio *contra legem*– o de aquellos otros relativos a la aprobación de instrumentos de planeamiento, en los que sí resulta posible la aprobación por silencio.

#### **Extracto de doctrina**

“[...]”

“OCTAVO.– El motivo quinto, en el que se alega la inoperatividad del silencio *contra legem* en la aprobación de planes, no siendo posible la aprobación cuando el Plan contiene determinaciones contrarias al ordenamiento jurídico, de manera análoga a su inaplicación en materia de licencias de urbanismo.

“Contrariamente a lo alegado por la Administración autonómica, en el ámbito del urbanismo los efectos del silencio administrativo son distintos según se trate de la obtención de licencia –en los que sí rige el principio de imposibilidad de obtener licencias por silencio *contra legem*–, de aquellos otros relativos a la aprobación de instrumentos de planeamiento, en los que sí resulta posible la aprobación por silencio.

“En lo que se refiere a licencias de urbanismo, la STS de esta Sala de 28 de enero de 2009 (casación en interés de la ley 45/2007) ha venido a explicar, en línea de continuidad con la jurisprudencia anterior, que tanto en el artículo 178.3 del TRLS76, como en el artículo 242.6 del TRLS92 (precepto no afectado por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 y declarado expresamente vigente en la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, LRSV), así como, más recientemente, en el artículo 8.1.b, último párrafo, del TRLS08, se ha mantenido constante, con ligeras variaciones en su formulación, la norma que impide la adquisición por silencio de licencias, facultades o derechos que sean contrarios a la legislación o al planeamiento urbanístico. Se trata, por tanto, de una determinación legal de claro raigambre en nuestro ordenamiento y cuya pervivencia obliga a considerar que en ella se alberga una excepción a la regla general del silencio positivo establecida en el artículo 43.2 de la LRJPA, según redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

“En este sentido, la citada STS de 28 de enero de 2009 (casación en interés de la ley 45/2007) explica lo anterior en los siguientes términos:

“[...] 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 la 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 del 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 [...].’

“La continuidad de esa línea jurisprudencial es enfatizada en el Fundamento de Derecho Sexto de esa sentencia, al señalar:

“[...] 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 11.763/98), 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), [...].’

“Por el contrario, tratándose de planes de urbanismo, existe también una consolidada jurisprudencia que declara la operatividad del silencio positivo solo cuando se trata de aprobación del planeamiento general, o sus modificaciones o revisiones, o se trate de procedimientos iniciados a instancia de la Administración municipal con aprobación definitiva a cargo de la Administración autonómica.

“En ese sentido, viene al caso recoger aquí las consideraciones que se contienen en la STS de 27 de abril de 2009 (recurso de casación 11342/2004), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, dijimos:

“[...] Nuestro ordenamiento jurídico no contempla, por principio, que las disposiciones de carácter general puedan resultar aprobadas por silencio positivo. En realidad, la propia naturaleza normativa de tales disposiciones, además de la concreta regulación de los procedimientos para su elaboración y aprobación, vienen a excluir esa posibilidad de aprobación por silencio. Pero, como excepción a esa regla, la legislación urbanística ha venido admitiendo que los instrumentos de planeamiento urbanístico –cuyo carácter de disposiciones de carácter general queda reconocido en una jurisprudencia consolidada y unánime– puedan ser aprobados por silencio. Claro exponente de ello lo tenemos en los artículos 40.1 y 41.2 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, de los que esta Sala ha hecho aplicación en ocasiones anteriores, no solo a propósito de instrumentos de desarrollo sino también con relación a la aprobación por silencio de planes generales de ordenación –sirvan de muestra las sentencias de 27 de diciembre de 1995 (apelación 5436/91) y 25 de junio de 2008 (casación 4334/04). Pero la figura del silencio positivo en la aprobación de instrumentos de planeamiento se contempla también en otras normas mucho más recientes, y por ello mismo no aplicables al caso que nos ocupa, como son el artículo 11, apartados 4 y 5, de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, y el artículo 11, apartados 5 y 6, del texto refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

“Vemos así que la aprobación de toda clase de instrumentos de ordenación urbanística por silencio administrativo es una constante en nuestro ordenamiento; y es una previsión a la que, además, se atribuye de forma expresa el carácter de norma básica (disposición final primera de la Ley 8/2007 y disposición final primera del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

“La aprobación por silencio de los planes urbanísticos también aparecía contemplada en el artículo 114.3 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, norma que se complementaba con la contenida en el artículo 120 de ese mismo texto refundido, cuyo apartado 2 excluía sin embargo el silencio positivo, entre otros supuestos, cuando el plan contuviere determinaciones contrarias a la Ley o a planes de superior jerarquía. Pero, como hemos tenido ocasión de señalar en sentencia de 25 de junio de 2008 (casación 4334/04), la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 114 y 120 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, por sentencia 61/1997, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional, tuvo como consecuencia la renacida vigencia de lo que disponía el texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, entre cuyos preceptos está su artículo 40.1, que, por remisión al artículo 41.3 del propio Texto, contempla el silencio positivo cuando no se resuelve en el plazo legalmente previsto, sin que en dicha norma se contenga prevención ni salvedad alguna acerca del silencio *contra legem*.

“Esa regulación contenida en los artículos 40 y 41 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 –con el complemento de lo que dispone el artículo 133 del Reglamento de Planeamiento aprobado por el Real Decreto 2159/1978, al que luego nos referiremos– es la aplicable al caso; y ha continuado en vigor, al menos en lo que se refiere a planes generales, hasta que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (artículo 11.5 y 6) y el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008 (artículo 11.4 y 5) han abordado una nueva regulación del sistema de aprobación por silencio de los instrumentos de ordenación urbanística, nueva regulación esta a la que se atribuye expresamente el carácter de normativa básica y en la que, por cierto, tampoco se contiene limitación ni excepción alguna a la aprobación por silencio en caso de que el instrumento de ordenación contenga determinaciones contrarias a la ley a un plan de superior jerarquía.

“Es cierto que entre la regulación del texto refundido de 1976 (artículos 40 y 41) y los preceptos de la Ley del Suelo de 2007 y del texto refundido de 2008 a los que acabamos de referirnos hubo otras aportaciones legislativas, como las introducidas por el Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre (artículos 6.3 y 7, párrafo segundo), o por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, que modificó el artículo 16 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, introduciendo en

ese artículo un apartado relativo al silencio (artículo 16.3). Pero tales preceptos no son relevantes para el caso que nos ocupa pues únicamente se refieren a la aprobación por silencio de los instrumentos de desarrollo, siendo así que aquí nos encontramos ante la modificación de un Plan General.’

“En el Fundamento de Derecho Sexto de esa misma Sentencia, declaramos:

“[...] Pues bien, en lo que se refiere a la aprobación de instrumentos de planeamiento lo que establecen los artículos 40.1 y 41.2 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 obliga a afirmar que la regla general es la del silencio positivo, coincidente, por tanto, con la que resulta del artículo 43.2 de la Ley 30/1992, según redacción dada por la Ley 4/1999. Pero, a diferencia de lo que sucede en materia de licencias, con relación a los instrumentos de planeamiento no existe la norma con rango de ley que impida su aprobación por silencio *contra legem*. No pueden invocarse a tal efecto los ya citados artículos 178.3 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 242.6 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 –ni, en el caso específico de Navarra, disposición adicional cuarta de la Ley Foral 10/1994– pues tales disposiciones se refieren a la adquisición por silencio de licencias, derechos o facultades, pero no a la aprobación de instrumentos de planeamiento por esta vía. Como hemos visto, en el mismo texto refundido de 1992 había un precepto, el artículo 120, que, en claro paralelismo con lo establecido para las licencias en el mencionado artículo 242.6, estaba específicamente encaminado a impedir que pudiese resultar aprobado por silencio un instrumento de planeamiento que fuese contrario a la ley o a planes de superior jerarquía. Pero sabemos que ese artículo 120 del texto refundido de 1992, lo mismo que el artículo 114 con el que guarda estrecha relación, fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

“Así las cosas, a efectos de enervar la regla general de silencio positivo tampoco puede invocarse el artículo 133 del Reglamento de Planeamiento aprobado por el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio. En primer lugar, porque se trata de una norma reglamentaria y, por tanto, insuficiente para fundamentar en ella una excepción a lo establecido en normas de rango legal en favor del silencio positivo, que, como determina el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, es el que opera [...] *salvo que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario europeo establezca lo contrario*. En segundo lugar porque, a diferencia de lo que quiso

establecer el fallido artículo 120 del texto refundido de 1992 –que declaraba *inaplicable* el silencio tanto si el expediente no contenía los documentos requeridos como en el caso de que el Plan contuviese determinaciones contrarias a la Ley o a un plan de superior jerarquía– el citado artículo 133 del Reglamento de Planeamiento establece un régimen diferente para cada uno de esos supuestos: si el Plan no contiene los documentos y determinaciones requeridos *no habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo* (artículo 133.2); si el Plan contiene determinaciones contrarias a la Ley o a un plan de superior jerarquía *la aprobación definitiva obtenida por silencio será nula* (artículo 133.3). Fácilmente se advierte que la respuesta es bien distinta: en el primer caso, el silencio administrativo positivo, sencillamente, no opera; en el segundo, se produce la aprobación por silencio, si bien la norma señala que la aprobación así obtenida estará viciada de nulidad, con las consecuencias que ello comporta de cara a su posible impugnación.’

“Razones similares se indican en la posterior sentencia de 30 de septiembre de 2009 (recurso de casación 2978/2005).

“En el caso concreto de la regulación contenida en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, el artículo 63, al regular los plazos máximos para las aprobaciones de los planes y sentido del silencio administrativo, establece respecto del planeamiento general:

“‘1. La aprobación definitiva de los planes generales y de los planes de sectorización, así como de sus modificaciones y revisiones, deberá resolverse en el plazo de cuatro meses a contar desde que el municipio interesado presente el expediente completo, comprensivo del proyecto de Plan y las actuaciones practicadas en el procedimiento de aprobación municipal, en el registro de la Consejería competente en materia de ordenación urbanística.

“‘2. El mero transcurso del plazo fijado en el número anterior sin notificación de acuerdo expreso alguno determinará la aprobación definitiva, por silencio administrativo positivo, del correspondiente Plan General o Plan de Sectorización de iniciativa pública, en los mismos términos de la provisional municipal. La eficacia de la aprobación definitiva por silencio administrativo, que solo podrá hacerse valer por el municipio interesado, quedará condicionada a su publicación por este en la forma determinada por esta Ley [...].’

“Distinto es, en cambio, el sentido del silencio cuando se trata de instrumentos de planeamiento promovidos por particulares, pues existe también una consolidada jurisprudencia de que en tales supuestos el silencio tiene carácter negativo.

“Es el caso de la STS de 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 5088/2005) en la que se declara que no cabe considerar aprobado por silencio positivo un estudio de detalle (último peldaño de los instrumentos de ordenación urbanística) presentado ante el Ayuntamiento por una entidad mercantil y, más en concreto, el supuesto a que se refiere la STS de 17 de noviembre de 2010 (recurso de casación 1473/2006) en la que explicamos la diferencia de régimen del silencio en la aprobación de planes según sean promovidos por la Administración o particulares en los siguientes términos:

“‘Desde esa clara diferencia entre la ordenación urbanística, como servicio público, y la edificación, como derecho del propietario, negamos en esta Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 5088/2005) la posibilidad de considerar aprobado por silencio positivo un estudio de detalle promovido por un particular, porque el repetido artículo 43.2 de la Ley 30/1992, redactado por la Ley 4/1999, exceptúa de la regla general del silencio administrativo positivo los procedimientos cuya estimación conlleve la transferencia al solicitante de facultades relativas al servicio público, cual es la de urbanizar derivada de la aprobación de un instrumento de ordenación, mientras que en los supuestos resueltos por las otras dos sentencias anteriores se trataba de una administración urbanística, precisamente un ayuntamiento, que presentó la modificación de un plan general ante la Administración autonómica competente para aprobarlo definitivamente, sin que esta hubiese resuelto en plazo, por lo que declaramos aprobada por silencio positivo la referida modificación del Plan General, ya que tal aprobación por silencio no viene exceptuada de la regla general contenida en el artículo 43, inciso primero, de la Ley 30/1992, pues el Ayuntamiento es una administración pública territorial que ostenta originariamente la potestad de urbanizar, de manera que no hay que transferirle facultades relativas a ese servicio público.

“‘[...] La tesis mantenida por esta Sala y Sección del Tribunal Supremo es la que el legislador había incorporado, antes de ser pronunciadas las tres sentencias, al ordenamiento estatal del suelo en los apartados 4 y 5 del artículo 11 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, reco-

gida en el artículo 11.5 y 6 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y, aunque estos textos legales no fuesen aplicables por razones temporales a los casos resueltos por las tres comentadas sentencias, resultan claramente orientadores respecto del diferente tratamiento legal a las Administraciones Públicas y a los particulares en relación con la aprobación por silencio positivo de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

“[...] Los artículos 11.4 y 5 de la nueva Ley 8/2007 y 11.5 y 6 del texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, distinguen primero cuando la iniciativa está abierta a los particulares o cuando se inicia de oficio por una administración diferente de la que debe aprobarlo, y contemplan después en aquel caso tanto los instrumentos de ordenación como los de ejecución y en el otro cualquier instrumento de ordenación y no solo el planeamiento urbanístico de desarrollo.

“Si es una administración pública competente para instruir y elaborar un instrumento de ordenación urbanística quien lo presenta para su aprobación ante la Administración que ha de aprobarlo definitivamente, el planeamiento se entiende aprobado por silencio positivo en el plazo que, al efecto, señale la legislación urbanística.

“Por consiguiente, cabe afirmar que la regla es el silencio positivo cuando es una administración la que inicia de oficio la tramitación o elaboración de cualquier instrumento de ordenación y a otra le corresponde aprobarlo definitivamente.

“El plazo para entender definitivamente aprobado el planeamiento al efecto presentado será el fijado en la legislación urbanística autonómica.”

### **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2012. JUR\2012\377735. Legalidad de Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y de Gestión de los Residuos**

#### **Antecedentes**

Recurso de casación núm. 5582/2010.

Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí.

El Tribunal Supremo establece las diferencias entre la imposición de una obligación de limpieza viaria y el desarrollo del deber de colaboración de los ciudada-

nos, con ocasión de la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y de Gestión de los Residuos, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid en sesión ordinaria de fecha 27 de febrero de 2009.

#### **Extracto de doctrina**

“[...]”

“QUINTO.– En relación con el artículo 10 de la Ordenanza Municipal citada, considera la parte recurrente que la sentencia al anular el precepto vulnera determinados preceptos de la Ley del Suelo, y artículo 45 de la Constitución, el artículo 18.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, la Ley 10/1998 de Residuos, y otras normas. Trata de fundamentar que no nos encontramos ante una imposición de obligación de limpieza viaria sino ante el desarrollo del deber de colaboración de los ciudadanos que ya constituía una práctica anterior y que entronca con el deber de conservación del medio ambiente y el suelo como recurso natural.

“Dispone el artículo 10 de la Ordenanza:

“Sin perjuicio de las competencias municipales en materia de limpieza, se establece el deber de colaboración de la ciudadanía en los siguientes supuestos:

“1. La limpieza de las aceras en una anchura mínima de dos (2) metros. Si la acera es de mayor ancho, en la franja más próxima a la fachada y en longitud, se prestará por:

“a) Quienes habiten en el edificio en el caso de las aceras correspondientes a sus fachadas, con independencia de cual sea la función o destino de la edificación.

“b) Quienes desarrollen la actividad, cuando se trate de comercios o tiendas situadas en la planta baja o que tengan acceso directo desde la vía pública, y en proporción a la parte de acera situada en su frente.

“c) La Administración o ente que ostente la titularidad, cuando se trate de aceras correspondientes a edificios públicos.

“d) La propiedad, en el caso de aceras correspondientes a solares sin edificar.

“Los residuos obtenidos de la limpieza a que se refiere este apartado serán depositados en los recipientes que el Ayuntamiento pone a disposición de la vecindad para la recogida de la fracción correspondiente, estando totalmente prohibido dejarlos directamente en la vía pública o en cualquier otro tipo de recipiente.

“2. En caso de nevada, quienes habiten en fincas urbanas y quienes tengan a su cargo la limpieza de

edificios públicos y establecimientos de toda índole, colaborarán en la limpieza de hielo y nieve de las aceras en la longitud correspondiente a su fachada, y en una anchura mínima de dos metros, si la acera es de mayor ancho, depositando la nieve o hielo recogido a lo largo del borde de la acera.’

“En el escrito de contestación a la demanda el Ayuntamiento de Madrid sustentó la pretensión de legalidad del precepto en las competencias del municipio recogidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, artículos 25.2 y 26.1 a), y en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, artículo 9.1. No se alegaron otros preceptos ni leyes para defender la legalidad de este precepto de la Ordenanza.

“No hay duda alguna que la sentencia de instancia ha recogido la verdadera naturaleza del precepto; es decir, la imposición de una obligación en su categoría de prestación de carácter personal, al recoger la expresión ‘se prestará por [...]’ y con las precisiones de quien lo realizará –sujetos obligados– y con qué alcance se realizará –extensión y contenido del deber–. No cabe interpretar la misma como mantiene la recurrente como la integración de un deber de colaboración que no contiene nota alguna de voluntariedad, sino de actividad coactiva y exigible para aquellos que vivan o desempeñen actividades o servicios en aceras de unas determinadas características recogidas en el precepto. No hay infracción alguna de los preceptos que cita la recurrente y que sí fueron recogidos en el escrito de contestación a la demanda y referenciados por la sentencia, puesto que no estamos ante una llamada a la colaboración ciudadana, en forma de participación voluntaria, sino ante una verdadera obligación –acción–, cuya omisión puede integrar un tipo infractor concreto susceptible de ser sancionado. La redacción del precepto efectivamente vulnera el artículo 31.3 de la Constitución.

“Atendiendo al artículo 9 de la propia Ordenanza que se intitula ‘Cumplimiento de obligaciones’ y cuyo contenido es ‘Todas las personas físicas y jurídicas están obligadas al cumplimiento de las disposiciones del presente Título y las que en materia de limpieza general y mantenimiento del ornato público, apruebe en cualquier momento el Ayuntamiento en el ejercicio de sus facultades’ se observa que el precepto analizado adquiere los tintes de obligatoriedad para todas las personas físicas y jurídicas afectadas por quedar dentro del ámbito subjetivo de la prescripción normativa. Ello

además, puesto en relación con el Título VI, Capítulo 2.º de la Ordenanza, en cuanto a la graduación de las infracciones y determinación de las sanciones correspondientes determina la existencia y reconocimiento para la Administración local de la potestad de sancionar. Así se dispone en el artículo 86.3 de la Ordenanza:

“‘Artículo 86. Infracciones leves:

“‘Se considerarán infracciones leves:

“‘3. El incumplimiento de cualquier obligación establecida en los títulos I al IV de la presente Ordenanza o la omisión de los actos a que obliga, siempre que no estén considerados como infracciones graves o muy graves en los artículos 87 y 88.’

“Recordemos que, por tanto, si acudimos ante las previsiones del artículo 129 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común: ‘Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local’, observamos que concurren todos los elementos que determinan que nos encontremos ante una obligación de carácter personal, que la Administración pretende imponer a los administrados, y tipificando la misma, recoge la sanción a imponer en caso que no se observe la misma. Ello determina sin lugar a duda, que no podamos considerar la misma como deber de colaboración voluntaria entendida como ‘trabajo conjunto’ y voluntario, sino que la Administración ejerce su *potestas* e impone la misma a los administrados determinados.

“Además de lo anterior, también debe precisarse que la conducta impuesta supone vaciar de contenido la competencia municipal sobre la limpieza y recogida de residuos al trasladar al administrado el deber concreto de limpiar, recoger y depositar los residuos que se encuentran en las vías públicas. Con lo cual el mandato prevenido en el artículo 25.2 l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, 4.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, y queda sin contenido en aquellos casos en que las aceras cumplan determinadas características para pasar a imponerse a los residentes y personas jurídicas empresarias de esa zona en concreto. Incluso la propia Ordenanza en su artículo 3 recoge la competencia del municipio para la limpieza de las vías y espacios públicos y el artículo 26 la competencia del Ayuntamiento en el servicio de recogida y transporte de residuos urbanos prestado por el Servicio Municipal con la frecuencia y

horarios adecuados. Por otra parte, el artículo 25 de la Ordenanza recoge la consideración como ‘residuo general’ aquel que proviene de la limpieza viaria. Al no integrar, por tanto, esta conducta, ‘colaboración voluntaria’ de los ciudadanos del municipio no cabe entender vulnerado el artículo 18.1 b) de la citada Ley 7/1985, ni por conexión el artículo 226 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

“Por último, para acabar con el examen de este artículo, la parte recurrente cita, al igual que hizo en el escrito de contestación, el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, para fundamentar la procedencia en derecho de este precepto. El artículo 9 de la citada norma se titula ‘Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas’ y de su redactado en modo alguno se infiere que las aceras públicas, pertenecientes al dominio público local –artículo 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, artículos 2 y 3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales–, queden dentro de los derechos, facultades, deberes, cargas del derecho de propiedad privada, y de la función social que ha de cumplir, según nace del artículo 33 de nuestra Constitución. No existe vulneración alguna del artículo 9 Real Decreto Legislativo 2/2008 puesto que no existe relación alguna.

“SEXTO.– En el subapartado segundo del único motivo articulado analiza la recurrente la anulación del artículo 76 de la Ordenanza, cuyo contenido es el siguiente:

“De conformidad con la legislación vigente, el personal al que se hace referencia en el artículo anterior, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, tendrá la condición de agentes de la autoridad, estando facultados para acceder sin previo aviso, identificados mediante la correspondiente acreditación, a las instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza. Estarán asimismo facultados para inspeccionar el contenido de las bolsas de basura o demás contenedores de residuos.’

“La sentencia de instancia considera que este precepto es nulo por cuanto infringe derechos fundamentales de la persona en cuanto potenciales reveladores de aspectos inequívocos de su vida privada, y, por tanto, que pueden afectar a su derecho al Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen, protegidos por la Ley

1/1982, de 5 de mayo y por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, en un momento en el que todavía se encuentran en la esfera de exclusión de terceros así como por la falta de concreción respecto a los lugares en los que se pueden realizar esas inspecciones por parte del personal inspector.

“El artículo 75 de la Ordenanza precisa quién será este personal, que con las prerrogativas de agente de la autoridad puede realizar tales inspecciones en las ‘instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza’.

“La Ordenanza no recoge una definición concreta de los lugares o instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en la Ordenanza, siendo que la misma obliga, según lo previsto en el artículo 31.2.º a: ‘depositar dichos residuos (urbanos generales) separadamente en recipientes específicos suministrados por el Ayuntamiento.’ Y desde ese momento, desde la entrega en debida forma –‘en las fracciones y condiciones exigidas en la presente Ordenanza’ (artículo 27.1)– la Administración adquiere el poder de disposición sobre los mismos a los efectos de llevar a cabo las actividades propias del Servicio Público (valorización, selección, reciclado, eliminación, en definitiva la gestión).

“Según la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, vigente hasta el 30 de junio de 2001, recoge diversas definiciones a los efectos de la Ley y, son reproducidas también en la Ley autonómica 5/2003, de 20 de marzo, así como también en la Ordenanza impugnada, en el artículo 24 y 25. Cada una de estas definiciones será relevante a los efectos de configurar un régimen jurídico respecto a cada tipo de sujeto poseedor/productor/gestor y con respecto a cada variable de residuo (vidrio, papel y cartón, residuos sanitarios, etc.). Es procedente, acudir a la definición de ‘instalaciones’ que realiza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a los efectos de poder ver si con ella se concreta el precepto. Así, el término ‘instalaciones’ se define como: ‘Acción o efecto de instalar o instalarse. Conjunto de cosas instaladas’. El verbo ‘instalar’, seguidamente, como: ‘3.– Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar, como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos de luz, etc.’. A partir de esta definición, se determina con claridad que la inspección no se realiza en cualquier lugar sino en aquellos de libre acceso en los que exclusivamente se realizan actividades recogidas y relacionadas en la Ordenanza, como son el depósito, almacenaje, distribución y separación selectiva, etc. Por tanto, no se

produce la vulneración e inconcreción que mantiene la sentencia porque exclusivamente esas 'instalaciones', lugares, son los que podrán ser inspeccionados por los funcionarios agentes de autoridad. No existe colisión con otros lugares cuyo acceso pudiera hacerse depender del consentimiento del titular por estar protegido constitucionalmente.

"Y es, no cabe duda que las 'instalaciones en las que se desarrolle la actividad' reguladas en esta Ordenanza es un concepto que es fundamental y que otorgará legitimidad/autoridad para el ejercicio de la potestad de inspección y apertura de bolsas de basura u otro tipo de recipientes. Dependerá, por ejemplo, si el edificio es de nueva construcción, en los que según la Ordenanza, artículo 39, deberá disponerse de un local destinado al almacenamiento de los contenedores normalizados; asimismo, dependerá del tipo de residuo (por ejemplo vidrio, que según el artículo 38 deberá depositarse en grandes contenedores en la vía pública). Es decir, la Ordenanza concreta, con el vocablo 'instalaciones', tal y como hemos definido, cómo y dónde se va a realizar la inspección de los lugares en los que se realicen las actividades que recoge la Ordenanza y, sin perjuicio de un desarrollo posterior respecto de este término al amparo de las especificidades de determinados residuos que pudieran determinar nuevas obligaciones de depósito y almacenaje que la comunidad hubiera de asumir.

"Ha lugar al recurso de casación y se casa la sentencia de instancia en relación a la declaración de nulidad del artículo 76 de la Ordenanza, se desestima el recurso contencioso-administrativo en relación al mismo y se declara conforme a derecho.

"SEPTIMO.— Por último, debe tratarse el tercer precepto anulado por la sentencia de instancia, artículo 78.3.º de la Ordenanza Municipal, bajo el epígrafe 'sujetos responsables', cuyo contenido es el siguiente:

"3. Cuando se trate de obligaciones colectivas, tales como uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados, limpieza de zonas comunes, la responsabilidad será atribuida a la respectiva comunidad de propietarios o habitantes del inmueble cuando aquella no esté constituida, y, al efecto, las denuncias se formularán contra la misma o, en su caso, la persona que ostente su representación."

"La sentencia de instancia anula el precepto al considerar:

"Por último resta por analizar si el artículo 78.3.º de la Ordenanza que hemos transcrito más arriba realiza

una innovación legislativa al proponer una nueva clase de obligaciones, las colectivas, no previstas en el Código Civil. Que no debe confundirse el hecho de que la comunidad de vecinos sea titular de obligaciones y derechos comunes, con el hecho de que porque uno de sus vecinos sea infractor pueda sancionarse a toda la comunidad de vecinos.

"El párrafo 3.º es contrario al artículo 130 de la Ley 30/1992 que señala que 1. *Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.*

"El respeto al principio de culpabilidad exige que solamente las personas físicas o jurídicas puedan ser responsables de las infracciones, por lo que procede la anulación de dicho párrafo."

"Con respecto a este precepto cabe anticipar un pronunciamiento estimatorio del recurso y, mediante una interpretación sistemática del mismo, declarar el mismo conforme a derecho, al no vulnerar el principio de culpabilidad.

"En primer lugar, debe ponerse el acento en que la responsabilidad que atribuye el precepto 'a la respectiva comunidad de propietarios o habitantes del inmueble cuando aquella no estuviere constituida', lo es exclusivamente cuando se trate de obligaciones colectivas. Entra, por tanto, en el debate, qué se considera obligaciones colectivas. La respuesta la otorga el propio precepto al recogerlas expresamente, y son: 'uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados' y 'limpieza de zonas comunes'. A ellas nos referiremos.

"a.— Con referencia a la primera conducta a analizar, relativa al uso limpieza y conservación de los recipientes normalizados, que recoge el artículo 78.3 de la OLGR.

"En primer lugar, cabe destacar que esta conducta va referida a los 'recipientes normalizados' en cuanto a aquellos contenedores normalizados —artículo 31 OLGR— que el Ayuntamiento entrega para el depósito de residuos urbanos a las entidades usuarias del servicio y que estas deben custodiar y dar el uso efectivo, sacándolos a la vía pública en la hora y lugar indicados —artículos 32, 33, 34 y 35 OLGR— y respecto de los que el Ayuntamiento ostenta la titularidad municipal y con destino exclusivo de depósito de residuos para la posterior recogida de los mismos.

“Con respecto al uso de estos contenedores normalizados el artículo 33 OLGR dispone:

“Artículo 33. Normas de uso de los recipientes normalizados

“1. Los recipientes normalizados que entrega el Ayuntamiento para el depósito de residuos urbanos son de titularidad municipal, debiendo utilizarse exclusivamente para el depósito de dichos residuos generados en el término municipal de Madrid, y en ningún caso podrán ser trasladados fuera del mismo.

“En caso de cese de actividad, la entidad usuaria de los recipientes está obligada a comunicar dicha circunstancia al servicio municipal competente, con objeto de que procedan a su retirada.

“2. Las personas físicas o jurídicas usuarias están obligadas a presentar los residuos de envases ligeros y restos en bolsas diferentes y cerradas, debiendo depositarlas en sus correspondientes recipientes diferenciados por el color: bolsas con residuos de envases ligeros en el cubo o contenedor amarillo y residuos de restos en el cubo o contenedor de tapa naranja.

“Estas bolsas deberán ser de plástico o de cualquier otro material con la suficiente resistencia para el cierre, contención y aislamiento íntegro de su contenido.

“Asimismo, tienen la obligación de depositar el vidrio, el papel, los cartones y los embalajes debidamente plegados en el interior de sus respectivos recipientes homologados.

“3. Se prohíbe el depósito de residuos a granel, así como de residuos que contengan líquidos o sean susceptibles de licuarse en los recipientes suministrados por el Ayuntamiento de Madrid.

“4. Se prohíbe depositar los residuos domiciliarios en papeleras o cualquier elemento similar.

“5. Si como consecuencia de una deficiente presentación de los residuos se produjeran vertidos en los espacios públicos, la persona o entidad causante será la responsable de la suciedad ocasionada.

“6. Queda prohibido manipular o extraer residuos de los recipientes de recogida de residuos.

“7. Se prohíbe cambiar la ubicación de los recipientes de recogida de residuos fijados por el servicio municipal, así como producir daños en el mobiliario urbano relacionado con la recogida de residuos.

“8. Se prohíbe abandonar, depositar, verter o eliminar residuos en espacios públicos de forma incontrolada, así como los derivados del consumo privado.”

“En lo que se refiere a la conservación y limpieza de los recipientes normalizados, el artículo 34 de la Ordenanza dispone:

“Artículo 34. Conservación y limpieza de los recipientes normalizados

“Las operaciones de conservación y limpieza que, en su caso, exijan los recipientes serán de cuenta de la comunidad de propietarios o de quienes habiten el inmueble, cuando aquella no esté constituida, cuando se trate de edificios destinados a vivienda. Cuando sean edificios públicos o establecimientos comerciales, será responsabilidad de la propiedad, debiendo unos y otros, en cada caso, determinar el personal que haya de realizar tal cometido, sin perjuicio de las acciones que, a los mismos efectos, realicen los Servicios Municipales.”

“La Sala de instancia ha anulado el precepto partiendo de la interpretación que el artículo 33 OLGR recoge obligaciones colectivas pero de su contenido no se trasluce lo anterior. El artículo 33.2, 33.3 y 33.4 OLGR se refiere a obligaciones individuales de los comuneros, mientras que el artículo 78.3 se refiere a obligaciones colectivas. Estas obligaciones colectivas hay que referirlas al uso, conservación y limpieza de los contenedores normalizados a disposición de cada Comunidad en el habitáculo o instalación habilitada para ello, y que se refieren al uso consustancial a esa actividad, que comprende a título enunciativo, sacarlos a la vía pública en el momento y lugar determinados, mantenerlos en condiciones aptas para su fin, recogerlos en el tiempo previsto tras la recogida, etc. No cabe referir el artículo 78.3 al uso de cada uno de los comuneros en cuanto al cumplimiento de las previsiones y normas previstas para la selección y depósito de los residuos urbanos –artículo 33.2, 33.3 y 33.4 OLGR, ya que en tal caso sí cabría plantearse la posible colisión con el principio de culpabilidad y responsabilidad previsto en el artículo 130.1.3 de la Ley 30/1992, al atribuirse la misma a la comunidad de propietarios por acciones u omisiones de los comuneros. Pero este debate no se suscita si referimos al citado artículo 78.3 OLGR al incumplimiento de específicos deberes impuestos a la comunidad de propietarios con independencia de los que corresponden a los diferentes copropietarios.

“Interpretando así el precepto 78.3 no puede recibir reproche alguno de legalidad que motive su expulsión de la Ordenanza porque se refiere y recoge una cláusula de atribución de responsabilidad sobre con-

ductas u omisiones propias de la comunidad de propietarios recogidas en la misma. No existe, así por tanto, vulneración del principio de culpabilidad, artículo 130.1 párrafo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al configurarse la misma sobre deberes que asume la comunidad de propietarios o habitantes del inmueble en caso de no constituirse.

“b.– En segundo lugar, el precepto 78.3.º de la Ordenanza atribuye responsabilidad directa a la comunidad de propietarios o habitantes del inmueble en caso de no estar constituida la comunidad para la concreta actuación de ‘limpieza de zonas comunes’. No existe duda alguna que en caso de incumplimiento de esta conducta es la comunidad de propietarios quien debe responder de tal incumplimiento, según lo previsto en la Ley 49/1960, de 21 de Julio de Propiedad Horizontal.

“El Ayuntamiento de Madrid, según los preceptos ya citados, artículo 25.2 l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, artículo 4.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, artículos 5.1 y 2 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Residuos de la Comunidad de Madrid, ostenta la competencia en materia de recogida, transporte, selección, valorización, y, en su caso, eliminación de los residuos urbanos municipales.

“El artículo 3.1 de la OLGR dispone: ‘Competencias locales.– El Ayuntamiento de Madrid es competente para la limpieza de las vías y espacios públicos y para la gestión y el tratamiento de los residuos urbanos o municipales generados y depositados en el municipio en la forma en que se establece en la presente Ordenanza y en los términos previstos en la legislación de residuos estatal y autonómica y en la legislación de régimen local’.

“El artículo 8 recoge: ‘Definición de espacio público.– 1. A los efectos de esta Ordenanza se consideran espacios públicos los espacios de dominio y uso público destinados a posibilitar el movimiento de los peatones, vehículos o medios de transporte colectivos de superficie, habituales en las áreas urbanas, así como la estancia de peatones o el estacionamiento de vehículos en dichos espacios.

“‘2. También tendrá la consideración de espacio público a efectos de limpieza, conservación y mantenimiento las demás zonas cuya conservación y policía sean de titularidad y competencia municipales, incluidos los parques, ámbitos ajardinados, jardines y demás zonas verdes’.

“El artículo 11 dispone: ‘Limpieza de zonas particulares.– 1. La limpieza de las calles, aceras, pasajes, pa-

tios interiores de manzana, superficies ajardinadas y demás zonas comunes de dominio particular deberá llevarse a cabo por la propiedad, de acuerdo con los estándares de calidad establecidos por el Ayuntamiento para el espacio público.

“‘2. Cuando dichos niveles no sean alcanzados, el Ayuntamiento, previa orden a la propiedad, si esta no fuese atendida, podrá realizar la limpieza de esas zonas por ejecución sustitutoria.

“‘El coste que se derive de dicha actuación en sustitución del obligado será de cargo de este, independientemente de las sanciones que, en su caso, procedan’.

“El Ayuntamiento estará habilitado, en uso de sus competencias, para iniciar expediente sancionador contra la comunidad de propietarios así como adopción de medidas cautelares, de restauración o ejecución subsidiaria en aquellos supuestos en los que la limpieza de las zonas comunes de la Comunidad afecte a los espacios públicos tal y como resulta definido en el artículo 8 de la Ordenanza y, teniendo en cuenta que según el artículo 11 de la citada se refiere a zonas particulares pero que afectan o son espacio público.

“Ha lugar al recurso de casación respecto al precepto 78.3.º de la Ordenanza y casando la de instancia, se declara conforme a derecho el mismo conforme a la interpretación que se ha expuesto relativa al ‘uso’ de los recipientes normalizados.” ■



31 QDL

**Documentos e informes jurídicos**





---

# Informe sobre viabilidad jurídica de suscribir un convenio de colaboración en materia de recaudación entre el organismo provincial de recaudación (OPAEF) y una entidad local autónoma, distinto al que tiene suscrito con la entidad local matriz

Fernando Fernández-Figueroa Guerrero  
*Secretario general de la Diputación de Sevilla*

En atención a la petición de la Entidad Local Autónoma de ....., recibida en este Servicio Jurídico Provincial el 25/07/2012, se emite informe jurídico en relación con el asunto de referencia.

## Antecedentes

**Único.**– La Entidad Local Autónoma de ..... proyecta firmar un convenio con el Servicio Provincial de Recaudación de Sevilla (OPAEF) para que se encargue de la recaudación, tanto en período voluntario como ejecutivo, de las tasas e impuestos de competencia de la citada Entidad.

Desde el OPAEF se han suscitado dudas, que ahora somete la Entidad Local Autónoma al presente informe, sobre la legalidad de tal acuerdo, debido a que las competencias de recaudación han sido previamente delegadas por el Ayuntamiento de .....

Para analizar el supuesto planteado es preciso indicar los siguientes antecedentes:

I.– La Entidad Local Autónoma se creó mediante el Decreto 95/1999, de 20 de abril, donde se establecía que la nueva Entidad ejercería las competencias propias previstas en el artículo 53.1 de la Ley 7/1993, de 27 de julio, reguladora de la Demarcación Municipal de Andalucía, y las delegadas atribuidas por acuerdo plenario del Ayuntamiento, de 29 de octubre de 1998.

II.– La Dirección General de la Administración Local de la Consejería de Gobernación se pronunció, mediante resolución de 16 de febrero de 2001, respecto a determinadas discrepancias surgidas en relación con la determinación de los recursos económicos entre la Entidad y el Ayuntamiento matriz, y se reconoció la necesidad de que la Entidad Local Autónoma contara con suficientes facultades para la liquidación y recaudación de impuestos y tasas.

III.– El Ayuntamiento de ..... mediante acuerdo de Pleno, de 28 de noviembre de 2002, determinó los recursos financieros que correspondían a la Entidad Local Autónoma, y delegó en la misma la gestión, recaudación e inspección de impuestos municipales cuyo sujeto pasivo y hecho imponible se situaran en el ámbito territorial de esa Entidad Local Autónoma, correspondiendo al Ayuntamiento matriz la aprobación de su imposición y ordenación mediante ordenanza.

## Fundamentos jurídicos

**Primero.**– Hasta la entrada en vigor el 23 de julio de 2010 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), el régimen de las entidades locales autónomas en Andalucía se contenía en la Ley 7/1993, de 27 de julio, reguladora de la Demarcación Municipal de Andalucía, desarrollado desde el punto de vista reglamentario por el Decreto 185/2005, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Demarcación Municipal de Andalucía y del Registro Andaluz de Entidades Locales.

La disposición transitoria segunda de la LAULA establece que “Las entidades locales autónomas existentes a la entrada en vigor de la presente Ley y que se hubieren constituido bajo la vigencia de la Ley 7/1993, de 27 de julio, Reguladora de la Demarcación Municipal de Andalucía, y aquellas otras entidades de ámbito territorial inferior al municipio que se hubiesen constituido conforme a normativas anteriores, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley. No obstante mantendrán, si fuese el caso, el nivel de competencias y recursos de que dispusiesen si fuesen en algún aspecto superior al contemplado en esta Ley”.

La actual regulación del ámbito financiero de las entidades locales autónomas en la Ley 5/2010, se ca-

racteriza por su configuración genérica, limitándose a señalar que se determinará por el Acuerdo, y ordenando una serie de reglas.

En este sentido, y en la medida en que no se opone a la nueva Ley, entendemos que permanece vigente el Decreto 185/2005, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Demarcación Municipal de Andalucía y del Registro Andaluz de Entidades Locales, en cuyo artículo 56 se indica tanto que “en ningún caso el Ayuntamiento podrá delegar las competencias que ejerza a su vez por delegación de otra Administración, ni aquellas a las que el interés general de la población o la normativa que le sea de aplicación no les haga susceptibles de ejercicio a nivel inferior al municipal”, como que “la competencia delegada en la Entidad Local Autónoma no podrá ejercitarse por esta fuera de su ámbito territorial, ni prestarse de forma asociada o indirecta de forma que aleje de la vecindad al responsable directo de la prestación del servicio”.

Frente a la desconcentración de la gestión (mediante la creación de órganos sin personalidad jurídica, como distritos, barrios, aldeas, pedanías, o mediante la descentralización de los servicios municipales) prevista en el artículo 111 LAULA, en los artículos 112 y siguientes se regula la descentralización territorial municipal. El menor o mayor nivel de descentralización puede graduarse mediante la creación de entidades vecinales o de entidades locales autónomas. Las entidades vecinales se crean para la gestión descentralizada de servicios locales de interés general y ejecución de obras de la competencia municipal que asumen por delegación del Ayuntamiento. Las entidades locales autónomas suponen un mayor nivel de descentralización, y se crean para el gobierno y administración de sus propios intereses, diferenciados de los del resto del municipio, a cuyo efecto ostentan potestades de autoorganización, reglamentaria, tributaria, etc., y una serie de competencias de carácter marcadamente localizado en el casco urbano de la entidad (pavimentación de vías, alumbrado público, abastecimiento de agua, etc.), así como las competencias que puedan ser transferidas por el Ayuntamiento.

El artículo 113.3 LAULA establece que “Son entidades locales autónomas aquellas entidades locales creadas para el gobierno y administración de sus propios intereses diferenciados de los generales del municipio, a cuyo efecto ostentan la titularidad de competencias propias y las que puedan serle transferidas por el ayuntamiento”. Por tanto, consideramos preciso diferenciar

las competencias atribuidas como propias por la Ley 7/1993 y la Ley 5/2010 de las competencias delegadas por el Ayuntamiento, ya que estas últimas siguen siendo de titularidad de la entidad matriz a pesar de haberse delegado su ejercicio, de forma que la entidad delegada no puede a su vez volver a delegar la misma competencia salvo autorización expresa de una ley (artículo 13.5 Ley 30/1992). A este respecto, entendemos que las competencias atribuidas como propias implican la cesión de la titularidad, y en consecuencia en régimen de autonomía ejercida en el marco de las leyes que garantiza a la entidad la libertad de opciones en su gestión, es decir, podría delegar, o encomendar su ejercicio y utilizar cuantas formas de gestión directa o indirecta de servicios permitan las leyes.

Concretando la cuestión en relación con las competencias de recaudación de impuestos y tasas, el artículo 8 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, clarifica cómo debe prestarse el servicio municipal de recaudación, señalando que corresponde a las entidades locales y a sus organismos autónomos la recaudación de las deudas cuya gestión tengan atribuida, y se llevará a cabo:

1.º– Directamente por las entidades locales y sus organismos autónomos, de acuerdo con lo establecido en sus normas de atribución de competencias.

2.º– Por otros entes territoriales a cuyo ámbito pertenezcan cuando así se haya establecido legalmente, cuando con ellos se haya formalizado el correspondiente convenio o cuando se haya delegado esta facultad en ellos, con la distribución de competencias que en su caso se haya establecido entre la entidad local titular del crédito y el ente territorial que desarrolle la gestión recaudatoria.

3.º– Por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuando así se acuerde mediante la suscripción de un convenio para la recaudación.

En definitiva, los ayuntamientos de la provincia de Sevilla, o en su caso las entidades locales autónomas respecto a competencias propias, pueden delegar en el OPAEF la recaudación de impuestos y tasas, al tener la consideración de órgano de una entidad territorial a cuyo ámbito provincial pertenecen.

**Segundo.**– El siguiente paso lógico es analizar si las competencias de “recaudación de las tasas e impuestos” que la entidad local quiere delegar en el OPAEF son propias o delegadas. En este sentido, es preciso traer a colación los siguientes preceptos de la LAULA:

“Artículo 122. Potestades y prerrogativas de las entidades locales autónomas

“1. Las entidades locales autónomas tendrán, para el ejercicio de sus funciones, las siguientes potestades y prerrogativas:

“a) De autoorganización.

“b) De reglamentación de los servicios.

“c) Presunción de legalidad y ejecutividad de sus acuerdos.

“d) Revisión de oficio de sus propios actos.

“e) Administración, investigación, deslinde y recuperación de oficio de los bienes de su patrimonio.

“f) Inembargabilidad de los bienes y derechos de su patrimonio en los términos legalmente previstos.

“g) Tributaria y financiera, en orden a la imposición, ordenación y recaudación de tasas y contribuciones especiales.

“h) Sancionadora y de ejecución forzosa de sus actos.

“i) Prelaciones, preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública en relación con los créditos, sin perjuicio de las que correspondan a la hacienda de las demás administraciones públicas.

“2. Los acuerdos sobre disposiciones de bienes, operaciones de crédito y tesorería deberán ser ratificadas por el ayuntamiento, en sesión en la que un representante de la entidad local autónoma tendrá voz para intervenir en ese asunto.”

“Artículo 130. Recursos financieros de las entidades locales autónomas

“1. La hacienda de las entidades locales autónomas estará constituida por los recursos siguientes:

“a) Propios:

“– Ingresos procedentes de su patrimonio y demás de Derecho Privado.

“– Tributos, con excepción de los impuestos.

“– Producto de las multas.

“– Subvenciones.

“– Producto de las operaciones de crédito.

“– Precios públicos.

“– Las demás prestaciones de Derecho Público.

“b) Por participación en los tributos del municipio, mediante las asignaciones que se establezcan en el presupuesto de aquel.

“2. Serán aplicables a los recursos propios las normas reguladoras de los ingresos municipales, con las adaptaciones derivadas de su carácter.

“3. Los municipios en cuyo término existan entidades locales autónomas deberán consignar anualmente

en sus presupuestos una asignación económica destinada a nutrir el de estas, conforme a los criterios establecidos en el artículo 116.3.b) de la presente ley.

“4. Las asignaciones serán aprobadas por el pleno del ayuntamiento, cuyo acuerdo podrá ser impugnado por la entidad local autónoma ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

“5. Cuando el municipio sea receptor de transferencias de financiación derivadas de planes o programas específicos promovidos por otros niveles de gobierno o por la respectiva provincia, transferirá la parte proporcional a las entidades locales autónomas de su territorio, utilizando los mismos criterios de distribución municipal del plan o programa.”

Por otra parte, recordemos que el Ayuntamiento de ....., mediante acuerdo plenario de 28 de noviembre de 2002, delegó la gestión, recaudación e inspección de impuestos municipales cuyo sujeto pasivo y hecho imponible se situaran en el ámbito territorial de esa Entidad Local Autónoma, correspondiendo al Ayuntamiento matriz la aprobación de su imposición y ordenación mediante ordenanza.

De lo anterior se deduce que son propias las competencias de recaudación relativas a tasas [artículo 122.1.g)] y tributos a excepción de impuestos [artículo 130.1.a)], y que son competencias delegadas los impuestos municipales cuyo sujeto pasivo y hecho imponible se sitúen en el ámbito territorial de esa Entidad Local Autónoma.

## Conclusiones

Por todo lo expuesto, debemos concluir que no procede incluir en el proyectado convenio la delegación de las competencias que se ejerzan a su vez por delegación, en este caso los impuestos municipales que el Ayuntamiento de ..... delegó en la Entidad Local Autónoma mediante acuerdo plenario de 28 de noviembre de 2002. ■

Sevilla, septiembre de 2012

---

# Informe sobre reclamación de pago de trienios

Jorge Pueyo Moy

Letrado jefe del Servicio de Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Huesca

1. Cuestión planteada
2. Antecedentes
3. Fundamentos de derecho
4. Conclusión

## 1. Cuestión planteada

Mediante oficio de fecha 12 de diciembre de 2011, registrado de entrada el 21 del mismo mes, por ....., y ..... se solicita la emisión de informe jurídico relativo a la solicitud efectuada por funcionario de Administración local con habilitación de carácter estatal, actualmente diputado del Congreso, sobre abono de trienios y su cuantía.

## 2. Antecedentes

De la documentación remitida pueden extraerse las siguientes circunstancias fácticas de relevancia para la emisión del presente dictamen:

1.– Que el secretario-interventor ..... tomó posesión de su cargo como secretario-interventor de ..... en fecha 3 de julio de 1989.

2.– Que desde el 20 de noviembre de 2011 fue elegido diputado al Congreso de los Diputados, procediendo por ello situación de servicios especiales, situación que fue resuelta por resolución de 2 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Administración Local.

3.– Que mediante escrito de 9 de diciembre, formuló solicitud a ..... al objeto de que se procediera al pago de los trienios efectivos que le correspondieran desde el 1 de diciembre de 2011.

4.– Consultado por este Servicio Jurídico el Congreso de los Diputados acerca de si las asignaciones que perciben los diputados incluyen el complemento de antigüedad por los trienios que pudiera haber devenido un funcionario, se obtiene información negativa a este respecto, indicándose que no se percibe retribución por antigüedad.

5.– La demora en la elaboración de este informe ha sido debida a la espera por parte de este Servicio Jurídico de una respuesta escrita por el Congreso de los Diputados, certificando la imposibilidad de pago de trienios por parte del Congreso de los Diputados.

Esta certificación se ha recibido en esta Asesoría el día en que se emite este informe.

## 3. Fundamentos de derecho

**Primero.**– Se emite el presente dictamen en virtud de lo dispuesto en los artículos 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 68 a) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, que establecen que es competencia de las diputaciones provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión, y conforme a lo dispuesto en el Reglamento Provincial del Servicio de Asistencia Jurídica, Económico-financiera y Técnica de la Diputación Provincial de Huesca, publicado en BOP núm. 236, de 14 de octubre de 1994.

**Segundo.**– La respuesta a la consulta planteada exige el análisis de los derechos que la legislación reconoce a los funcionarios que son elegidos miembros del Congreso de los Diputados. En este sentido el artículo 87 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, reconoce la situación administrativa de servicios especiales a los funcionarios en los que se da tal circunstancia:

“1. Los funcionarios de carrera serán declarados en situación de servicios especiales:

“(…)”

“e) Cuando accedan a la condición de Diputado o Senador de las Cortes Generales o miembros de las

Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas si perciben retribuciones periódicas por la realización de la función. Aquellos que pierdan dicha condición por disolución de las correspondientes Cámaras o terminación del mandato de las mismas podrán permanecer en la situación de servicios especiales hasta su nueva constitución.”

Este mismo precepto en sus diferentes apartados establece los efectos que se derivan de tal situación administrativa, reconociendo que quienes se encuentren en situación de servicios especiales percibirán las retribuciones del puesto o cargo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios de carrera, sin perjuicio del derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos en cada momento –artículo 87.2–. Este derecho ya se reconocía en la legislación anterior, en concreto en el artículo 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

Reconociendo este precepto legal el derecho a percibir los trienios, lo que el mismo no aclara es quién debe proceder al pago de los mismos, respuesta que sí se contiene en el artículo 8 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado:

“Artículo 8. Efectos de la situación de servicios especiales.

“1. Los funcionarios en la situación de servicios especiales recibirán la retribución del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no la que les corresponda como funcionarios. Excepcionalmente, y cuando las retribuciones por los trienios que tuviesen reconocidos no pudieran, por causa legal, ser percibidas con cargo a los correspondientes presupuestos, deberán ser retribuidos en tal concepto por el Departamento en el que desempeñaban su último puesto de trabajo en situación de servicio activo.

“Asimismo, de darse estas circunstancias, respecto al abono de la cuota de Seguridad Social, deberá ser efectuado dicho abono por el referido Departamento.”

Así pues, el pago de los trienios corresponde en principio a la entidad en la que se presten los servicios, salvo que concurra la excepción de causa legal que imposibilite ello, en cuyo caso el pago corresponde a la que procede. A esta excepción nos referimos en el siguiente fundamento de derecho.

**Tercero.**– Por el Congreso de los Diputados no se abona complemento alguno por antigüedad ni tienen

previsión normativa alguna que lo permita, de modo que el derecho del funcionario a percibir los trienios lo será a cargo de los Presupuestos de la Administración de origen, en este caso, de los ayuntamientos de .....

El régimen jurídico aplicable a las asignaciones económicas y otras ayudas de los diputados toma su razón de ser en la Constitución española, cuyo artículo 71.4 dispone:

“Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras.”

Esta asignación se regula en el artículo 8 del Reglamento del Congreso de los Diputados, a cuyo tenor:

“1. Los Diputados percibirán una asignación económica que les permita cumplir eficaz y dignamente su función.

“2. Tendrán igualmente derecho a las ayudas, franquicias e indemnizaciones por gastos que sean indispensables para el cumplimiento de su función.”

Entre estos conceptos no se incluye la antigüedad, como puede comprobarse en el siguiente enlace de Internet:

[www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/RegEcoyProtSoc/regimen\\_economico\\_diputados.pdf](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/RegEcoyProtSoc/regimen_economico_diputados.pdf).

No contemplándose el abono de trienios a los miembros del Congreso, la satisfacción del derecho a su percepción corresponderá a la Administración de origen, tal y como, por otra parte, se ha certificado por la Dirección de Recursos Humanos y Gobierno Interior de la Secretaría General del Congreso de los Diputados.

Por lo anterior, la respuesta a la consulta planteada no es otra que la obligación del pago de trienios por los ayuntamientos de ..... al funcionario en situación de servicios especiales.

**Cuarto.**– Determinada la obligación legal de abono de los trienios, y a fin de clarificar cómo proceder al pago de los mismos, queremos hacer constar lo siguiente:

- para el cálculo de los trienios que corresponden por estar devengados téngase en cuenta que el artículo 87.2 EBEP prevé que “El tiempo que permanezcan en tal situación” –en referencia a la situación de servicios especiales– “se les computará a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación”. Por tanto, los trienios a abonar no son solo los derivados de la prestación efectiva de funcio-

nes de secretaría-intervención en la agrupación secretarial, sino también los que derivan de los años de permanencia en la situación de servicios especiales.

- que los trienios, conforme a la legislación tributaria, se encuentran igualmente sujetos a la correspondiente retención conforme a lo previsto en la legislación del impuesto de la renta de las personas físicas.
- que en relación con la cotización a la Seguridad Social, existen dudas acerca de la obligación de cotización, por lo cual se puede elevar consulta a este organismo, que informará, en su caso, del modo e importe por el que debe cotizarse, con el correspondiente efecto de cotización por pluriempleo, al ser dos entidades las que cotizan.

La normativa no es concluyente en este extremo; así, sobre este aspecto, protección social de los diputados, el artículo 9 del Reglamento del Congreso de los Diputados señala lo siguiente:

“1. Correrá a cargo del Presupuesto del Congreso el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social y a las Mutualidades de aquellos Diputados que, como consecuencia de su dedicación parlamentaria, dejen de prestar el servicio que motivaba su afiliación o pertenencia a aquéllas.

“2. El Congreso de los Diputados podrá realizar con las Entidades Gestoras de la Seguridad Social los conciertos precisos para cumplir lo dispuesto en el apartado anterior y para afiliar, en el régimen que proceda, a los Diputados que así lo deseen y que con anterioridad no estuvieren dados de alta en la Seguridad Social.”

En función de lo anterior, la Cámara abona la cuota correspondiente a la Seguridad Social de los diputados que provienen de dicho régimen, o procede a dar de alta a aquellos que accedieran a la Cámara sin esta cobertura. Igual protección se presta si el diputado proviene de otro sistema diferente a la Seguridad Social.

Consultados los servicios administrativos del Congreso, estos apuntan la innecesariedad de cotización por los trienios, ya que consideran que no es una situación de pluriempleo, en cuanto el Congreso no concede retribución, sino una asignación, asumiendo las cuotas sociales correspondientes.

#### 4. Conclusión

En opinión del letrado que suscribe, procede asumir la solicitud de abono de trienios al funcionario con habilitación de carácter estatal que se encuentra en situación administrativa de servicios especiales, conforme a lo dispuesto en los artículos 87 de la Ley 7/2007 y 8.1 del Reglamento de Situaciones Administrativas citados en este informe.

Este es mi parecer, que someto a cualquier otro criterio mejor fundado en derecho.

No obstante, la corporación de su Presidencia resolverá lo que estime más conveniente. ■

En Huesca, a 14 de febrero de 2012

---

# Informe sobre efectos económicos de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) en el Ayuntamiento de Badalona

Juan Ignacio Soto Valle

Secretario general del Ayuntamiento de Badalona

**Expediente:** Ejecución de sentencia.

Resolución firme dictada en el recurso jurisdiccional núm. 825/1999-D. Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de Barcelona. Firmeza en apelación núm. 24/2001. Sentencia núm. 46, de 28 de mayo de 2001, desestimatoria del recurso de apelación contra sentencia de 14 de julio de 2000, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de los de Barcelona.

**Asunto:** Delegación del Gobierno en Cataluña contra Ayuntamiento de Badalona y Comisión Obrera Nacional de Cataluña. Acuerdos plenarios de 28 de julio y 27 de octubre de 1998, relativos a la aprobación de la relación valorada de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Badalona.

El abajo firmante, en cumplimiento del acuerdo de la Comisión de Gobierno de fecha 4 de septiembre de 2001, y en relación con el asunto y expediente que se mencionan en el encabezamiento, emite informe sobre la base de los siguientes

## 1. Antecedentes del expediente de ejecución

1.1. Escrito de demanda jurisdiccional de fecha 21 de julio de 1999 de la Delegación del Gobierno en Cataluña contra el acuerdo plenario de fecha 27 de octubre de 1998.

1.2. Copia íntegra del expediente administrativo remitido al órgano jurisdiccional por la Dirección del Área de la Alcaldía en fecha 11 de enero de 2000.

1.3. Contestación a la demanda formulada por la representación procesal del Ayuntamiento de Badalona y personación del sindicato Comisión Obrera Nacional de Cataluña. Testimonio documental del expediente jurisdiccional relativo a la tramitación del procedimiento abreviado, así como de la no apertura de fase probatoria. Provisión estimando innecesaria la celebración de la vista y el trámite de conclusiones.

1.4. Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo de fecha 28 de marzo de 2000 en virtud del cual se rechaza la petición de suspensión del acto administrativo impugnado.

1.5. Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de los de Barcelona, de fecha 14 de julio de 2000.

1.6. Recurso de apelación de fecha 14 de septiembre de 2000 formulado por la representación procesal del Ayuntamiento, y alegaciones del abogado del Estado de fecha 20 de octubre de 2000. Escrito de apelación formulado por CC.OO.

1.7. Sentencia núm. 46, de fecha 28 de mayo de 2001, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –Sala CA– en el recurso de apelación núm. 24/2001.

1.8. Copia certificada de la comunicación de la sentencia recaída en el recurso de apelación, con testimonio de firmeza de la apelada de 14 de julio de 2000 y envío del expediente administrativo. Fechas 24 y 26 de julio de 2001.

1.9. Acuse de recibo de la sentencia con indicación del órgano competente para su ejecución. Resolución de la Alcaldía de fecha 1 de agosto de 2001, notificada al órgano jurisdiccional en fecha 2 de agosto de 2001.

1.10. Informe emitido por los profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona J.M.M. y J.A.B., de fecha 12 de septiembre de 2001.

1.11. Informes emitidos por el letrado de la defensa y representación jurisdiccional, D. P.C.M., y por el abogado D. R.M.M., de fechas 7 y 12 de septiembre de 2001.

1.12. Informe emitido por el Departamento de Personal del Ayuntamiento en fecha 17 de septiembre de 2001.

Estos antecedentes y los documentos de su razón se relacionan a título indicativo, tomando en consideración de forma prevalente el expediente administrativo, base del proceso, el contenido del expediente y del fallo jurisdiccional, y el informe emitido por el Departamento de Personal, base de la propuesta de acuerdo plenario de ejecución.

Con interés teleológico principal de situar el acto de ejecución en los términos de cumplimiento del artículo 104 y concordantes de la LJCA, debemos destacar **dos aspectos** que consideramos **relevantes**:

### **1.º El objeto del recurso y del fallo judicial. La impugnación de los “efectos económicos” de la RPT**

En primer lugar, estamos ante una situación motivada por un acuerdo aprobado por el Ayuntamiento en Pleno del año 1998 en el marco de su potestad de autoorganización, amparada no únicamente en disposiciones del vigente régimen local –artículo 4.º LBRL–, sino también en disposiciones de carácter estatal de contenido y alcance normativo básico, como es la LMRFP.

En efecto, el acuerdo municipal objeto de sentencia lo constituye la aprobación de la primera Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Badalona, cumpliendo las previsiones –o más exactamente obligaciones– que las normas reguladoras de la función pública vigentes en Cataluña establecen desde hace más de una década. Desde el punto de vista procedimental, la aprobación de la RPT se realizó respetando las normas del vigente Reglamento del Personal al Servicio de los Entes Locales de Cataluña, aprobado por Decreto 214/1990, de 30 de julio.

En el expediente de aprobación, sin embargo, se constata que los **efectos retributivos** de la RPT sobrepasaban los límites establecidos por el artículo 18 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos del Estado para el año 1998, que fijaban un crecimiento máximo del 2,1 por ciento respecto de las retribuciones del año 1997. En este aspecto, los informes emitidos por esta Secretaría General y la Intervención de fondos informan desfavorablemente dicha aprobación por este exclusivo motivo, si bien no determinaban la cuantía.

La Delegación del Gobierno recurre el acuerdo de aprobación de la RPT, precisamente por este incremento retributivo superior al límite fijado en la Ley 65/1997, de Presupuestos del Estado para 1998.

A partir de aquí, la cuestión en litis ha versado sobre la singularidad del acuerdo de aprobación de la RPT como *causa excepcione* de las limitaciones establecidas con carácter general por la Ley de Presupuestos –posición defendida por el Ayuntamiento y por el Sindicato CCOO– o, negando esta singularidad o cualquier otra que afectara a determinados puestos de trabajo, sobre el efecto de un incremento generalizado de las retribuciones del personal del Ayuntamiento por encima de la limitación de referencia –posición defendida por la Delegación del Gobierno del Estado en Cataluña–.

La sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de Barcelona –y el TSJC, en el recurso de apelación, lo ratifica– reafirma la posición del abogado del Estado y anula el acuerdo municipal de aprobación de la RPT en cuanto sus efectos económicos rebasen el 2,1 por ciento.

Queremos destacar con esto –y necesariamente debe significarse– que el elemento que provoca el recurso por parte de la Administración Central del Estado y determina la anulación que contempla la devengada sentencia no es la Relación de Puestos de Trabajo en sí misma considerada, como acto de ordenación/disposición de carácter general, manifestación de la potestad de autoorganización –que se justifica por la obligación de ordenar sistemáticamente los puestos de trabajo de la organización–, sino, más exactamente, **sus efectos económicos** en cuanto excedan del límite general establecido en la Ley 65/1997, de 30 de diciembre.

Es clara, en este sentido, la afirmación del abogado del Estado en su escrito de demanda de 21 de julio de 1999, cuando concluye que los acuerdos en litis sobrepasan los límites fijados en los incrementos retributivos por la normativa presupuestaria de carácter general, no solo sobre la base de los informes emitidos por esta Secretaría General y la Intervención de fondos del Ayuntamiento, que ratifican de manera conjunta que el incremento es superior al 2,1 por ciento aplicable por la Ley 65/1997, de Presupuestos del Estado para 1998, sino también sobre la base del tenor literal del acuerdo plenario de fecha 27 de octubre de 1998, que consideró que la singularidad del apartado 3.º del artículo 18 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, era susceptible de aplicación a toda la RPT, aprobada con anterioridad.

Es relevante no solo la posición de la Delegación del Gobierno, dirigida a impedir el efecto retributivo de la RPT en cuanto sobrepasa los límites protegidos por la norma general –no con respecto a la RPT, en sí misma considerada–, sino también –y sobre todo– el razonamiento centrado del juez respecto del objeto del recurso.

En efecto, en el auto de 28 de marzo de 2000, en virtud del cual se deniega la petición de suspensión del acto por la actora, el Juzgado –que hace prevalecer la **presunción de legalidad del acto municipal de aprobación de la RPT y de ejecutoriedad del mismo** para denegar la suspensión solicitada por el abogado del Estado– dice literalmente:

“El artículo 130.1 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) establece que la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o aplicación de la disposición pudiera hacer perder la finalidad legítima del recurso, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. **Constituyen el objeto de este recurso los efectos económicos de las retribuciones previstas en la Relación de Puestos de Trabajo aprobada en fecha 28 de julio por el Ayuntamiento de Badalona**, por lo que, si se estiman las pretensiones de la demandante, nada impediría la ejecución del fallo de la sentencia, **al tratarse de una cuestión económica**. Además, y dado que las retribuciones económicas de referencia se han aplicado y que el acto de la vista está señalado para el próximo día 11 de abril, si se estima el recurso, la ejecución de su fallo solo afectaría a pocos meses más.”

Concluye: “Por ello no procede la suspensión del acto impugnado.”

En consecuencia, uno de los **presupuestos de hecho** que debemos considerar como delimitador de la actividad de ejecución es que, finalmente, el *petitum* de la demanda estimada y el fallo judicial no es la RPT en sí misma considerada, sino los efectos económicos de la misma en cuanto sobrepasen el límite del 2,1 por ciento establecido por la Ley 65/1997, de Presupuestos del Estado, como límite de incremento retributivo para el ejercicio económico 1998.

Sin este presupuesto de hecho –**la impugnación de un aspecto económico**– no se habría producido la declaración de incompetencia por parte de la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Y en este punto nos remitimos al auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo TSJC, de fecha 10 de mayo de 1999, obrante en el expediente administrativo.

## **2.º La cuantificación de los efectos económicos anulados**

Centrado así el objeto del recurso –y de la decisión judicial– y delimitada, pues, la actividad de ejecución, el segundo aspecto relevante a estos efectos ha de versar necesariamente sobre la cuantificación de los efectos económicos que el órgano competente jurisdiccional anula. Es decir, sobre la cuantía del recurso.

Debemos significar, al respecto, que los informes y elementos sobre los que el abogado del Estado reafirmó su convicción de que los efectos económicos de la RPT superaban los límites máximos autorizados por la

Ley 65/1997, de Presupuestos del Estado para 1998, no concretaron en su momento este incremento, ni de manera global, ni de manera individualizada –así como tampoco se ha dado oportunidad en el procedimiento jurisdiccional de analizar, de constatar, de probar, en fin, si determinados puestos de trabajo valorados en la RPT reunían las condiciones de singularidad y excepcionalidad que el mismo artículo 18 de la Ley 65/1997 de 30 de diciembre contempla, para excepcionarlos de la limitación general–.

La Delegación del Gobierno, en el apartado IV del escrito de la demanda, dice textualmente:

“De los documentos acompañados al presente escrito (y en particular de la modificación introducida por el acuerdo de 27 de octubre de 1998) resulta con claridad que las retribuciones del personal al servicio del Ayuntamiento de Badalona, resultantes de aplicar la nueva Relación de Puestos de Trabajo, superan en más del 2,1 por 100 las percibidas con anterioridad.”

Y añade:

“No obstante, para precisar la pretensión anulatoria y facilitar la ejecución de la sentencia que se dicte en el presente recurso, se hace preciso fijar cuál es el concreto aumento retributivo asignado a cada puesto de trabajo.”

El abogado del Estado continúa en su escrito de demanda:

“Para ello debe contarse con el texto de la Relación de Puestos aprobada de 28 de julio de 1998, con el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario y con el convenio del personal laboral vigente al tiempo de aprobarse la nueva Relación de Puestos de Trabajo. Ninguno de estos documentos obra en los antecedentes remitidos por el Ayuntamiento de Badalona a la Subdelegación del Gobierno en Barcelona. En consecuencia, **habrá de estarse al contenido del expediente administrativo, al resultado de la prueba que se practique** al concretar el aumento retributivo de cada uno de los puestos de trabajo, y a la cuantía en que exceda el 2,1 por 100 autorizado por la Ley de Presupuestos del Estado para 1998.”

La documentación del expediente administrativo a la que hace referencia el abogado del Estado fue remitida por el Ayuntamiento al Juzgado en fecha 11 de enero de 2000. La falta de fase probatoria y del trámite de conclusiones no ha permitido concretar en el procedimiento jurisdiccional la cuantía. Estos antecedentes –a los que podríamos añadir la no suspensión del acto

impugnado— no hacen tan sencilla, como veremos, la ejecución del fallo jurisdiccional redactado en este aspecto en términos no precisos. Insistimos en que el abogado del Estado reconoce que “para precisar la pretensión anulatoria” y “facilitar la ejecución de la sentencia” se hace “preciso fijar cuál es el concreto aumento”.

Acertadamente, el abogado del Estado intuye la importancia de esta precisión para concertar la pretensión anulatoria. Contrariamente, sin embargo, lo que sucede es que en el transcurso del procedimiento jurisdiccional no se llegó nunca a concretar, a “**precisar la pretensión anulatoria**”. Y precisamente por ello la pretensión anulatoria se ha estimado en los términos genéricos en que estaba planteada. Consecuencia de ello es otra que añade a la primera el propio abogado del Estado: la dificultad para ejecutar la sentencia, si con lógica no ha sido concretada la pretensión anulatoria.

Así las cosas, esta dificultad a la que nos referimos debe salvarse en la fase de ejecución voluntaria del fallo jurisdiccional, concretando lo que no se precisó en el procedimiento. Y en este sentido debemos partir, como antecedente que lo permite, del informe emitido por el Departamento de Personal del Ayuntamiento, el cual, con la complejidad de la sistemática técnica empleada, que respetamos, resitúa los valores/efectos económicos de la retribución complementaria eje de la RPT —es decir, los complementos específicos— dentro de los límites protegidos por el artículo 18 de la Ley 65/1997, de Presupuestos del Estado para 1998, de una forma generalizada, tal como ordena el fallo judicial, sin previsión de excepción alguna.

Destacados, pues, del conjunto de antecedentes —a los que nos remitimos— estos dos aspectos que —por su relevancia— nos ayudan a centrar la cuestión en los términos de ejecución de la devengada sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de los de Barcelona, debemos valorar la aplicación de las siguientes:

## 2. Consideraciones jurídicas

### Primera.— Los aspectos procesales en el procedimiento de ejecución del fallo judicial

En cuanto a los aspectos estrictamente procesales, nos remitimos al informe emitido por el abogado de la de-

fensa y representación jurisdiccional del Ayuntamiento, D. P.C.M.. No obstante, debemos destacar que la comunicación de la sentencia abre el procedimiento de ejecución en los términos previstos en el artículo 104 LJCA.

En síntesis, los trámites procedimentales y plazos que este precepto acoge son los siguientes:

1/ Comunicación. La sentencia se comunica al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso en el plazo de 10 días desde su firmeza. Se trata de una comunicación independiente de la notificación realizada al mismo representante procesal del Ayuntamiento. Tal y como consta en la documentación obrante en el expediente, esta comunicación tuvo entrada en el Registro General en fecha 24 de julio de 2001, si bien una parte del expediente administrativo, anexo a la certificación de la sentencia, tuvo entrada en el Registro General en fecha 26 de julio de 2001, tal y como consta en el informe del Departamento de Personal de fecha 1 de agosto de 2001. Entendemos que esta comunicación independiente ha sido practicada de manera íntegra a los efectos oportunos en la fecha de 26 de julio de 2001, en la que tiene acceso al registro la totalidad de la documentación objeto de comunicación.

2/ Acuse de recibo. Dentro del mismo plazo de 10 días, el órgano administrativo deberá acusar recibo de la misma. Siguiendo esta norma, la Alcaldía, en fecha 1 de agosto de 2001, previo informe jurídico del Departamento de Personal, dictó la correspondiente resolución de acuse de recibo de la comunicación, la cual tuvo entrada en el Juzgado Decano en fecha 2 de agosto de 2001; es decir, dentro del plazo establecido procesalmente al efecto.

3/ Comunicación del órgano responsable del cumplimiento. Dentro del mismo plazo de acuse de recibo, deberá indicarse el órgano responsable del cumplimiento del fallo judicial. Se trata de una innovación de la Ley 29/1998, que no permite acudir a fórmulas genéricas tales como “el que corresponda legalmente” o “el órgano competente”. De conformidad con esta previsión y de acuerdo con el informe jurídico emitido por el Departamento de Personal, la Alcaldía indicó en la resolución de acuse de recibo que el órgano responsable del cumplimiento es el Ayuntamiento en Pleno, órgano que acordó en su día el acto de aprobación de la RPT.

4/ Plazo de ejecución voluntaria. La sentencia deberá llevarse a su puro y debido efecto, practicando lo

que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo judicial, bien en el plazo señalado en la propia sentencia, bien en el especial previsto en el artículo 104.3 LJCA, bien en el general de dos meses, o bien en el específico previsto para las condenas al pago de cuantía líquida. Según el artículo 71.1.c) LJCA, al que se remite el artículo 104.2 LJCA, si la medida para el restablecimiento de la situación individualizada consiste en la emisión de un auto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la propia sentencia podrá establecer plazo para que el fallo se cumpla; según la naturaleza de lo que se reclame y la efectividad de la sentencia, esta podrá fijar, con carácter general, un plazo inferior al general de dos meses para su cumplimiento, cuando dicho plazo lo haga ineficaz o cause grave perjuicio; en defecto de los supuestos anteriores, el plazo general será de dos meses desde la comunicación de la sentencia.

La sentencia del JCA núm. 4, al no establecer otro plazo, deberá ejecutarse en el plazo general de **dos meses**, contados desde la fecha de comunicación íntegra de la misma, que consideramos íntegramente practicada en la fecha de registro de la totalidad de la documentación, que tuvo lugar en fecha 26 de julio de 2001. De acuerdo con el procedimiento de determinación del cómputo de los *dies a quo* y *dies ad quem*, establecidos en la vigente LRJAP-PAC, en el plazo fijado por meses este último finaliza el día 26 de septiembre de 2001, si consideramos que, a pesar de haber sido notificada la sentencia en fecha 24 de julio de 2001, la totalidad del expediente accedió al Registro General en fecha 26 de julio de 2001.

Sin embargo, el informe emitido por el abogado de la representación y defensa procesal del Ayuntamiento, D. P.C.M., concluye que, al tratarse de un plazo procesal, los *dies ad quem* finalizan el día 24 de octubre de 2001, al considerar como *dies a quo* la fecha de 24 de julio de 2001, sin tener por relevante a estos efectos la fecha de acceso al Registro General del expediente administrativo –26 de julio de 2001–, y tomando como inhábil el mes de agosto.

El otorgamiento de este plazo de cumplimiento voluntario, sin embargo, no significa que la Administración no disponga de un tiempo de gracia vedado a cualquier intervención de las partes o del mismo tribunal en orden a la ejecución de lo que ha sido objeto de decisión judicial, sino tan solo que no es posible adoptar frente a la Administración medidas coercitivas o sustitutivas de su actividad, mientras no transcurra el

plazo prudencial que se le otorga para la ejecución voluntaria. Precisamente por ello, la consecuencia jurídica del transcurso del plazo sin proceder a la ejecución voluntaria es que cualquiera de las partes y personas afectadas podrán instar la ejecución forzosa.

5/ Respecto de las incidencias que en la ejecución puedan surgir, la Ley 29/1998 (LJCA) prevé en su artículo 109 un procedimiento sencillo para resolver cuantas cuestiones se planteen en la ejecución. No se trata únicamente de las que a título enunciativo contempla el precepto, sino de “cuantas cuestiones se planteen en la ejecución”.

El procedimiento tiene por objeto decidir, sin contrariar al contenido de la decisión judicial, sobre estas cuestiones, si es que se plantean, por ejemplo, en relación con el órgano administrativo que se responsabilizará de la realización de las actuaciones, o respecto del plazo máximo para el cumplimiento en atención a las circunstancias que concurren en el caso de situaciones excepcionales que permitan el arbitrio judicial para señalar unos plazos de cumplimiento más amplios que los ordinarios o generales, etc.

Promovida la cuestión incidental, las partes disponen de un plazo de alegaciones no superior a veinte días, y se resuelve mediante auto judicial. Aunque no exista previsión legal expresa, puede admitirse de incidente a prueba cuando sea necesario para resolver, de acuerdo con las previsiones y mecanismos procesales de la LEC.

## **Segunda.– Sobre el objeto del *petitum* y el objeto del fallo jurisdiccional**

Decíamos al principio que concurren dos aspectos destacables que marcan o delimitan la actividad de ejecución voluntaria de la Administración municipal en este caso. El primero, que afecta al objeto de la pretensión, al objeto del recurso –dirigido exclusivamente a la anulación de los efectos económicos de la RPT, en cuanto excedan el límite establecido con carácter general por la Ley de Presupuestos del Estado para 1998–. Y el segundo, la falta de determinación de la cuantía por la que con “claridad” –utilizando la expresión del abogado del Estado, recogida en la sentencia– se declara la infracción de los postulados de la Ley de Presupuestos del Estado para 1998.

En este punto tenemos que estar al *petitum* de la demanda, a la tramitación del recurso y, en último tér-

mino, claro está, al contenido de la sentencia. Y de acuerdo con ello, la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa y el principio de congruencia que impera en la misma, debemos concluir que la sentencia accede a las pretensiones del actor en los términos en que este lo ha planteado y solo en los términos en que este lo ha planteado.

Sin embargo, antes de profundizar en qué es lo que la sentencia anula y los efectos de esta declaración, quizás fuera conveniente detenernos un momento sobre otro **aspecto vicario**, sin duda, de los primeros que planteábamos, **pero que arroja luz respecto de una declaración implícita en el *petitum* y en la sentencia con la que –con todos los respetos– es difícil mostrar acuerdo, por mucho que la ejecución deba respetarla y cumplirla**. Nos referimos a la negación de la existencia de la excepcionalidad, de singularidad, a los efectos previstos en el artículo 18.3 de la Ley 65/1997, de Presupuestos del Estado para 1998, de alguno o algunos puestos de trabajo –al menos alguno– de los cientos que el esfuerzo de definición, evaluación, sistematización y ordenación integral del personal del Ayuntamiento de Badalona ordenó en su primera –insistimos, su primera– Relación de Puestos de Trabajo, que enderezaba una inordenada situación anterior, donde los puestos de trabajo no estaban evaluados, ni las retribuciones complementarias –especialmente el complemento específico, eje siempre de cualquier RPT– eran resultantes de la justificación y evaluación previa establecidas en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública del año 1984, ni se habían aprobado siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto 214/1990, por el que se aprueba el Reglamento del Personal al Servicio de los Entes Locales de Cataluña.

Es decir, que **de todos los puestos de trabajo relacionados y valorados, ni uno solo –insistimos, ni uno solo– puede considerarse singularmente excepcional para amparar el incremento superior a los límites homogeneizadores que se establezcan en el apartado 1.º del precepto** al que nos referimos. Y, por tanto, el efecto reductor que –con una interpretación que, con todos los respetos, rechazamos– hubiera alcanzado la demanda y sancionado la resolución judicial recortaría por igual lo que es igual y lo desigual –según la RPT–, al mermar todos los incrementos en la cifra que superase el límite general del 2,1 por ciento y situarlos en el mismo nivel en que estaban antes de la aprobación de la Relación de Puestos

de trabajo. Eso sí, con el incremento máximo para todos del 2,1 por ciento.

Cuando nos referimos a la dificultad para aceptar esta consecuencia en términos ontológicos –e incluso intelectuales– es porque, sencillamente, es imposible que no exista un solo puesto de trabajo en el que no concorra esta circunstancia de excepcionalidad, de singularidad, a la que el mismo legislador estatal acude para posibilitar incrementos superiores a los índices de homogeneización general que establece.

Sin embargo, **la situación planteada** por esta imposibilidad de probar su existencia en el procedimiento abreviado seguido hasta la sentencia, **es esta: ningún puesto de trabajo de la RPT –que, entendemos, el Tribunal no anula– es singular**. Algo difícil de asumir desde el rigor técnico, porque supone una auténtica *contradictio in terminis* en relación con la finalidad que el mismo legislador persigue cuando concibe, instrumenta y regula la Relación de Puestos de Trabajo.

La imposibilidad de que el proceso jurisdiccional haya abierto la vía de acreditación, de prueba, respecto de la concurrencia en la RPT aprobada de esta singularidad excepcional de alguno o algunos puestos de trabajo, es un hecho que se ha de constatar, porque no ha existido la posibilidad procesal de analizar la propia RPT en la sede jurisdiccional que hubiera sido competente si esta –la Relación de Puestos de Trabajo– hubiera sido el objeto del recurso. Y, en el sentido en que hemos planteado la cuestión, no lo ha sido. Consideramos que este aspecto, de capital importancia, no debe olvidarse, para no perder de vista la perspectiva que debe tener la ejecución, de no abarcar –ni directa ni indirectamente– más de lo que correspondiera, **para preservar lo que no ha sido anulado: la Relación de Puestos de Trabajo**.

Sea como fuere, **debemos atenernos a la situación creada por la sentencia** y a la correcta –según nuestra modesta opinión– delimitación del objeto de la decisión judicial: la anulación de los efectos económicos de la RPT en cuanto excedan el límite del 2,1 por ciento de la citada Ley 65/1997, y únicamente en cuanto rebasen este límite.

Ahora bien, ¿quiere ello decir que –dejando para más adelante el alcance de la declaración “anular”– la adecuación de estos efectos económicos a la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, se opera con una simple operación en la que: A (retribuciones 1997) + B (incremento retributivo del 2,1 %) = C; y que D (RPT aprobada) - C = ejecución de la sentencia?

En la línea que hemos avanzado antes, entendemos que no, porque con esta operación, o con esta interpretación, **la RPT** –que, insistimos, no ha sido objeto de anulación, porque si no el recurso se hubiera sustanciado ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y no ante un Juzgado– **resultaría absolutamente desatinada**. En otras palabras, si a través de los “efectos económicos” de la RPT que han sido objeto de anulación lo que se ofrece como resultado y consecuencia única de esta es retrotraer a la situación –a la fotografía, si queremos una expresión más esclarecedora– de las retribuciones correspondientes a los puestos de trabajo existentes a 31 de diciembre de 1987, a la que hemos de aplicar el incremento previsto con carácter general en la norma presupuestaria, esta consecuencia única habría comportado como efecto indirecto estructural la anulación de la misma RPT, de manera íntegra. Entonces, ante esta hipótesis –que, como hemos dicho, rechazamos–, una de dos: o bien el fuero jurisdiccional adecuado por motivo de la relación causa-efecto hubiera sido el TSJC, o estamos ante una ampliación del objeto de la litis no requerida en el procedimiento jurisdiccional seguido hasta la sentencia.

La minoración de los efectos económicos de la RPT requiere una operación más compleja de la que hemos descrito hace un momento, precisamente para **mantener** la coherencia sistemática de **la propia RPT**. Globalmente el efecto reductor del fallo judicial debe situar el incremento retributivo en el límite del 2,1 sobre las retribuciones liquidadas en el año 1997. Esto es lo que pretende la norma presupuestaria. Pero, concretamente, **debe respetarse la diferenciación retributiva que la ordenación de la RPT conlleva**.

Otra solución rompería en su raíz la RPT. Y así, a través de la anulación del efecto, se anula la causa. No consideramos que esta sea la finalidad de la sentencia, entre otras cosas por la misma coherencia procesal que obstó competencialmente la jurisdicción de la Sala de lo Contencioso para conocer del asunto, con la integralidad que conllevaría una –insistimos: no producida– anulación de la RPT.

Consideramos a estos efectos que **la técnica de los complementos personales transitorios** –resultado de la minoración obligada de los complementos específicos, y utilizada en numerosas sentencias que obligan a reducir el *quantum* de retribución complementaria (nos remitimos al extenso informe de los profesores M. y A.)– permitirá mantener, precisamente, **el equilibrio entre el objeto del recurso –y el conte-**

**nido del fallo judicial– y lo que no ha sido anulado en el proceso: la Relación de Puestos de Trabajo**. Nos permitirá salvaguardar la racionalidad sistemática, los criterios de evaluación funcional, de homogeneización y diferenciación de tareas, de ordenación integral, en fin, que están en la base de la decisión de autoorganización, la cual no ha sido objeto de revisión jurisdiccional. Y, al mismo tiempo, **nos permitirá, cumpliendo lo ordenado en la sentencia, reducir el impacto retributivo global, sus efectos económicos**, que son, al fin, los que deben protegerse en cumplimiento de la normativa presupuestaria de aplicación y del fallo judicial.

### **Tercera.– El cumplimiento en sus propios términos y el cumplimiento por equivalencia. La opcionalidad en el “cómo” de la ejecución de la sentencia**

Una de las novedades de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LJCA), la constituye el refuerzo, la importancia que se da a la ejecución de las sentencias en el ámbito contencioso-administrativo. Su exposición de motivos refleja una capital preocupación por reforzar las prescripciones constitucionales de los artículos 24.1, 117.3 y 118 CE. Y el articulado de la nueva Ley Jurisdiccional incrementa las garantías en materia de ejecución de sentencias.

Se trata, en síntesis, de respetar la vertebral obligación de cumplir con las resoluciones judiciales y colaborar en su ejecución, de acuerdo con el sistema constitucional. Con este fin, contemplado, como hemos dicho, en la exposición de motivos de la nueva LJCA, su artículo 103, en sus apartados 1, 2 y 3, establece:

“1. La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia.

“2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en estas se consignen.

“3. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto.”

Nos encontramos ante una potestad en virtud de la cual se defiende la llamada “reserva jurisdiccional”,

consistente en “juzgar” y “hacer ejecutar lo juzgado”, que tiene su raíz en el artículo 117.3 CE, y que el propio artículo 7 LJCA recoge.

De acuerdo con ello, la obligación de cumplir las sentencias compete a las partes y se refiere a la “forma y términos” que se consignen en las propias sentencias. Esta obligación-deber abarca la colaboración a la que se refiere el párrafo 3.º del artículo 103 LJCA, concretando, por otra parte, la previsión del artículo 118 CE.

En todo caso, la ejecución deberá dirigirse a “la debida y completa ejecución de lo resuelto”, en la “forma y términos” que en las sentencias se consignen.

La consecuencia del incumplimiento de estas previsiones de ejecución que la Ley Jurisdiccional establece, al margen de los mecanismos de ejecución forzosa que el llamado “poder de sustitución” conlleva, está también regulada novedosamente en este artículo 103 LJCA. En efecto, sus apartados 4 y 5 sancionan la nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

Ante este supuesto de acción con el fin de eludir su cumplimiento –que entendemos requiere una voluntad cierta de incumplimiento–, el órgano jurisdiccional al que corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos, con los trámites previstos en el artículo 109, 2.º y 3.º LJCA, que regula los procedimientos incidentales relacionados con la ejecución de sentencias.

La nueva LJCA introduce un nuevo supuesto de acto o disposición sancionado con la nulidad de pleno derecho, para añadir a los previstos en el artículo 62 de la Ley 30/1992, RJAP-PAC. Y por ello exige la concurrencia de dos presupuestos sustantivos:

- a) Que los actos o disposiciones sean contrarios a la decisión judicial; y
- b) Que se hayan dictado con la finalidad de eludir su cumplimiento.

Esta declaración corresponde al órgano judicial que hubiera dictado la resolución a ejecutar, salvo que “careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley” –párrafo 5, *in fine*, del artículo 103 LJCA–, y no se puede adoptar de oficio, sino “a instancia de parte” en el proceso, limitando la legitimación que, por ejemplo, se da en el procedimiento de incidente del artículo 109 LJCA.

Dicho esto, sin embargo, el mecanismo norma de ejecución es el previsto en el artículo 104 LJCA, al que

nos hemos referido con anterioridad, y que conlleva una ejecución voluntaria por parte de la Administración de la decisión judicial firme.

Ciertamente, la ejecución voluntaria puede ofrecer más posibilidades en cuanto al “cómo” ejecutar que las que, desde el principio, se predicen de una actividad estrictamente reglada, de resultado, y que se encuentra bien definida y delimitada en el mismo fallo judicial. Queremos decir con esto que **para cumplir la sentencia la Administración puede no tener ningún margen de apreciación, porque todos los elementos del acto vienen dados por la sentencia, o, por el contrario, pueden darse supuestos en los que se disponga de diversas modalidades para llegar al resultado obligatorio.** El ordenamiento le indica a través de la sentencia “qué” está obligada a hacer, pero al mismo tiempo le permite una cierta libertad para escoger el “cómo” hacerlo.

Así pues, nos encontramos ante un cumplimiento reglado del resultado cuando la sentencia tiene todos los extremos, fija todos los elementos para ejecutar, como por ejemplo cuando condena al pago de una cantidad líquida determinada, cuando obliga a convocar una sesión municipal plenaria o cuando obliga a readmitir a un funcionario ilegalmente separado del servicio. En este caso la inactividad de la Administración en la puesta en práctica de la fase de ejecución voluntaria permite al juez abrir la denominada “vía de sustitución”. Y en este caso, también si la Administración dicta un acto que pretenda eludir el cumplimiento de la decisión, como, por ejemplo, anular la plaza del funcionario al que se debe readmitir, nos encontraremos ante la declaración de nulidad de pleno derecho del acto fraudulento.

Sin embargo, nos encontramos ante una situación distinta cuando la Administración puede cumplir de varias maneras. Estamos ante lo que García-Trevijano Fos y Pérez Olea califican de modulaciones o niveles de discrecionalidad en función del “cuándo” y del “qué”.

La doctrina italiana ha tratado sobre esta “discrecionalidad respecto del modo”, en cuanto a las formas, el tiempo o las modalidades de ejecución. Benvenuti, Sandulli y Calabro mantienen que “salvo supuestos límites la Administración dispone de una cierta discrecionalidad –muy variable, según el margen que le permita la sentencia– para la correcta reemanación del acto anulado; una discrecionalidad que puede permitir la adopción de una línea operativa distinta, la recomposición de únicamente un tramo del procedi-

miento anulado, o incluso llegar a excluir en determinadas situaciones la obligación de proveer nuevamente". Contrariamente, una parte de la doctrina francesa –destacando Chevllier– niega que la Administración disponga de poder de apreciación alguno en la ejecución de sentencias.

Debemos destacar, sin embargo, la profusión con la que se ha estudiado esta cuestión en la doctrina y jurisprudencia italianas, que ha permitido apuntalar una especie de potestad que, sin ser ciertamente muy frecuente –los cumplimientos reglados son, sin duda, mayoritarios respecto de los opcionales–, merece un tratamiento especial, según el cual entre la sentencia y su cumplimiento pueden darse momentos que contengan valoraciones y opciones discrecionales –como, por ejemplo, la necesidad de graduar en el tiempo, según la disponibilidad de fondos, los pagos que deban realizarse, o la necesidad de determinar las modalidades de cumplimiento material de una obligación de hacer, como el derribo de un edificio–.

La sentencia de la *Adunanza Plenaria* del Consejo de Estado italiano núm. 10 de 1978, citada por Miguel Beltrán de Felipe en "El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración", nos habla de "*scelte vincolanti*", como opciones o elecciones regladas para cumplir la sentencia.

La doctrina española no ha atendido la cuestión de la que tratamos de manera tan detenida como la italiana. No obstante, merece atención especial la posición mantenida por Luciano Parejo:

"La Administración no es libre para proceder o no a la ejecución, quedando en todo vinculada al fallo judicial, aunque en su cumplimiento goce de un cierto margen de apreciación sobre el cómo del mismo."

Conviene no perder de vista la perspectiva en la que nos situamos, en el sentido de que esta opcionalidad del órgano obligado al cumplimiento del fallo judicial está limitada en todo caso, claro está, no solo por la obligatoriedad del cumplimiento de la ejecución, sino también por el respeto al contenido material de la situación jurídica que la decisión del órgano judicial ha definido.

En otras palabras, **la opcionalidad es una actividad de cumplimiento** porque la sentencia misma permite a la Administración opciones respecto del comportamiento debido o necesario. Por ello no es demasiado acertado hablar de discrecionalidad como lo hace una parte de la doctrina italiana. Imaginémosnos que la sentencia obliga a la Administración a dictar una

resolución que, en cuanto a su contenido, tiene una parte de discrecionalidad.

Entendemos que **la opcionalidad es posible cuando la sentencia lo permite**, y que esta opcionalidad debe materializarse en la fase de ejecución voluntaria del fallo judicial; es decir, en el plazo establecido en el artículo 104 LJCA. Pero esto no debe llevarnos a la conclusión de que la opcionalidad no sea sustituible por el órgano jurisdiccional. Consideramos que es sustituible de igual manera que cuando estamos ante un cumplimiento estrictamente reglado, si bien no durante el plazo de ejecución voluntaria.

Ahora bien, cuando la Administración puede disponer de un cierto margen de decisión para ejecutar el fallo judicial –opcionalidad–, el ejercicio de este margen está evidentemente sujeto a **un límite insalvable: que cumpla la sentencia**. La opcionalidad no puede perseguir el incumplimiento de la sentencia. Aquí no estamos ya ante la opcionalidad en el sentido en que la tratamos. Estamos, sencillamente, ante un incumplimiento. Así que durante el plazo de dos meses –si no se otorgan plazos extraordinarios– la Administración puede disponer de esta opcionalidad.

Insistimos en que la opcionalidad, siempre en vista del artículo 118 CE, está dirigida al **cumplimiento de una obligación de resultado que permite distintas modalidades para llegar a la solución** objeto de decisión judicial, siempre que su utilización sea legal; es decir, siempre que se dirijan precisamente al cumplimiento de la obligación.

En lo que hemos venido defendiendo se encuentra también el sentido del llamado "cumplimiento **por equivalencia**" de las resoluciones judiciales. Este tipo de cumplimiento es una excepción a la regla general según la cual las sentencias deben cumplirse en sus propios términos –artículo 18.2 LOPJ–, y que responde a la aplicación jurisprudencial del principio de identidad total entre lo ejecutado y lo que establece la sentencia de condena.

Esta excepción, sin embargo –es decir, la excepción que permite la ejecución de la sentencia de un modo distinto al establecido en el fallo; o más aún, como en el caso del ejercicio de opcionalidad, de una manera sobre la que no se ha pronunciado el fallo, amparada por nuestro derecho procesal–, ¿constituye una vulneración del artículo 24 CE? Bueno, ciertamente el cumplimiento por equivalencia, como situación excepcional, tiene unas condiciones tasadas, como la imposibilidad de cumplimiento –*ad impossibilia nemo*

*tenetur*— o la concurrencia de circunstancias que hagan extraordinariamente difícil la ejecución. Todas ellas no enervan el principio de intangibilidad de las sentencias que integra el contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Hasta el punto de que nuestro Tribunal Constitucional —entre otras, SSTC 205/1987 y 194/1991— ha venido considerando “‘en sus propios términos’ el cumplimiento por equivalencia cuando así venga establecido por ley, por razones atendibles, que permiten sustituir por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación lo estatuido en el fallo no susceptible de ejecución específica”.

Nos dice el Tribunal Constitucional:

“La sustitución de la condena por una prestación equivalente en ejecución de sentencia podrá ser más o menos acertada conforme a la legalidad ordinaria; podrá incluso ser decididamente ilegal en los casos en que carezca de base legal suficiente, mas por sí sola no genera una violación del art. 24 de la CE.”

El FJ 2.º de la STC 58/1983 asienta el siguiente criterio:

“El art. 24 y la consagración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no alcanzan a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de una sentencia, pues, supuesto que la norma constitucional se cumple si la sentencia es efectiva y el derecho del ciudadano recibe satisfacción, hay que concluir que tan constitucional es una ejecución en que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo, como una ejecución en que por razones atendibles la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación.”

#### **Cuarta.— Sobre el alcance de la anulación y sus efectos en la sentencia**

Decíamos al principio que el objeto del *petitum* y el objeto del fallo judicial no ha sido la anulación de la RPT, sino de sus efectos económicos. Y no podemos hacer abstracción de este elemento delimitador de la ejecución de la sentencia, en el sentido de que hay una parte del acto de aprobación de la Relación de Puestos de Trabajo que permanece, que es válida —la definición de los puestos, sus contenidos funcionales, el cuadro retributivo básico asignado en función de las titulaciones y grupos de acceso e, incluso, en su caso, los gra-

dos consolidados correspondientes a los complementos de destino que estén dentro del margen legal del acuerdo Administración-Sindicatos, de 1 de junio de 1998, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 1998—.

La nueva radiografía retributiva derivada de la RPT, de su nueva ordenación, se mantiene válida. Lo que hay que enderezar, lo que se debe disminuir, es su efecto económico, en cuanto sobrepasa el límite establecido por la Ley de Presupuestos del Estado para 1998. Y en esta operación no se puede obviar la RPT, para volver a la línea existente a 31 de diciembre de 1997 y añadir el 2,1 por ciento. Es la línea dibujada por la RPT la que se minorará hasta situarse en el límite retributivo al que se refiere la sentencia. Solo así se preservará el aspecto de la RPT que no ha sido objeto de anulación.

Entendemos que el objeto de la anulación debe afectar necesariamente —por utilizar una expresión gráfica— a la columna de los complementos específicos de todos los puestos de trabajo de la RPT, eje de la ordenación *ex novo* que conlleva la RPT en la organización del Ayuntamiento de Badalona. Sobre esta columna debe actuar la aplicación de los complementos personales transitorios en los términos de ejecución que defendemos, hasta situar el *quantum* de la retribución complementaria dentro de los límites protegidos en la sentencia.

Insistimos en que la sentencia objeto de ejecución —conforme al *petitum* de la demanda y de manera congruente— no anula en su totalidad el acto de aprobación de la RPT, sino únicamente la parte que a sus efectos retributivos se refiere, al exceder del límite legal de incremento para 1998.

**No estamos ante una anulación íntegra, absoluta del acto.** Existe una parte del mismo que se ve afectada por el viejo silogismo “*utile per inutile non vitiatur*”. Y esta parte del acto se ve, necesariamente, protegida por el principio de conservación. Si convenimos en que la sentencia no anula la integridad del acto aprobatorio de la RPT, sino únicamente los incrementos por encima del 2,1 por ciento, comprendemos que **la conservación del resto del acto no anulado adquiere sustantividad propia.** Si la nulidad parcial consiste en expulsar, en extirpar la parte inválida del acto, conservando válido y eficaz el resto, la técnica jurídica de reducción o adecuación a derecho consiste en reducir o ajustar al límite legal la parte nula del acto que ha traspasado los límites estableci-

dos en la ley, en cuanto a la cantidad o al tiempo (María Padilla).

Otra de las cuestiones de interés relevante respecto de la cual ha sido el *petitum* de la demanda y que explican el pronunciamiento del fallo jurisdiccional, es la **falta de referencia expresa no solo a una declaración taxativa de nulidad de pleno derecho o anulabilidad** de la parte del acuerdo a que nos referimos –lo cual conlleva, evidentemente, mayores dificultades–, **sino, además, a la devolución** de las cantidades retribuidas por encima del límite establecido en la citada Ley 65/1997. La devolución no ha sido pedida por el abogado del Estado y la sentencia no lo ha determinado de manera expresa, salvo que se pretenda afirmar lo contrario con la expresión: “con todas las consecuencias legales que de tal declaración se derivan”.

Este extremo –de indudable relevancia en la ejecución– nos permite defender que la Administración dispone de un margen de opcionalidad para utilizar la técnica de la reducción, ya que no estamos ante un pronunciamiento expreso sobre el “cómo”, con una declaración taxativa de devolución, que no ha sido ni objeto de demanda ni declarada en el texto del fallo a ejecutar.

Siguiendo, como lo hemos hecho en buena parte del tratamiento de este tema, a Miguel Beltrán de Felipe (“El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración”. Tesis Doctoral): “En la actividad de cumplimiento de las sentencias, punto de equilibrio del sistema constitucional, la Administración puede disponer de un cierto margen en virtud del cual liberarse de varios modos posibles –es lo que denomino opcionalidad– o, por el contrario, el cumplimiento puede ser absolutamente reglado y automático”. En el primer caso afirma este autor:

“Se trata –también– de un comportamiento debido (por tanto reglado) pero de contenido no completamente determinado, en cuanto a sus medios o modalidades, por la sentencia ni por el ordenamiento (esto es, con una cierta discrecionalidad: la opcionalidad). Pero esta indeterminación no obsta para que la obligación sea una obligación de resultado y exigible en cuanto tal.”

Consideramos que no estamos ante un supuesto de cumplimiento reglado y automático, sino que aun tratándose, claro está, de un cumplimiento debido, permite este margen de opcionalidad, sobre el que se da también el poder sustitutivo del juez.

Con el “cómo” de la ejecución, que se concreta en la aplicación de los complementos personales transitorios, se persigue la satisfacción de la obligación de resultado que la sentencia conlleva, y que constituye precisamente el límite constitucional a la opcionalidad. La recuperación y la limitación de los incrementos retributivos anulados a través de la aplicación de los CPT en un plazo razonable y proporcional, tiene como resultado conseguir lo que ha sido anulado: los incrementos retributivos que la RPT aprobó por encima de los límites establecidos en la Ley de Presupuestos del Estado para 1998.

Y, además, lo hace respetando un principio que también consideramos protegible, como es el de **confianza legítima**. Pues no podemos olvidar –sin que ello suponga merma alguna del principal fundamento de la obligación de ejecución que no es otro que la Constitución– que los destinatarios de la RPT y los actores de la negociación fueron partícipes de una actuación administrativa, cuyos efectos se tenían por legítimos, protegidos, en fin, por el conjunto del sistema normativo.

Quizás no sea ahora el momento, pero no podemos olvidar que los perfiles, el alcance de la negociación colectiva en el seno de nuestro sistema de función pública, ha generado numerosas situaciones de conflicto. Nuestro Tribunal Constitucional, desde la sentencia anulatoria del II Convenio de la Administración Local en el País Vasco, en el año 1982, ha mantenido una posición respetuosa con el modelo estatutario constitucional, situando la negociación colectiva en los términos residuales que este modelo permite, hasta el punto de resultar nitidamente contraria a lo que han sido declaraciones de intenciones, compromisos y, en fin, acuerdos entre los órganos del Gobierno y la representación sindical de los trabajadores públicos, algunas de las cuales han tenido eco jurisdiccional, como la reciente sentencia de la Audiencia Nacional de este mismo año, que protege los aumentos retributivos acordados entre el Gobierno del Estado y los Sindicatos, por encima de la Ley de Presupuestos y de los que, en estos momentos, conoce en vía de recurso nuestro Tribunal Supremo.

Esta “tensión” entre el modelo de función pública estatutario y constitucional y la negociación colectiva de los trabajadores públicos, que ha provocado con demasiada frecuencia –como sabemos– numerosos pronunciamientos de los distintos órganos jurisdiccionales, no ha sido fruto de una cadena de situaciones

casuales o de comportamientos patológicos de los agentes negociadores. No podemos llegar a esta conclusión, porque no es ajustada a la realidad, además de ser injusta.

Cuando la negociación colectiva en el seno –dentro– de la Administración Pública ha sido reconducida a los parámetros en los que actualmente se encuentra en nuestro sistema normativo, fundamentalmente por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional –desde la primera sentencia del TC con motivo del II Convenio de la Administración Local Vasca del año 1982 hasta la reciente sentencia de la Audiencia Nacional de este año 2001–, lo que ha existido es un terreno abonado por los mismos agentes públicos para infundir y difundir una situación de confianza legítima por parte de los destinatarios de la negociación.

Es muy difícil hacer abstracción de la sensación de inseguridad jurídica, de desequilibrio entre esta “seguridad protegible” y el “principio de legalidad” –que está en la base del principio de “confianza legítima”, en la configuración doctrinal y en la construcción interpretativa dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– cuando se analiza una situación como, por ejemplo, la derivada de la negociación de los Sindicatos y el Gobierno central que provocó la citada sentencia de la Audiencia Nacional.

Queremos expresar con ello que esta confianza legítima –generada muy probablemente por indefiniciones y “debilidades” del propio modelo de función pública en nuestro país–, que es hoy un principio sobre el que se ordenan otros vertebradores del sistema normativo europeo, permite modular o corregir los aspectos, las aristas más rígidas de principios como el de retroactividad, amparando y reconduciendo en términos de legalidad el obligado *balancing* de las expectativas de los afectados. No se puede negar esta “base de confianza”, y que la misma también merece protección.

Queremos significar con ello que el “cómo” de la ejecución, la opcionalidad concretada en la propuesta de ejecución, no solo respeta la obligación constitucional principal de ejecución de la sentencia, el resultado sancionado en el fallo judicial –al que, evidentemente, deben sacrificarse cualesquiera otros–, sino que también permite añadir, reunir, otros elementos, principios protegibles como el de confianza legítima.

### 3. Conclusión

Por todo ello, de conformidad con el informe emitido por el Departamento de Personal de fecha 14 de septiembre de 2001, en el que se pone de manifiesto y se evalúa el exceso de los incrementos retributivos que son objeto de anulación en virtud del fallo judicial, así como la propuesta encaminada al cumplimiento de la sentencia, entendemos que la técnica de reducción-menoración del valor punto que afecta a los complementos específicos de la RPT aprobada en el año 1998, y la consiguiente aplicación del Complemento Personal Transitorio –absorbible con futuros incrementos retributivos establecidos legalmente en los supuestos en los que el incremento retributivo afectado por la ejecución lo requiere–, sirve a la ejecución de la sentencia en términos de opcionalidad, dirigida al cumplimiento efectivo de la decisión judicial.

En consecuencia, consideramos ajustada a derecho la propuesta de ejecución voluntaria de la sentencia que se somete a acuerdo del Ayuntamiento en Pleno, sin perjuicio de las incidencias que, en su caso, puedan plantearse de acuerdo con el artículo 109 LJCA y por razón de cumplimiento ante el órgano jurisdiccional competente.

Este es el informe que emitimos, en cumplimiento de lo que ha sido tramitado y acordado por la Comisión de Gobierno en fecha 4 de septiembre de 2001. ■

Informe enviado para su publicación  
el 25 de octubre de 2012

31<sub>QDL</sub>

**Noticias bibliográficas**





---

## Noticias bibliográficas

Antonio Descalzo González

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

### **Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España**

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**

**Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, INAP/Editorial Derecho Global-Global Law Press, Sevilla, 2012**

Los procesos de reforma del Estado administrativo, derivados tanto de la crisis fiscal como de la liberalización de amplios sectores de la realidad social, han comportado, en gran medida, la puesta en cuestión del sistema clásico sobre el que había venido girando todo nuestro derecho público, con consecuencias en el triple orden normativo, administrativo y aplicativo.

Este nuevo libro del profesor Luciano Parejo Alfonso, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, tiene por objeto investigar este cambio radical, que, si puede discutirse si determina o no el montaje de un nuevo derecho administrativo, no puede cuestionarse que obliga a un profundo cambio de la "cultura" administrativa establecida, con repercusiones en la organización, el funcionamiento, los medios personales de las Administraciones e, incluso, el régimen sustantivo y procedimental de sus actos y, en general, su actuación, así como en el entendimiento de la relación Administración-destinatario de esta.

En este contexto, el autor no solo analiza la configuración y evolución del derecho administrativo español, sino que estudia en profundidad la situación del derecho administrativo en nuestro contexto europeo inmediato, representado por el Reino Unido, Francia y Alemania; examen detenido que permite explicar el derecho administrativo como un mecanismo de dirección y programación de la actuación administrativa, donde cobran especial relevancia la organización y el poder de organización, tradicionalmente poco estudiados entre nosotros.

### **La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias**

**ALFREDO GALÁN GALÁN**

**Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012**

La publicación de este nuevo libro de Alfredo Galán Galán, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, tiene lugar en un momento especialmente propicio para su lectura y estudio. Pues, en efecto, el tema de las llamadas competencias impropias es uno de los ejes principales de la reforma del régimen local actualmente en estudio.

Buena prueba de ello es que el último –por ahora– Anteproyecto de Ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que lleva fecha de 22 de diciembre de 2012, las coloca en el umbral mismo de su exposición de motivos, al decir que "La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, diseñó un modelo competencial que ha dado lugar a disfuncionalidades, generando en no pocos supuestos situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones Públicas, duplicidad en la prestación de servicios, o que los ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite para ello y sin contar con los recursos adecuados para ello. En definitiva, se trata de las ya conocidas coloquialmente como 'competencias impropias' o 'duplicidad de competencias'".

Aunque, como muy bien nos dice el profesor de la Universidad de Barcelona, la existencia de las denominadas competencias impropias es una realidad desde hace ya tiempo en nuestro derecho, ocurre que solamente la muy larga crisis que venimos atravesando ha puesto de manifiesto la urgencia de solventar los diversos problemas que plantean, con carácter general, desde la perspectiva del adecuado funcionamiento de los

distintos escalones de poder sobre el territorio y, especialmente, de la cuestión particular y fundamental de su financiación en una época de crisis.

En este contexto, resulta especialmente acertado que la primera parte del estudio esté dedicada al detenido examen y análisis de las múltiples iniciativas que, tanto desde el ámbito general-estatal como desde las comunidades autónomas y desde el nivel local, se han venido proponiendo para los problemas derivados de las duplicidades y de las competencias impropias.

De las mociones, acuerdos, informes y resoluciones que son objeto de consideración, puede aventurarse que, si bien los distintos actores que han tomado posición sobre nuestro modelo dinámico de planteamiento y desarrollo de políticas públicas por poderes públicos que operan sobre un mismo territorio y población asumen, por la misma naturaleza de las cosas, que ha dado lugar a supuestos de concurrencia en la satisfacción del interés general, en el momento actual quiere verse y destacarse, sobre todo, como una muestra de inútiles solapamientos e ineficiente asignación de los recursos públicos.

En la segunda parte de su estudio, el profesor Galán Galán realiza una labor ciertamente fundamental y que hasta ahora, quizás, no se había realizado con suficiente profundidad; a saber: examinar con precisión la pluralidad de sentidos de lo que se viene conociendo como competencia impropia en nuestro ordenamiento.

Esta delimitación conceptual del profesor Galán es, como digo, capital en este momento de anunciados cambios en el régimen de competencias de los entes locales, pues no todos los operadores tienen la misma noción sobre el alcance de tales competencias, y, por tanto, puede resultar una situación de grave confusión que afecte a las soluciones que se barajan actualmente sobre el futuro de nuestro gobierno local. ■

---

## NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
  - **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en lengua castellana o catalana, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
  - **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 10. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir los criterios normales de cita.
- En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s (p.).

*Ejemplo:*

JIMÉNEZ ASENSIO, R., "¿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, Bilbao, 2011, p. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número (núm.), editorial, año y página/s (p.).

*Ejemplo:*

PAREJO ALFONSO, L., "Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2012, p. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.

- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.





3 números al año

suscripciones

Última edición: abril 2012



**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](http://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.

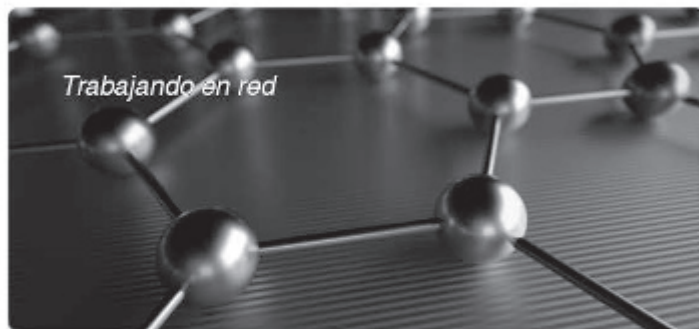
CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)



Inicio La Fundación Boletín Actividades Fundación Digital Publicaciones Actualidad



**Revista**  
La Revista Democracia y Gobierno Local, publicación divulgativa al servicio de los Gobiernos locales.

[ver más](#)



**Fundación Digital**  
Consulte aquí todas las publicaciones de nuestra Fundación en formato electrónico.

[ver más](#)



**Actividades**  
Consulte aquí todas las actividades de la Fundación (cursos, jornadas, debates-coloquio, desayunos...)

[ver más](#)

#### Últimas Publicaciones



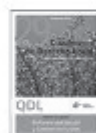
**El bicentenario de las diputaciones provinciales (Cádiz 1812)**



**Revista Democracia y Gobierno Local 16/17**



**Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico**



**Cuadernos de Derecho Local nº 29**



**El debate actual sobre las diputaciones provinciales. un análisis de las últimas propuestas electorales**



**La reordenación de las competencias locales. duplicidad de Administraciones y competencias impropias**

#### Actualidad



**La reforma de las competencias de la Administración Local a debate**  
viernes, 28 de septiembre de 2012

En la Diputación de Málaga por expertos del Ministerio de Hacienda [ver más](#)



**La Xarxa de Goversn Locals amplia el plazo para que los ayuntamientos digan cuáles son sus necesidades**  
viernes, 28 de septiembre de 2012

Próximo para presentar solicitudes [ver más](#)



**El Príncipe destaca en Cádiz el papel "fundamental" de los ayuntamientos**  
jueves, 27 de septiembre de 2012

"actores de primer orden" en la democracia [ver más](#)

[ver todas](#)

Suscríbete a nuestro RSS

#### La Fundación en Twitter



Gobierno Local  
fundlocal

fundlocal La reforma de las competencias de la administración local, a debate en la... [melaga.es/buscar/home.es...#reformegobiernolocal](#)  
about 1 hour ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Los diputados provinciales renuncian a su paga extra de Navidad. [cincoleducastilla.es/cincoleducastilla.es/2012/09/25/local...via @ortocastilla](#)  
2 days ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Fundación Democracia y Gobierno Local [gobiernolocal.org/actualidad/foc...](#)  
3 days ago · reply · retweet · favorite



Join the conversation

Suscríbete a nuestro Boletín digital

[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)

