

Junio de 2013

32

# Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

QDL

d Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local

32 Junio de 2013  
**Cuadernos  
de Derecho Local**

### Consejo Científico

Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del 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 Constitucional*

### Consejo de Redacción

Presidenta: María Dolors Batalla i Nogués, *Fundación Democracia y Gobierno Local*  
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*  
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*  
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *TSJ Madrid*  
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*  
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*  
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*  
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*  
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

### Coordinadora

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

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

### Edición

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

Velázquez, 90, 4º  
28006 Madrid

### Producción

FOTOLETRA SA

### 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 El despido colectivo en el ámbito de las Administraciones Públicas  
Alberto Palomar Olmeda
- 26 La incapacidad temporal del empleado público en las comunidades autónomas y en la Administración local tras el Real Decreto-ley 20/2012  
María Antonia Pérez Alonso
- 44 El empleo público en el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, y corrupción  
Antonio Serrano Pascual

### **Ponencias, crónicas y notas**

- 65 La propiedad privada y la potestad expropiatoria. Procedimientos especiales de expropiación  
José Enrique Candela Talavera
- 83 Competencias locales y protección del medio ambiente: especial referencia al planeamiento urbanístico municipal  
Verónica Yazmín García Morales
- 91 Morosidad en el sector público local (novedades en el régimen de responsabilidades)  
Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urrís
- 103 El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales  
Eduardo Paricio Rallo

### **Jurisprudencia**

- 119 Crónica de jurisprudencia (de 1 de febrero a 30 de junio de 2013)  
Antonio Descalzo González

### **Documentos e informes jurídicos**

- 145 ¿Pueden los concejales no adscritos ejercer competencias delegadas en régimen de dedicación parcial o exclusiva?  
Diego Ballina Díaz
- 151 Revisión de oficio de resolución del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental (INAGA)  
Ana Cristina Bescós Boltaina

- 156 Efectos de la nulidad de una ordenanza fiscal sobre actos de liquidación  
Luis Gómez Merlo de la Fuente
- 167 Permisos que puede obtener la alcaldesa como funcionaria del Gobierno de Aragón, para ausentarse durante su horario laboral para el cumplimiento de los deberes y funciones propios de su cargo  
Jesús Sanagustín Sánchez
- Noticias bibliográficas**
- 177 Noticias bibliográficas  
Miguel Casino Rubio

#### **FE DE ERRORES**

En la sección "Documentos e informes jurídicos" de los números 30 y 31 de los *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* se publicaron sendos trabajos titulados "Informe sobre las facultades de la Administración y sus entes dependientes para supervisar proyectos, supliendo la necesidad de visado colegial. En concreto por una sociedad mercantil de capital íntegramente provincial" e "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", cuya autoría, por error, se atribuyó a Fernando Fernández-Figueroa Guerrero, secretario general de la Diputación de Sevilla, cuando, en realidad, su autor es **Juan Antonio Sánchez Benítez**, técnico de Administración General del Servicio Jurídico Provincial de la Diputación de Sevilla.

32<sub>QDL</sub>

**Estudios**





---

# El despido colectivo en el ámbito de las Administraciones Públicas

Alberto Palomar Olmeda

Profesor titular (acred.) de Derecho Administrativo

## Introducción

1. El despido colectivo en el ámbito de las Administraciones Públicas
2. Régimen jurídico justificativo de la utilización de este mecanismo
3. El procedimiento para el despido colectivo en las Administraciones Públicas
4. A modo de conclusión

## Resumen

La necesidad de dotar a la Administración Pública de instrumentos de flexibilidad en la gestión del empleo público, ha llevado al legislador a introducir la figura del despido colectivo en el ámbito de las Administraciones Públicas en general, y cualquiera que sea la forma organizativa de las mismas. En el presente trabajo se analizan algunos elementos centrales de la nueva regulación y de los primeros precedentes judiciales que se van conociendo, y que denotan una falta de sintonía entre la normativa sustantiva y la normativa económico-financiera y presupuestaria.

Palabras clave: *despido colectivo; sector público; despido; régimen laboral empleo público; causas económicas; insuficiencia presupuestaria.*

## *Collective redundancies in Public Administrations*

### **Abstract**

*The Spanish legislator has introduced collective redundancies in Public Administrations regardless its form of organization. This measure responds to the necessity of providing Public Administrations with flexible management tools. This article analyzes some key elements of the new regulation and the first judgments in this matter and shows the lack of harmony between the substantive regulation and the economic, financial and budget regulation.*

Keywords: *collective redundancies; public sector; dismissal; public personnel with labor contracts; economic causes; budget shortfalls.*

## Introducción

No parece necesario insistir en la necesidad para las Administraciones Públicas de encontrar un marco jurídico de eficiencia en la gestión de sus recursos humanos. Durante bastante tiempo se vio en la legislación laboral la panacea para conseguir la eficacia en dicha gestión, por un fenómeno de imitación evidente con lo que ocurría en el ámbito laboral.

Es lo cierto, sin embargo, que la aplicación de la legislación administrativa en la selección, en el régimen disciplinario y organizativo y en la propia ordenación del sistema público, y sobre todo las exigencias que proceden de la legislación y de la normativa presupuestaria y económico-financiera, hicieron perder pronto la esperanza de que realmente la aplicación del régimen laboral fuera aquella panacea que consiguiera la flexibilidad de las relaciones laborales en el empleo público, que, de alguna forma, se convierte en el atractivo del mundo privado.

A partir de esta consideración, y de la evidente necesidad de acomodar las relaciones de empleo público a las exigencias de un entorno de reducción del gasto público y de reducción o supresión de algunos servicios, el debate se centra en un elemento clave: la posibilidad del despido en las Administraciones Públicas.

En este punto, debemos insistir en que el planteamiento que aquí se realiza se centra en los empleados públicos sometidos al régimen laboral y con preterición de los funcionarios públicos, cuyo régimen de inamovilidad es uno de los elementos introducidos expresamente por el EBEP como forma de reforzar el estatuto al que se refiere el artículo 103.3 de la CE.

Situados en este plano cabe indicar que la reforma introducida, finalmente, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha tenido, en primer término, que realizar una acotación de carácter orgánico para diferenciar entre aquellas entidades que tienen un régimen mercantil de mercado, y aquellos otros empleados públicos que prestan servicios en una entidad administrativa aunque su vínculo jurídico sea, finalmente, laboral y no administrativo.

Esta acotación sirve, en buena línea conceptual, para diferenciar fenómenos que ciertamente exigen

esa diferenciación, y no solo en el régimen de personal sino en general, en el conjunto de su régimen jurídico y de su funcionamiento. Es cierto, como señala la norma laboral, que cuando la actividad de la Administración es por su esencia de derecho privado y de régimen mercantil común, su régimen jurídico no debe diferenciarse del que se aplica al conjunto de los empresarios, y sin embargo, cuando se aplica a los órganos y las necesidades administrativas, su régimen debe ser diferenciado.

En todo caso, y con este carácter general e introductorio en el que nos estamos moviendo, cabe indicar que el conjunto de las Administraciones Públicas están sometidas, adicionalmente, a una serie de determinaciones y obligaciones que proceden del entorno económico-financiero y que realmente están condicionando el conjunto de la actividad de las Administraciones afectadas.

Señalemos en este sentido, y a modo de introducción, que la cuestión y la colisión entre ambas referencias –la legalidad sustantiva laboral y la económico-financiera y presupuestaria- no aparece resuelta de una forma claramente satisfactoria en el ámbito de la reforma laboral, y probablemente esto es lo que explica que las primeras referencias y los primeros precedentes judiciales no estén resultando todo lo satisfactorios que cabía pensar. Esto nos debería llevar a reflexionar sobre si el aluvión de normas, procedentes de diferentes entornos y confluyentes anárquicamente en una misma realidad, llegan a producir los efectos realmente queridos o, por el contrario, se acaban anulando o reduciendo unas a otras. Sería importante, en este punto, que las reformas respondieran a una lógica común y única, y que, a partir de la misma, se proyecten sobre realidades diferenciadas en lo sustantivo.

## 1. El despido colectivo en el ámbito de las Administraciones Públicas<sup>1</sup>

En el estado de cosas descrito la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha querido dotar a las Administraciones Públicas de un instrumento para la flexibilización parcial del empleo público, mediante la instauración de un régimen específico para el despido colectivo<sup>2</sup>. La conside-

1. CRUZ VILLALÓN, J., "Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010.

2. JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Despidos colectivos en el sector público: se abre la veda*, [www.estudi.com/blog](http://www.estudi.com/blog). Accesible el 7 de abril de 2013.

ración de parcial a la que nos acabamos de referir deriva, en esencia, de no haber intentado medida semejante en ámbitos que no sean el de la reducción de plantillas, que, sin duda, puede ser un elemento clave para la reordenación laboral, pero, desde luego, no puede considerarse el único con el que conseguir una mayor adaptación del régimen de empleo a las características cambiantes de las diferentes organizaciones<sup>3</sup>.

La utilidad de esta medida deriva no solo de las causas generales de orden económico, sino también de la existencia de una serie de precedentes aplicativos, que demuestran la dificultad de la aplicación de los esquemas habituales del derecho del trabajo para conseguir una solución del mismo tenor que la que se aplica en el conjunto de las relaciones laborales. Las dificultades esenciales de la aplicación de las medidas de flexibilidad de plantillas vía despido colectivo, derivan de que este, en esencia, pivota sobre la crisis económica, y la crisis económica -en el ámbito público- es difícil de objetivar porque, como reiteradamente indicaremos, ciertamente no admite asimilación con la posición del empresario en crisis, sobre todo porque la crisis de lo administrativo se convierte, muy a menudo, en una crisis general de lo público que implica el ejercicio de la potestad tributaria o de la deuda pública como elementos para solventar aquella.

Es evidente que el empresario convencional no tiene, prácticamente, acceso a ninguna de las dos posibilidades como herramientas para la solución de su crisis, que depende de los agentes externos, de la capacidad y del volumen del negocio, y por tanto de la aceptación social de sus productos. En esencia no es sino una manifestación más de la diferente posición ordinamental que la Administración Pública tiene en el ámbito social.

De esta forma, podemos indicar que la introducción de elementos de flexibilidad -en este caso, de

especificidades en el despido colectivo- en la conformación y mantenimiento de las plantillas en el ámbito del “núcleo duro” de lo público constituye una cierta novedad, que viene a salir al paso de las dificultades reales que, hasta el momento, había tenido la aplicación de esta figura en el ámbito administrativo puro, por la dificultad de acreditar la pérdidas económicas en una serie de entidades que, como antes hemos indicado, tienen la capacidad de cuadrar unilateralmente sus ingresos con decisiones ligadas al poder de *imperium*.

Esta cuestión, por más que ahora se haya hecho un intento de acotación de las variables que justifican la adopción de la medida, estará siempre sobrevolando en un ámbito como el que aquí se analiza. Volveremos más adelante sobre dicha cuestión, que conviene, no obstante, dejar apuntada, porque realmente en el acierto de la fórmula propuesta se juega la viabilidad y la utilidad de la misma.

En todo caso, antes de analizar el régimen jurídico concreto, convendría indicar que la opción de la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha sido la de diferenciar los fenómenos administrativos y la forma de articulación de los despidos colectivos en cada uno de los distintos fenómenos de personificación pública<sup>4</sup>. Con vocación de síntesis podemos recordar, en este punto, que dicha opción diferencia entre la Administración clásica y más representativa, que es la que es objeto de análisis en este momento, y los fenómenos instrumentales adicionales -cualquiera que sea la naturaleza jurídica de los mismos- que se han ido creando en los últimos tiempos. La idea central es que mientras para la primera tiene que producirse una cierta adaptación del marco general (que merece un tratamiento específico), en los segundos lo que resulta aplicable (potencialmente) es el régimen general del despido colectivo, y aquí las peculiaridades son, ciertamente, menores.

3. ROQUETA BUJ, R., “La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, Madrid, 2011; posteriormente, *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

4. La STSJ de Madrid (Social) de 9 de abril de 2013, en relación con las sociedades que conforman Telemadrid, indica: “Por lo tanto, el legislador ha optado por la técnica de la remisión normativa, para determinar el ámbito de aplicación subjetiva de la norma. En concreto, remite a lo dispuesto en el art 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público. Es cierto que se podía haber optado por la remisión a una norma sectorial del ámbito puramente administrativo, como sería, a título de ejemplo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado, ya que la misma suele contener una delimitación clara del Sector Público, o a otras normas, como la que citan los demandados, pero lo cierto es que la remisión, se efectúa al referido párrafo primero del art. 3 LCSP. Partiendo de estas premisas, podemos concluir que la demandada es un ente público que no se encuentra entre los regulados por el punto 3.2 de la disposición adicional 20 del ET y debemos definirlo de conformidad con el art. 3.1 h) de la Ley del Contratos del Sector Público”.

Esta delimitación se hace –no sin polémica- sobre la base de los criterios establecidos en la normativa de contratos públicos y en el tratamiento que la misma establece de los conceptos de Administración Pública y de sector público, que son los que se incorporan, ahora, al ámbito laboral, para establecer el respectivo marco jurídico en el que deben desarrollarse los despidos colectivos.

En el presente estudio centramos nuestro análisis únicamente en el ámbito del personal laboral de las Administraciones Públicas estrictamente consideradas<sup>5</sup>.

## 2. Régimen jurídico justificativo de la utilización de este mecanismo

Fuera de la anterior cuestión que nos sitúa en un plano general, nos corresponde en este punto analizar el régimen jurídico concreto, y podemos intentarlo sobre la base de los siguientes elementos:

### A) Definición:

Lo primero que hace el Reglamento (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre) es definir qué se entiende por despido colectivo. Esta definición se realiza por referencia, a su vez, a dos conceptos: sustantivo y orgánico.

Dentro del primero, el artículo 35 del Reglamento<sup>6</sup> establece que, en un periodo de noventa días, la extinción del contrato de trabajo afecte al menos a<sup>7</sup>:

5. La desconexión de la nueva regulación con el EBEP fue resaltada por el Consejo de Estado en el Dictamen de 4 de octubre de 2012, cuando señaló: “Con carácter previo al análisis del contenido de este título, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el Reglamento, dictado en esencia al amparo de la competencia prevista en el artículo 149.1.7 de la Constitución, y que en relación con este título concreto también se refiere, en los términos que seguidamente serán analizados, a la legislación de estabilidad presupuestaria, no haya efectuado ninguna referencia al Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), que contiene las normas sobre empleo y puestos de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 2 de la Ley 7/2007). 1. La introducción de una regulación en nuestro Derecho de este género de despidos colectivos en el ámbito de las Administraciones Públicas se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012, cuya disposición adicional segunda introduce una disposición adicional vigésima en el Estatuto de los Trabajadores que establece lo siguiente [...]”.

6. La STSJ de Castilla y León de 22 de enero de 2013 establece la doctrina en aplicación de la normativa comunitaria sobre la forma de consideración del despido colectivo, cuando señala: “Sin embargo tal motivo tampoco ha de prosperar, pues es precisamente la reciente doctrina sentada por la Sala Cuarta en Sentencia de 3 de julio de 2012, recurso 1657/2011, la que viene a interpretar la Directiva 98/59 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos, y en la que concluye el Alto Tribunal que [...] la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 (LCEur 1998, 2531), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, cuya transposición al derecho interno se ha realizado a través del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997). En efecto, el artículo 1 de la Directiva dispone que a efectos de la aplicación de la presente Directiva: a) Se entenderá por *despidos colectivos* los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: [...] señalando a continuación el periodo en el que han de producirse los despidos y el número de trabajadores afectados en relación al número de trabajadores del centro de trabajo. La Directiva, por tanto, conceptúa un despido como colectivo siempre que se de el elemento numérico y el temporal, apareciendo el causal mucho más atenuado que en la regulación contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, pues solo exige que se trate de motivos no inherentes a la persona del trabajador [...]”.

En relación con la Directiva, véase CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 sobre despidos colectivos”, *Actualidad Laboral*, tomo II, 2004.

7. En relación con el momento del cómputo, la STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013 establece:

“En cuanto al primero de los motivos de nulidad invocados, referido a que el ERE no afecte al número mínimo de trabajadores exigido por el art. 51 del ET (RCL 1995, 997) y 35.1.c) del Reglamento [RD 1483/2012 (RCL 2012, 1474)], cabe señalar que según dicho artículo 35, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción de contratos de trabajo del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RCL 2007, 1964), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106), fundada en causas económicas, técnicas u organizativas se llevará a efecto mediante el procedimiento establecido en este Capítulo en los supuestos en que, en un periodo de noventa días tal extinción afecte al menos a: [...] treinta trabajadores en las entidades de la Administración local que ocupen a más de trescientos trabajadores.

“En el supuesto enjuiciado, en la comunicación inicial se hace referencia a que el expediente afecta a 32 trabajadores, y 4 de los trabajadores inicialmente despedidos han vuelto a ser readmitidos en el periodo de consultas, tal como consta en el hecho probado quinto, por los motivos que se declaran en el mismo. Por lo tanto, es lo cierto que una vez finalizado el periodo de consultas no se alcanza el umbral numérico exigido por dicha norma [art. 51 del ET (RCL 1995, 97) y 35.1.c) del RD 1483/2012

a) Diez trabajadores, en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a esta, en la Consejería de las comunidades autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen menos de cien trabajadores<sup>8</sup>.

El precepto, frente a lo que establece el artículo 1.º para el conjunto de los empresarios, se limita a concretar el ámbito en el que deben computarse los diez trabajadores por referencia a un Departamento Ministerial, a una Consejería o a una Administración local, y, adicionalmente, a uno de los entes públicos vinculados o dependientes de cualquiera de las Administraciones indicadas.

b) El 10 por 100 del número de trabajadores de los mismos, en aquel Departamento Ministerial, ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculados a esta, en la Consejería de las co-

munidades autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

Frente a la regulación común la referencia diferencial es, de nuevo, la precisión de dónde debe entenderse referido el cómputo, en los mismos términos del apartado anterior para el cómputo de los diez trabajadores.

c) Treinta trabajadores en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a esta, en la Consejería de las comunidades autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se trata, de nuevo, de una fórmula que trata de

---

(RCL 2012, 1474)], por cuanto las extinciones afectaron a 28 trabajadores en una plantilla de 367 trabajadores laborales.

“Pero tampoco acogemos esta alegación como causa de nulidad, por cuanto los umbrales mínimos exigidos por el citado artículo concurrían al inicio del expediente, que es cuando hay que determinar el concreto número de trabajadores afectados a los efectos de acudir o no al procedimiento de despido colectivo, pues de no haberse llegado a ese umbral en el momento de los despidos, la decisión extintiva no podía haberse instrumentado por los cauces del despido colectivo, por causas objetivas. Diferencia esencial entre el régimen jurídico del despido colectivo y el propio del despido por causas objetivas es que el empresario, en este, queda facultado para extinguir unilateralmente el contrato, mientras que en aquel, por la relevancia que supone el número de trabajadores afectados, se ha estimado, hasta la reforma laboral de 2012 (con esta desaparece la autorización administrativa salvo por causa de fuerza mayor) que era necesario la obtención, previamente, de una autorización administrativa, expresiva de que concurren las causas que justifican su pretensión extintiva. Y la consecuencia de no seguirse los cauces del despido colectivo, cuando por el número de trabajadores inicialmente despedidos debía acudirse al mismo, es la nulidad del despido, según resulta del art. 122.2 de la LRJS. Por tanto, consideramos adecuado el trámite seguido para las extinciones contractuales, dado el número inicial de trabajadores afectados, para quienes el procedimiento colectivo ha ofrecido mayores garantías [...]”.

8. En relación con la definición del ámbito de aplicación de los procesos, el Dictamen del Consejo de Estado de 4 de octubre de 2012 afirmó:

“2. Una de las cuestiones debatidas acerca de la configuración del procedimiento de despido colectivo de las Administraciones Públicas ha sido la del ámbito del procedimiento. En el ET el criterio elegido, como recordaba el dictamen 389/2011, es el de la empresa, cuya traslación a este ámbito no deja de presentar dificultades de precisión, incluso en su traslación a la determinación del número de trabajadores afectados por el procedimiento.

“En este sentido, se comprende que se empleen como referencia aquellas expresiones que se refieren a personas jurídicas diferenciadas -entidades u organismos- en paralelo al empleo del término empresa en el procedimiento del ET. Pero junto a ello, términos como ‘departamento ministerial’ o ‘consejería’ implican una amplitud que, en conexión con algunas previsiones específicas -como la del 35.2-, plantea un escenario de difícil articulación -así, por ejemplo, si el ámbito es un Ministerio y la extinción ha afectado a diez trabajadores en el Departamento, se prevé en el artículo 35.1 que la extinción de contratos deberá hacerse por el procedimiento regulado al efecto cuando en ese ámbito se ocupen menos de 100 trabajadores-. Se sugiere por ello una revisión de esta cuestión que se regula en los artículos 35 y 36 del Reglamento (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre).

“Junto a ello, ha de indicarse que la redacción del artículo 35.2 presenta la dificultad de inferir que la contratación del personal laboral de las Administraciones Públicas se efectúa con arreglo al ET o normativa laboral dictada en su desarrollo. El Reglamento no es el lugar en el que hacer este tipo de declaraciones que implica, además, una valoración sobre la relación entre la normativa laboral y el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007) que no es necesaria. Se entiende que debe suprimirse este inciso final.

“Por lo que se refiere al tercer apartado, se sugiere reproducir en términos exactos en el Reglamento lo previsto en el párrafo segundo de la disposición adicional vigésima del ET [...]”.

establecer una precisión orgánica como regla de cómputo.

Por lo que se refiere a esta regla de cómputo, se añade:

“A efectos del cómputo del número de trabajadores a que se refiere el presente artículo, se incluirá la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente con arreglo al Estatuto de los Trabajadores o normativa dictada en su desarrollo”.

Desde una perspectiva general podemos indicar que la especialidad introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se centra en la identificación del ámbito organizativo en el que tiene que producirse el cómputo del número de despidos para considerarse como despido colectivo, conforme a las reglas comunes y a las que derivan del propio ordenamiento comunitario.

#### B) Causas:

No obstante lo anterior, la cuestión que, sin duda, resulta más novedosa y, por ende, más conflictiva, es la que se refiere a la delimitación de la concurrencia de las causas<sup>9</sup>. Comencemos por recordar que la normativa laboral ha mantenido identidad de causas en el conjunto de los despidos colectivos en el seno público sin caer en la tentación (probablemente razonable) de diferenciar causas en función de la capacidad organizati-

va y de la naturaleza jurídica de las distintas realidades que configuran el sector público. Es cierto, como se analizará seguidamente, que se produce una cierta confusión en la conexión entre causas dependientes o independientes de la voluntad de la propia Administración. De alguna forma lo que se aprecia aquí es una cierta concepción diferencial ligada a los efectos de la potestad organizatoria que corresponde a las Administraciones Públicas, y que no siempre se ejerce en términos de propia voluntad, sino que es consecuencia de determinaciones legales expresas que imponen o condicionan la existencia de determinados servicios.

El esquema es, pues, claro: las causas son las mismas, lo que ocurre es que, ahora, se han matizado de conformidad con los procesos de organización y de funcionamiento administrativo en los que deben situarse para conseguir que su utilización en el ámbito público se adapte, en la medida de lo posible, a las características especiales de la Administración Pública. Pasemos a analizar las causas de forma individual.

En este esquema:

- Causas de carácter económico

Señala el Reglamento que “[...] se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los

9. En relación con la causalidad del despido colectivo, puede verse el trabajo de FALGUERA BARÓ, M., *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013.

10. La STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013 analiza esta causa, indicando:

“[...] la vista de estos datos, es claro que no concurre en la situación económica del ente provincial demandado una situación de déficit presupuestario, dado el saldo positivo de sus cuentas. Ciertamente es que, según testimonio de la interventora en el importe del remanente se incluyen derechos pendientes de cobro, que no se sabe muy bien si se van a cobrar o no, y que sería precisa su ‘depuración’ contable, por las dudas que genera su realización. Sin embargo, mientras esa ‘depuración’ no se produzca no pueden excluirse de la contabilidad porque se trata de derechos cuya titularidad corresponde al organismo demandado, y es su obligación el intento de cobranza de los mismos.

“Por otro lado, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 35.3, para que se produzca insuficiencia presupuestaria, es preciso que concurren conjuntamente las situaciones a que aluden los apartados a) y b) de dicha norma, esto es, que en el ejercicio anterior la Administración Pública haya presentado una situación de déficit presupuestario, y que los créditos o las transferencias, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores.

“Teniendo en cuenta el Presupuesto inicial de la diputación Provincial de Ourense para el ejercicio 2012, el mismo asciende a 71 023 057 euros, y según el informe de la interventora de dicho organismo, solamente desciende un 2,81 %, por lo tanto, el porcentaje de minoración es muy inferior al 5 % al que alude la norma [art. 35.3.b) del RD 1483/2012 (RCL 2012, 1474)]. Ciertamente que la norma contiene un último apartado en el que se dice: ‘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’, pero la Sala no puede entrar en esta valoración, sobre posible desviación en la ejecución según el presupuesto inicial, porque en el informe de Intervención nada se señala sobre posibles modificaciones presupuestarias.

“Siguiendo con el examen del informe económico de la interventora, y de lo que también se contiene en la memoria explicativa de la causa económica, y en el informe pericial de la parte demandante, cabe señalar que en el ejercicio 2011, el presupuesto liquidado fue de 78 747 208,86 euros, lo que supone un 7,8 % de incremento con respecto al inicial, lo que representa un incremento de 5 727 209 euros, y respecto de los gastos de personal un incremento respecto del presupuesto inicial de 1 373 003 euros, lo que equivale a un incremento del 4,6 %. Consecuencia de todo ello es que en este ejercicio no hubo minoraciones respecto del presupuesto inicialmente aprobado. En cuanto a la comparación presupuestaria de los años

servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos". Por más que se trate de la Administración Pública, no debe olvidarse el criterio que recalca la SAN (Social) de 19 de marzo de 2013:

"La tesis expuesta se ha mantenido firmemente en la jurisprudencia, por todas TS 2-03-2009, RJ 2009\1719 y 16-05-2011, ROJ 3647/2011, defendiéndose que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción".<sup>10</sup>

De nuevo se aprecia una tendencia a considerar una similitud que no existe entre el presupuesto públi-

co y el privado, cuando la capacidad de gestión de la que se dispone en el presupuesto público es, sin duda, mucho mayor que la que se tiene en el privado. De esta forma, hay dos cuestiones que deberían aclararse para que los problemas preexistentes no se reproduzcan en la aplicación:

- *Déficit presupuestario sobrevenido*<sup>11</sup>. El concepto de déficit presupuestario sobrevenido es, ciertamente, un concepto complejo, porque no tiene una referencia temporal clara y puede "sobrevenir" en un único ejercicio presupuestario o en ejercicios presupuestarios sobrevenidos.

Es lo cierto, sin embargo, que el tratamiento y la solución no son idénticos, y responden a mecanismos legales diferenciados. De esta forma, el déficit presupuestario sobrevenido en un único ejercicio presupuestario puede ser corregido mediante técnicas diversas, que van desde el incremento de ingresos hasta la contención de gastos. De hecho, por ejemplo, el plan de disposición de fondos tiene, precisamente, el objetivo de corregir la

---

2010 y 2011, cabe resaltar que el presupuesto inicial del ejercicio 2011 desciende un 14,04 % con respecto al de 2010; y el Presupuesto inicial del ejercicio 2010 desciende un 1,28 % con respecto al presupuesto del ejercicio del año 2009. Esto implica que el Presupuesto inicial solamente sobrepasa el 7 % al confrontar los ejercicios de los años 2010 y el 2011 pero antes de su liquidación, por cuanto, si la comparación se hace con el Presupuesto liquidado, la caída es menor. El Presupuesto liquidado del ejercicio 2011 se reduce en un 6,09 % con respecto al del año 2010; y el presupuesto liquidado del ejercicio 2010 desciende un 5,65 % con respecto al ejercicio precedente. Consecuentemente, el porcentaje de minoración de los créditos liquidados aun siendo superior en los dos ejercicios precedentes al 7 %, no permite estimar cumplidos los dos requisitos que la norma reglamentaria exige para el despido colectivo por causas económicas [art. 35.3. a) y b) del RD 1483/2012 (RCL 2012, 1474)].

"Tal como se afirma en la Sentencia del TSJ Madrid de fecha 9 de abril de 2013 (AS 2013, 278), la justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1.º acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2.º establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo, y 3.º mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.

"En el presente caso, el primero de los requisitos no concurre, porque no ha quedado debidamente acreditada una situación económica negativa de insuficiencia presupuestaria, o situación de déficit presupuestario en los términos exigidos por el art. 35.3 del RD 1483/2012 (RCL 2012, 1474), tal como antes se expuso, a pesar de ser ciertas las minoraciones de las aportaciones que hace el Estado a la Diputación Provincial demandada.

"En cuanto al segundo requisito, si no existe una situación de déficit presupuestario, no resulta factible que la situación económica pueda provocar efectos sobre los contratos de trabajo, no resultando justificada la necesidad de amortización de todos los puestos. Y es que solo sería procedente la extinción de todos los contratos de trabajo, si el desajuste de la plantilla fuese el factor desencadenante de una situación económica negativa, pero no lo es, y es posible, además, que con la adopción de otras medidas, como la reducción de las partidas presupuestarias asignadas al Baloncesto o al Fútbol, tal como expuso el letrado de los trabajadores, quizás se hubieran podido evitar si no todos, si un número mucho menor de trabajadores despedidos.

"Y finalmente, la medida extintiva no puede considerarse de adecuada proporcionalidad para superar una situación económica negativa, pues resulta contraria al deber de buena fe, desde el momento en que simultáneamente a la tramitación de un ERE que comportó la extinción de 25 contratos de trabajo, se nombran dos asesores de confianza con un gasto anual aproximado de 120 000 euros.

"Por cuanto se deja expuesto la Sala considera que no concurre causa económica justificativa del cese de los actores, pues no se ha acreditado la concurrencia de una situación de insuficiencia presupuestaria en los términos exigidos por el art. 35 del Reglamento, por lo que procede declarar no ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por la Diputación de Ourense [...]"

11. BOLTAINA BOSCH, X., "La extinción de los contratos de trabajo en la Administración Pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias", *Temas Laborales*, núm. 65, 2002; 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, Navarra, 2005.

ejecución presupuestaria desviada y, por tanto, evitar que se produzca una situación de las que la normativa presupuestaria denomina ahora “sobrevenida”.

Pero si nos referimos a un concepto de “sobrevenido” ligado a ejercicios presupuestarios diferentes, cabe recordar que, tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, General de Estabilidad Presupuestaria, la capacidad de presentación y aprobación de presupuestos deficitarios se presenta ciertamente con un carácter muy reducido y, sobre todo, coyuntural, porque la idea central que preside este marco es la de la estabilidad y el superávit financiero.

En este esquema la expresión utilizada por el legislador no deja de ser ambigua y, en cierta forma, descontextualizada del marco general en el que debe desarrollarse la gestión pública del futuro, que si, efectivamente, funciona, no admitirá que dicha situación se dé en la realidad.

En este sentido, por tanto, la virtualidad en la concreción del presupuesto habilitante que se predicaba no tiene, en este ámbito, el efecto suficiente si se encuadra en la técnica presupuestaria común y se sitúa más en un concepto vulgar –no técnico– que trata de vincular la crisis económica común con la figura central de la planificación administrativa como es el presupuesto. No obstante, hubiera sido más razonable que la conexión no fuera meramente nominal, sino que encajara con la regulación legal del propio presupuesto.

- *Vinculación al servicio público correspondiente.*

Esta expresión no hace, igualmente, sino inducir a una cierta confusión adicional. De esta forma, la primera consideración que podríamos plantearnos en la exégesis de la expresión es la de si solo es posible su utilización cuando estemos ante un servicio público formalmente declarado, o si, por el contrario, la expresión se utiliza –de nuevo– en un sentido vulgar (no técnico) equivalente a la función administrativa de un órgano del mismo tenor. Lo razonable es pensar que se trata de una redacción que no ha querido hacer un matiz tan propio del derecho público como el de la declaración formal del servicio público, por oposición conceptual a otras formas de actuación administrativa, y que se ha quedado en un concepto que tiene que ser aplicado e interpretado de una forma amplia.

Admitiendo lo anterior, cabe indicar, adicionalmente, que la referencia al servicio público correspondiente parece disociar los costes de funcionamiento del respectivo servicio de los que se corresponden con la organización que los soporta. La disociación entre servicio y organización es la que nos lleva a esta

consideración, que podría haberse evitado si el concepto no se refiere al servicio sino a la función administrativa, y por tanto a la presupuestación del órgano correspondiente para el desarrollo de la misma.

Esta disociación entre servicio y organización es realmente difícil de demostrar, en términos económicos, en organizaciones que –en la mayor parte de los casos– no disponen de contabilidad de costes, y, finalmente, nos sitúa en un terreno que tampoco es admisible, ya que si el ente tiene problemas de supervivencia económica, para llegar a esta consideración debe efectuarse desde una visión de conjunto, y no únicamente por referencia a la actividad o a la estructura de diversos servicios, que pueden no dar una imagen final de la entidad en cuestión.

Finalmente, y aunque nos encontremos ante el sector público administrativo, es lo cierto que la declaración formal de servicio público de las actividades –que apuntábamos anteriormente– que realizan encierra una notable dificultad adicional, que no resulta necesaria para un supuesto como el que aquí se indica. Sería suficiente con enfrentar a cada organización –a cada unidad de las que admiten ser sujeto pasivo del despido colectivo– con su propia presupuestación, y no con las finalidades de financiación del servicio público. Esta referencia a la financiación del servicio público cuando el mismo no se financia en términos de mercado sino de mecanismo de *imperium*, permite indicar que el carácter persistente o de no puntual que es la segunda nota adicional no se puede dar porque el respectivo ente público asume –en términos de la legalidad de estabilidad presupuestaria– la obligación de su reequilibrio.

Las técnicas y las formas de reequilibrio de un servicio público son ciertamente muy complejas en un ámbito como el que analizamos en este momento, porque la entidad pública dispone de la capacidad de ordenar la forma y las condiciones de financiación, dispone de la posibilidad de conceder y externalizar los costes, de conseguir ingresos extraordinarios por la vía de la utilización de su patrimonio, etc. Se trata de un conjunto de instrumentos que ciertamente diferencian al empresario privado de una Administración Pública que, salvo en los supuestos de servicios públicos obligatorios en el ámbito local, puede adoptar, en muchos casos, la decisión de suprimir el servicio público en cuestión.

Conscientes de la ambigüedad en la que nos sitúa esta cuestión, el propio Reglamento (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre) trata, más tarde, de

aclararlo, al establecer un criterio susceptible de medición real cuando señala que:

“A los efectos de determinar la existencia de causas económicas, para los sujetos a los que se refiere el citado artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se entenderá que existe 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, y

“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<sup>12</sup>.

“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”.

Es decir, que se corta por lo sano y se va a un criterio objetivo: déficit en el año anterior, o disminución de los créditos o las transferencias en lo que se solicita, cuando afecten al gasto corriente en un 5 % en un ejercicio o en un 7 % en dos ejercicios.

Llegados a este punto surgen algunas dudas: ¿Por qué se utilizan dos conceptos diferentes para establecer una misma regla de cálculo, esto es, por qué, primero, se hace referencia a la financiación del servicio público y más adelante al gasto corriente? ¿La mera reducción de los créditos en un porcentaje en un presupuesto equilibrado es razonable que sea causa de extinción de contratos? En los apartados anteriores se ha indicado que uno de los principios a los que se somete la presupuestación actualmente es, precisamente, el de equilibrio, luego es razonable pensar que el

déficit de un año se ve compensado con el equilibrio del siguiente mediante la utilización de criterios o de potestades que corresponden a la respectiva Administración en la confección del presupuesto. Si esto es así, la incidencia de la reducción de créditos no debe tener el efecto que se predica, porque la mera reducción no necesariamente lleva, de nuevo, al déficit, ni, sobre todo, justifica la inviabilidad de una estructura, si la misma se condiciona o frena por la vía de los ajustes en la ejecución.

A nuestro juicio, por tanto, la acreditación de las causas económicas que justifican la existencia de una situación que habilita los despidos, está claramente rodeada de una ambigüedad que no resulta sencilla de entender para el intérprete de la norma, en un marco de estabilidad presupuestaria y en un sistema de estabilidad que conlleva medidas admonitorias e, incluso, coercitivas por el incumplimiento de las mismas. Si en este ámbito se produce la regularización –con todas las dificultades que se quieran sobre la capacidad de gasto y la ordenación de los servicios-, la concurrencia de los supuestos habilitantes aparece más que dudosa de explicar y de entender.

De esta forma, hubiera sido más sencillo intentar justificar la concurrencia de las causas sobre la base de la necesidad de amortización de los puestos de trabajo para cumplir el instrumento de endeudamiento, y, por tanto, haber vinculado dos realidades que ahora se han diferenciado: la realidad financiera- presupuestaria y la de los medios para conseguir aquellos fines. En este terreno –en el de la necesidad de conseguir la estabilidad presupuestaria- es en el que la compaginación de ambas normas hubiera sido más sencilla de entender y, por tanto, de aplicar<sup>13</sup>.

Finalmente, y desde una perspectiva general, no debe olvidarse que es la propia Administración la que efectúa (o incluso aprueba, si es la Administración local)

12. La STSJ de Madrid (Social) de 9 de abril de 2013 establece:

“En relación con lo que hemos declarado probado en el hecho sexto, expone la empresa demandada que la causa motivadora del despido colectivo no radica en la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, sino en la reducción real del presupuesto de RTVM, ligada a la publicación el 30 de abril de 2012, en el BOE, de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera que obliga a las sociedades TV Madrid y Radio Autónoma y al Ente Público, a llevar a cabo un ‘equilibrio financiero’, es decir, a tener un fondo de maniobra positivo. Esto significa, según argumenta, que su activo disponible, mas el activo realizable, tiene que ser igual o superior, al pasivo exigible a corto plazo.

“Tal y como hemos declarado probado, la Comunidad de Madrid ha previsto una reducción del 5 % en sus aportaciones al ente, que la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fija para el año 2013 en la cantidad de 70 977 600 euros, y que en cálculos no concretados, y que recogemos como alegación, suponen aproximadamente un 10 % menos de lo otorgado en el año 2012 [...]”.

13. La STSJ de Madrid de 9 de abril de 2013 se refiere a los criterios que deben concurrir para la aplicación de la causa en concreto en el ámbito de una Administración (entidad administrativa en aquel caso), cuando recuerda: “La justificación del

su presupuesto. Esta facultad de propuesta-aprobación hace que la consideración teóricamente objetiva se convierta en subjetiva, porque la capacidad de articular corresponde íntegramente a aquel que luego puede pretextarla para justificar la situación de déficit. Estamos, de nuevo, ante un problema específico de la aplicación del derecho laboral a las Administraciones Públicas. En el derecho laboral general la situación de déficit es objetiva y no procede de la voluntad del empresario, ni normalmente este puede hacer nada para evitarla. Frente a esto, la característica en el supuesto que analizamos está en la fuerte implicación de la Administración Pública en la conformación de la causa que, posteriormente, justifica la adopción de la medida.

Como consecuencia de esto hubiera sido más razonable utilizar otros criterios o, en todo caso, adoptar medidas de aseguramiento de que la situación descrita, en términos cuantitativos, no tiene otras holguras presupuestarias que puedan convertir la “foto” en que se justifica la decisión extintiva colectiva en una decisión revertida, una vez se producen los despidos.

En consideración a lo anterior, y sin negar que la situación de déficit presupuestario debe entenderse como justificativa de la decisión extintiva, los términos en los que se ha conformado son, ciertamente, complejos, y admiten un predominio evidente de la interpretación del propio órgano administrativo. Todo ello sin incidir, finalmente, en el horizonte temporal en el que se sitúa la medida, que pasa, necesariamente, por dos ejercicios presupuestarios, lo que también debería valorarse desde la perspectiva de la operatividad y funcionalidad real del instrumento.

#### - Causas técnicas

La referencia y la definición que pretende el Reglamento en esta materia de las causas técnicas indica que “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 [...]”.

Realmente no existen aquí cambios muy notables en relación con la definición de alcance general, por lo

que habrá que entender remitida a la interpretación que de la misma ha hecho la jurisprudencia la concreción de este supuesto. Es necesario indicar, de nuevo, que hubiera sido preferible situarse en el plano del propio órgano administrativo y de los medios necesarios para la realización de sus fines, porque la concreción de las causas organizativas sobre las formas prestacionales del respectivo servicio público mantiene abierta la discusión sobre aquellos elementos comunes que no estén directamente vinculados al servicio concreto, pero que, sin embargo, se puedan ver afectados por cambios consecuencia de aquel.

Sin lugar a dudas, la cuestión final que se va a plantear al haber utilizado una expresión como la de servicio público correspondiente es la de si los empleados públicos tienen o no una adscripción formal al mismo y, en consecuencia, si deben apurarse, previamente, las posibilidades de recolocación en la propia Administración antes de la utilización de esta medida.

#### - Causas organizativas

En último término, el Reglamento se refiere a las causas organizativas señalando que concurren “[...] cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”.

Nótese aquí la incidencia interpretativa que debe darse a la referencia “adscrito al servicio público”. Esta adscripción formal nos llevaría a un panorama que arroja confusión, por ejemplo, ante la supresión de un determinado servicio, en el que la interpretación señalada incluiría únicamente a los trabajadores directamente adscritos al servicio, pero no a aquellos que, aun prestando servicios generales, no tienen esta adscripción, lo que nos podría conducir al absurdo de dejar fuera de los sistemas de reducción los denominados servicios generales, que no tienen adscripción concreta –por lo general-, pero que, claramente, y en un esquema proporcional, resultan afectados por una decisión organizativa.

Finalmente, debe recordarse la referencia que hace la propia regulación por lo que se refiere al ámbito de

---

despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1.º) acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2.º) establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo, y 3.º) mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad [...]”. Sobre esta base, la propia Sentencia señala más adelante: “Por último, no es suficiente para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, por lo que se ha podido constatar, una reducción presupuestaria, entre un 5 % a 10 %, no parece pueda justificar la idoneidad de la medida extintiva. En consecuencia procede declarar no ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por las demandadas a no haberse acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva [...]”.

aplicación adaptado que se contiene en el artículo 36 del Reglamento, cuando señala:

“El ámbito del procedimiento vendrá constituido por el correspondiente al del Departamento Ministerial, al del ente, Organismo o entidad dependiente de la Administración General del Estado, y, en el caso de las comunidades autónomas, por el de la Consejería u órgano que estas determinen o por el ente u Organismo vinculado o dependiente de ellas.

“En el caso de la Administración local el ámbito del procedimiento será el de la correspondiente entidad local o el de los entes, u organismos o entidades vinculados o dependientes de ella”.

En este punto puede decirse que la opción organizativa es coherente con lo que ha sido una cierta tradición –no exenta de polémica– en el ámbito del derecho laboral de las Administraciones Públicas que venía considerando –frente al criterio administrativo de personalidad jurídica única de la Administración– que cada uno de los departamentos que componen la respectiva Administración tienen personalidad jurídica diferenciada, que se plasma, en la práctica, en un número de patronal y un código independiente de seguridad social.

La aplicación de este criterio al ámbito de la Administración local no responde al mismo criterio, sino que expresamente considera a la entidad local (en su conjunto y no en sus componentes departamentales) como un ente único a los efectos del cómputo del requisito sustantivo al que nos acabamos de referir, esto es, de la plantilla correspondiente. Esta determinación se hace sin diferenciar ni la organización ni la entidad de la respectiva Administración local, y sin tener en cuenta si se trata de grandes ciudades o pequeños municipios, grandes diputaciones o pequeñas. El criterio es único y la entidad local se considera en su conjunto.

Lo que no queda incluido en dicho ámbito son los entes, organismos o entidades vinculados o dependientes de cada Administración local. Aunque la redacción no sea todo lo precisa que sería necesario en este ámbito, se considera que cada una de estas entidades (hay que suponer, claro está, que siempre que tengan personalidad jurídica y funcionamiento diferenciado de la respectiva Administración) tiene la consideración de unidad de cara a la aplicación del criterio cuantitativo indicado. Es cierto que aquí volvemos al principio, porque la prescripción real de aplicación se refiere únicamente a las que, conforme al criterio expuesto, tengan la consideración de Admi-

nistraciones Públicas, por estar en el ámbito de la definición prevista en el apartado 2 del artículo 3.º del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En una valoración final y de conjunto, podríamos indicar que el deseo de objetivar la situación que conduce al despido colectivo se ha intentado adaptar a los esquemas públicos en el contexto de la reforma de 2012. La virtualidad final y el acierto no son, claramente, predecibles en este momento, aunque es cierto que la configuración y la redacción utilizadas siembran la existencia de importantes dudas interpretativas que, claro está, condicionarán su virtualidad, y, en todo caso, introducen un factor, claramente relevante, de descompensación o predominio en la posición real de la Administración –como empresario–, no solo en la constatación de la misma (como ocurre con todos los empresarios en el ámbito de este despido), sino también en la capacidad de solución o de ordenación y organización del servicio, con o sin la concurrencia de las mismas.

La posición legal y constitucional de la Administración –especialmente cuando se trata de la Administración estrictamente considerada, como es el caso– no tiene comparación con la de un empresario convencional, y eso incide en la forma y el alcance de la apreciación de las causas y, por ende, en la virtualidad operativa de la figura.

### 3. El procedimiento para el despido colectivo en las Administraciones Públicas

Sin duda, el procedimiento para la aplicación a los órganos administrativos estrictamente considerados es la novedad más relevante de la reforma plasmada en la Ley 3/2012, de 6 de julio. Examinemos este procedimiento y los elementos diferenciales en relación con el procedimiento común.

#### A) Comunicación de inicio

Se contiene en el artículo 37, que se refiere, de nuevo, al procedimiento de despido colectivo para indicar que el mismo “[...] se iniciará por escrito mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad de que se trate, a los representantes legales de los trabajadores en el correspondiente ámbito, así como a la autoridad laboral y al órgano competente en materia de función pública en los términos recogidos en los artículos 42 y 43 res-

pectivamente. A dicho escrito deberá acompañarse, según la causa alegada, la documentación establecida en los artículos 38, 39 o 40”.

Las peculiaridades de la interlocución social en el ámbito de las Administraciones Públicas, y su propia complejidad, hacen que el Reglamento haya tenido que precisar este concepto. Las reglas conforme a las que se produce la concreción son las siguientes:

\* Regla común

Estarán legitimados para intervenir en este periodo de consultas como interlocutores ante el órgano competente del Departamento, Consejería, ente, organismo o entidad pública afectados, los representantes legales de los trabajadores del ámbito correspondiente.

Teniendo en cuenta que se trata de personal laboral, las reglas de esta legitimación son las previstas en los artículos 61 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores.

\* Reglas específicas: la intervención de las secciones sindicales

Dicha intervención corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal, en su caso<sup>14</sup>.

\* Inexistencia de representación

En los entes, organismos o entidades públicas en los que no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores del propio ente, organismo o entidad pública, o a una comisión de igual número de compo-

nentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y los representativos del ente, organismo o entidad pública afectado por el despido y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a los mismos.

Por decirlo en términos coloquiales, el Reglamento ha tenido que improvisar un régimen de representación para los supuestos en los que dicha representación, conforme a los criterios comunes, no esté establecida en la correspondiente Administración Pública. Esta representación *ad hoc* se ubica en un órgano no sindical (trabajadores del propio ente) o bien en una comisión específica irradiada de la representativa sindical correspondiente y del sector.

Frente al régimen común, en el presente se aprecian dos factores diferenciales:

- Comunicación al órgano competente en materia de empleo público<sup>15</sup>.

Esta previsión no resulta, sin embargo, aplicable a la Administración local, que, por tanto, no debe realizar comunicación alguna ni al resto de Administraciones territoriales ni a los órganos con competencia específica en materia de empleo público, aun en el supuesto de que el despido afecte a una organización pública con personalidad propia diferenciada de la Administración local<sup>16</sup>.

Esta intimación tiene consecuencias, expresamente previstas en el artículo 43 del Reglamento, que identifica con las siguientes:

a) Acordar la aplicación de la prioridad a la que se refiere el artículo 41, que tendrá carácter vinculante en

14. Esta regla se completa con una determinación específica aplicable únicamente a la Administración General del Estado, respecto de la que se indica lo siguiente: “De producirse dicho acuerdo, en la Administración General del Estado la interlocución se canalizará, en el caso de los Departamentos Ministeriales, a través de las Subcomisiones Delegadas de la CIVEA en el ámbito del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, u órganos de naturaleza análoga en el resto de los convenios colectivos”.

15. En relación con esta actuación el Consejo de Estado, en el Dictamen de 4 de octubre de 2012, señala:

“No consta en el expediente que se haya valorado el efecto que puede tener en un procedimiento de despido colectivo en curso el ejercicio de esta potestad por un órgano que se sitúa, como punto de partida, extramuros del órgano que inicia el procedimiento y de los correspondientes representantes legales de los trabajadores. Podría resultar así que, en efecto, iniciado el procedimiento, e identificados los trabajadores que se verán afectados por la medida de despido, y sin que el órgano correspondiente haya ejercitado esa potestad de prioridad de permanencia que le confiere el último párrafo de la disposición adicional vigésima del ET, el órgano competente en materia de función pública la imponga, alterando un elemento esencial de las negociaciones en el periodo de consulta. Se entiende por el Consejo de Estado que el impacto del ejercicio de esta potestad debería haber merecido un análisis sosegado que, de haberse producido, no consta en el expediente.

“Junto a lo anterior, debería introducirse en este artículo 41.2 algún elemento que perfilara esta potestad -que se califica como vinculante en el artículo 43.2.a)- de manera que se dotara de contenido más preciso a los términos vagos e imprecisos que ahora se emplean en el Reglamento [...]”.

16. El artículo 43 del Reglamento (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre) expresamente se refiere a esta cuestión, indicando: “3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los procedimientos que afecten al personal laboral de las entidades que integran la Administración local o a los entes u organismos dependientes de ellas”.

los términos que figuren en el acuerdo o resolución que se dicte<sup>17</sup>.

b) Emitir informe sobre el procedimiento, sobre sus causas y sobre el resto de las circunstancias derivadas del mismo.

En estos casos, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente remitirá al Departamento, Consejería, organismo o entidad promotora del procedimiento, a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral, antes de la finalización del periodo de consultas, copia de la resolución por la que se establezca la citada prioridad y, en su caso, del informe emitido.

- Información específica en función de la causa alegada.

Se trata de una determinación genérica –en la concreción documental- que debe llenarse con los documentos e informaciones que justifiquen la concurrencia de la causa indicada y la de la Administración en general, que permitan enmarcar aquella de forma adecuada, sobre todo teniendo en cuenta las especialidades a las que nos venimos refiriendo.

*B) Requisitos de la comunicación y documentación que debe adjuntarse*

La documentación que debe acompañarse en los despidos colectivos dentro de la Administración Pública, distingue entre documentación común a todos los procedimientos y documentación específica en función de la causa alegada. Siguiendo este mismo esquema podemos ahora referirnos a cada una de las mismas.

*a) Documentación común.*

La denominada documentación común es la prevista en el artículo 38 del Reglamento, e incluye dos documentos:

- Memoria explicativa de las causas del despido y su relación con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (RCL 2012, 607), de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que hace referencia.

La precisión aquí es más técnica que la que se contiene en otros supuestos del Reglamento<sup>18</sup> (artículo 4 y concordantes), en razón a que la vinculación de las Administraciones Públicas a la Ley de Estabilidad Presupuestaria es más amplia que la propia vinculación a los principios que se refieren a las entidades públicas -no Administraciones- y, en razón a esto, aparecen primero las medidas o mecanismos previstos en la Ley de Estabilidad y en segundo término los principios.

Este es el camino lógico. Se trata de que la Administración justifique la necesidad del despido colectivo para el cumplimiento de los objetivos previstos en la normativa de estabilidad presupuestaria, y, sobre todo, en lo referente a las medidas para hacerlos efectivos.

- Criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del 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<sup>19</sup>.

17. En relación con el criterio de prioridad, la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2013 establece:

“La primera, por la declaración de que RTVM constituye un ente, que según la definición de sector público que establece el art. 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no ostenta la condición de Administración Pública en los términos del art. 3.2 y por lo tanto se rige en un procedimiento de despido colectivo, para el que también la hemos declarado legitimada, que sigue los criterios establecidos en el art. 34.3 del Real Decreto 1483/2012, aplicable a un despido, como el que examinamos, por causas económicas de personal laboral al servicio de un ente, organismo o entidad que, formando parte del sector público, de acuerdo con el citado art. 3.1 del TRLCSP, no tenga la consideración de Administración Pública.

“En segundo lugar, la prioridad de permanencia del personal laboral fijo, se encuentra regulada en el art. 41 del RD 1483/2012, aplicable a los procedimientos de despido en las Administraciones Públicas (DA 20 ET párr. 2) [...]”

18. Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

19. En relación con los criterios, la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2013 afirma: “De lo expuesto se constata, y así se recoge en el Hecho probado DECIMOCUARTO que, en algunos criterios de designación de los trabajadores afectados por el expediente son objetivos, (la afectación departamental) y otros no lo son, son subjetivos e individuales. Dentro de los que pudiéramos denominar ‘objetivos’ criterios como la antigüedad o la forma de ingreso en la empresa a través de convocatorias públicas no se han tenido en cuenta [...]”. En relación con la fiscalización de los criterios, la STSJ afirma: “El control de estos criterios por parte de los órganos jurisdiccionales, ha sido refrendado por la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina, así ya en la Sentencia de 19 de enero de 1998 (RJ1998,996), se consideró lo mismo que hace la Sentencia del mismo Tribunal de 15 de octubre de dos mil tres (RJ/2004/4093); que ‘el órgano jurisdiccional puede valorar la decisión de despedir a un trabajador por causas económicas en relación con las decisiones adoptadas respecto a otros trabajadores de la empresa’. Y que ‘la decisión solo será revisable cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios’. También se alude en ese cuerpo de doctrina jurisprudencial, al llamado ‘principio de adecuación social’, que permitiría controlar la discrecionalidad empresarial en la selección de los trabajadores, cerrando el paso

Teniendo en cuenta la visión global y el cómputo del conjunto de los trabajadores a la hora de determinar la habilitación para el despido colectivo, lo que intenta esta determinación es, sin embargo, distinguir entre el personal fijo que ha adquirido la condición por la participación en un proceso selectivo, y el que no. La prioridad en el mantenimiento de la relación se centra, esencialmente, en los que tienen dicha condición como consecuencia de haber participado en un proceso selectivo.

*b) Documentación específica.*

Como venimos indicando, la misma está en función de la causa alegada por la respectiva Administración, diferenciando así entre causas económicas, técnicas y organizativas. El régimen aplicable a cada una de ellas es el que pasamos a indicar.

• Causas económicas.

La documentación se contiene en el artículo 39 del Reglamento<sup>20</sup>, y se identifica con la siguiente:

– Una memoria explicativa de las causas económicas que acrediten la situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes.

– Los presupuestos de los dos últimos ejercicios, donde consten los gastos de personal y, en su caso, las modificaciones de los créditos presupuestarios.

– Certificación del responsable de la oficina presupuestaria u órgano contable, donde conste que concurrir la causa de insuficiencia presupuestaria conforme a lo previsto en el artículo 35.

– Plantilla de personal laboral del Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad de que se trate.

– El Plan de Ordenación de Recursos Humanos, en caso de que este se haya tramitado<sup>21</sup>.

– Cualquier otra documentación que justifique la necesidad de la medida extintiva.

• Causas técnicas u organizativas.

En los despidos colectivos por causas técnicas u organizativas, las Administraciones Públicas correspondientes deberán presentar una Memoria explicativa que acredite la concurrencia de dichas causas, así como la documentación a que se refiere el número 4 y, en su caso, 5 y 6 del artículo anterior.

*C) Desarrollo del periodo de consultas*

El procedimiento de despido colectivo comienza, como queda dicho, con la comunicación a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, y al órgano competente en materia de empleo público.

En la comunicación debe incluirse información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la composición negociadora del despido colectivo.

En punto a las consultas, el artículo 44 del Reglamento (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre) establece:

“1. El periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre el ente, organismo o entidad afectados, y los representantes de los trabajadores sobre las circunstancias del despido colectivo. La consulta deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento contenidas en el artículo 8, siempre que sean compatibles con la naturaleza y régimen jurídico de la Administración Pública de que se trate”<sup>22</sup>.

El periodo de consultas se desarrollará conforme a lo previsto en los apartados 2 a 7 del artículo 7 del Reglamento (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre)<sup>23</sup>. En consecuencia:

- A la apertura del periodo de consultas se fijará un calendario de reuniones a celebrar dentro del mismo, si

---

a la decisión extintiva cuando el despido tiene un gran coste social como es el caso que ahora contemplamos. Ahora bien, a la vista de las últimas reformas producidas debemos conectar estas afirmaciones y otras bien conocidas y reiteradas en la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de que el empresario dirija su empresa de conformidad con las reglas de la buena fe, y por lo tanto de seleccionar a los trabajadores de conformidad con lo pactado en el convenio colectivo, teniendo en cuenta el ingreso y acceso (Sentencia de 28 de abril de 1988; RJ1988,3037) [...]”.

20. Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

21. Nos recuerda RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., que “El Real Decreto 1483/2012, en sus arts. 39 y 40, reconoce expresamente el carácter facultativo de la tramitación de un plan de ordenación de recursos humanos”. Véase *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, Madrid, 2013, pág. 108.

22. En el plano instrumental, el artículo 44.2 del Reglamento (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre) establece: “2. A tal fin, los representantes de los trabajadores deberán disponer, desde el inicio del periodo de consultas, de la documentación preceptiva establecida en los artículos 38, 39 o 40, según proceda y las partes deberán negociar de buena fe”.

23. No obstante lo anterior, debe tomarse en consideración lo que establece el artículo 2.º de la Directiva 98/59/CE, cuando señala:

“2. Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar

bien las partes podrán acordar de otra forma el número de reuniones e intervalos entre las mismas.

- Salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el apartado anterior, la primera reunión del periodo de consultas se celebrará en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de la entrega de la comunicación a que se refiere el artículo 6.1.

- En empresas de menos de cincuenta trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a quince días naturales. Salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el calendario de reuniones, se deberán celebrar durante el mismo, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales.

- En empresas de cincuenta o más trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a treinta días naturales. Salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el calendario de reuniones, se deberán celebrar durante el mismo, al menos, tres reuniones, separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales ni inferior a cuatro días naturales.

- No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el periodo de consultas podrá darse por finalizado en todo caso cuando las partes alcancen un acuerdo. Igualmente, las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de

consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral.

- De todas las reuniones celebradas en el periodo de consultas se levantará acta, que deberán firmar todos los asistentes.

Ciertamente el periodo de consultas en el ámbito del despido colectivo general ha quedado mermado en su finalidad última, como consecuencia de la inexistencia de una resolución final en el ámbito administrativo sobre la incidencia de la causa alegada.

No obstante esta afirmación general, es lo cierto que cuando la aplicamos al ámbito de la Administración Pública las complicaciones son aún más significativas, ya que la propia capacidad de organización y de acuerdo o transacción son ciertamente más complejas, especialmente, si afectan o conllevan el incremento de gasto público.

No es el momento de incidir en esta cuestión de una forma más profunda, pero sí de dejar constancia de que el periodo de consulta se convierte –en muchos casos- en un fin en sí mismo, porque –más allá del deber de negociación de buena fe<sup>24</sup>– la decisión extintiva es, claramente, unilateral, y especialmente en el ámbito de la Administración Pública, donde el estatus de la Administración-empresario y su margen de actuación vienen claramente condicionados por el entero estatuto al que está sometida la misma.

---

sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

“Los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

“3. A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá:

“a) proporcionarles toda la información pertinente, y

“b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito:

“i) los motivos del proyecto de despido;

“ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos;

“iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente;

“iv) el periodo a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos;

“v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido;

“vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales.

“El empresario deberá transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, al menos, los elementos previstos en los incisos i) a v) de la letra b) del párrafo primero”.

24. La STSJ de Madrid (Social) de 9 de abril de 2013 establece una interpretación de la buena fe en el ámbito de la negociación de entidades públicas, conforme a la cual:

“Como el propio término indica, negociar supone en la definición de la Real Academia de la Lengua, ‘tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro’. Lo que implica ya de mano la existencia de posturas encontradas y el verbo tratar, pone el acento en la intención de encontrar soluciones que puedan satisfacer a ambas partes. Ante asuntos negociables, que no aparecen de forma súbita, cuya solución se ha ido dilatando en el tiempo y en los que una salida drástica y tajante de la situación siempre será traumática, no es fácil poner el límite de lo que se ha de entender por ‘tratar el asunto’ con buena fe art. 7.1 del Código Civil. Dice el art. 1090 del Código Civil que las obligaciones derivadas de la Ley no se presumen. Se regirán

#### D) Plan de recolocación externa<sup>25</sup>

La remisión y el intento de encontrar un esquema con las mínimas derogaciones respecto del común, tiene como consecuencia la inclusión del Plan de recolocación externa como uno de los elementos que conforman la documentación que debe presentarse en el ámbito de la articulación de la decisión extintiva. En este punto podemos dejar sentada la dificultad inicial de la Administración para la utilización de esta medida en el ámbito del procedimiento extintivo. De esta forma, la posibilidad de la recolocación externa es ciertamente muy compleja, y cabe, incluso, pensar si acorde con el estatuto constitucional de la Administración Pú-

blica, y la recolocación interna debería ser un instrumento a utilizar sin ni siquiera utilizar el procedimiento extintivo. La eficiencia en la utilización de los recursos públicos constituye una exigencia central del funcionamiento público, que debería situarse en el plano de la actuación diaria sin necesidad de someterla a un procedimiento extintivo de carácter colectivo.

La regulación del específico Plan de recolocación externa se contiene en el artículo 45 del Reglamento<sup>26</sup>, cuando señala:

“A los efectos previstos en el artículo 9, el Plan de recolocación externa, cuando proceda según el número de trabajadores afectados, será elaborado por los

---

por los preceptos de la Ley que las hubiera establecido, en este caso sería el art. 7 del Real Decreto 1483/2012 y en todo lo no previsto por lo dispuesto en el Código Civil.

“La frontera entre el ejercicio abusivo de un derecho y el ejercicio contrario a la buena fe, no resulta tarea fácil, trazar el límite entre las dos instituciones jurídicas es difícil porque se trata de dos cláusulas generales que están permanentemente sometidas a desarrollos y concreciones, lo que hace factible afirmar que no tienen fronteras fijas. Y menos en el actual estado de nuestro sistema jurídico.

“De modo aproximado, se puede decir que, el ejercicio del derecho contrario a la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte, o bien una regla de coherencia en la propia conducta, ya que la buena fe, en definitiva lo que condena es el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. La buena fe se desenvuelve en el marco de una relación de las partes que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca.

“En el abuso del derecho existe una violación dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos, o de la idea axiológica ínsita en la norma que se trata de retorcer es el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. La buena fe se desenvuelve en el marco de una relación de las partes que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca.

“En el abuso del derecho existe una violación dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos, o de la idea axiológica ínsita en la norma que se trata de retorcer.

“Así, las dos figuras jurídicas parecen haber desarrollado tres instituciones jurídicas diferentes:

“- El concepto de abuso de derecho, alrededor y amparo del art. 1902 para impedir que del ejercicio de un derecho se produzcan daños o perjuicios a un tercero.

“- La buena fe, como principio general consistente en el respeto a las normas colectivas exigidas en cada caso como necesarias para el normal y feliz término de un negocio jurídico.

“Y una tercera institución que implica el respeto a las normas imperativas que deben prevalecer contra cualquier conducta o maniobra encaminada a eludirlas, produciendo un fraude de ley.

“Por otro lado se ha de partir de la afirmación de que la buena fe se presume siempre, incumbiendo la carga de la prueba a la parte contraria. La relación entre el concepto legal de contravenir una obligación, que en este caso se centra en la obligación de negociar y el concepto de incumplimiento, ha sido ya examinada desde antiguo por la doctrina civilista, llegando a la conclusión de que la contravención del tenor de la obligación es compatible con el cumplimiento en sentido jurídico, cuando como en este caso, el resultado final es incompatible con las distintas premisas de las que parten los obligados por Ley a negociar.

“Estos razonamientos llevan a la Sala a entender que las alegaciones de falta de buena fe en la negociación realizadas por los sindicatos demandantes en sus correspondientes demandas no suponen, pese a los indicios que de contrario se pudieran sustentar, prueba de la existencia de mala fe en las negociaciones que nos ocupan y por lo tanto procedemos a rechazar esta pretensión y la también alegada inexistencia de buena fe durante el periodo de consultas [...]”.

25. La STSJ de Madrid de 9 de abril de 2013 establece en relación con el mismo una vinculación a su formalización externa de forma convencional, cuando señala:

“Con la comunicación inicial del expediente se aporta un plan de recolocación externa en cumplimiento de lo establecido en el art. 51 del ET y el art. 9 del Real Decreto 1483/2012. En el informe emitido por la Inspección de Trabajo, se señala que el plan de recolocación que, en su día se elaboró por una agencia de colocación tras procedimiento establecido en RDL 3/2011, fue concretado y presupuestado y aportado por la empresa el cuatro de enero de 2013, incluyendo un contenido mínimo que establece el art. 9 del Real Decreto 1483/2012 (Hecho probado decimotercero).

“El incumplimiento de las exigencias relativas al Plan de Recolocación no se recoge entre los supuestos de nulidad del art. 124.11 LJS, de ahí que con independencia de todos los avatares que las partes alegan ha sufrido la propuesta y puesta en marcha de dicho plan, lo cierto es que la presunción de contenido mínimo y el cumplimiento del art. 51 del ET, se ha acreditado sin prueba en contrario que lo desvirtúa, por lo que hemos de concluir que no procede declarar la nulidad de la decisión empresarial por el motivo alegado [...]”.

26. Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

correspondientes Servicios Públicos de Empleo. Su elaboración corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal en el caso de despidos colectivos que afecten al personal laboral de la Administración General del Estado u organismos o entidades dependientes de ella y a los Servicios Públicos de Empleo de las correspondientes comunidades autónomas en los demás casos.

“El Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad deberá presentar, al finalizar el periodo de consultas, el plan de recolocación externa que hubiera sido elaborado conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, debiendo presentar, al inicio del mismo, la justificación acreditativa de haberse dirigido al correspondiente Servicio Público de Empleo instando su elaboración y el contenido previsto para el mismo”.

Este requisito es consecuencia de la específica condición del empresario que analizamos en el presente supuesto, y en que tendría un encaje ciertamente difícil que fuera la propia Administración la que buscara un esquema de recolocación, muy difícil en el ámbito público -y nada sencillo en el propio ámbito privado-.

Como consecuencia de esta específica situación ordinamental de la Administración Pública, el Plan de recolocación externa se atribuye a los Servicios de Empleo, al estatal cuando se trata de la Administración General del Estado, y a los de las comunidades autónomas en el resto de Administraciones, esto es, tanto en la autonómica como en la local.

#### *E) Finalización del procedimiento*

El Reglamento (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre) ha querido diferenciar entre la forma y el procedimiento aplicables en el ámbito de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, y el que corresponde a la Administración local. Más allá de la referencia a que se trata de realidades organizativas ciertamente muy diferenciadas, la línea clara, en este momento, pasa por la interposición de

una participación del órgano al que corresponde la responsabilidad en materia de empleo público en el ámbito de la correspondiente Administración, y, claro está, la necesidad-innecesariedad cuando se trata de la Administración local.

Siguiendo este mismo esquema podemos diferenciar:

a) Administración General del Estado y comunidades autónomas

El artículo 47 del Reglamento<sup>27</sup> establece en este ámbito:

“1. A la finalización del periodo de consultas, el Departamento, Consejería, organismo o entidad de que se trate comunicará al órgano competente de su respectiva Administración, el resultado del mismo, acompañando, en su caso, el acuerdo que proponga suscribir o la decisión que proponga adoptar como resultado de dichas consultas, para que éste emita informe al respecto.

“Este informe será vinculante en el caso de la Administración del Estado y en el de otras Administraciones Públicas en las que la normativa aplicable contemple, en el ámbito de sus respectivas competencias, la obligación de emitir un informe previo y favorable a la adopción de acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares de los que puedan derivarse costes u obligaciones en materia de personal a su servicio. Serán nulas de pleno derecho, las decisiones o acuerdos que se alcancen sin la concurrencia de dicho requisito”<sup>28</sup>.

Nos encontramos, por tanto, ante un informe de carácter vinculante y en el establecimiento -dudoso en términos jurídicos- de una causa de nulidad de pleno derecho por norma reglamentaria. Debemos indicar, en este punto, que cuando sea la propia normativa legal de la Administración la que establezca esta consecuencia del incumplimiento, la determinación reglamentaria es ciertamente innecesaria, y que cuando no existe tal efecto en la norma legal de cobertura, su es-

27. Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

28. El Dictamen del Consejo de Estado de 4 de octubre de 2012, sobre este punto, indicó:

“No consta en el expediente que se haya valorado el efecto que puede tener en un procedimiento de despido colectivo en curso el ejercicio de esta potestad por un órgano que se sitúa, como punto de partida, extramuros del órgano que inicia el procedimiento y de los correspondientes representantes legales de los trabajadores. Podría resultar así que, en efecto, iniciado el procedimiento, e identificados los trabajadores que se verán afectados por la medida de despido, y sin que el órgano correspondiente haya ejercitado esa potestad de prioridad de permanencia que le confiere el último párrafo de la disposición adicional vigésima del ET, el órgano competente en materia de función pública la imponga, alterando un elemento esencial de las negociaciones en el periodo de consulta. Se entiende por el Consejo de Estado que el impacto del ejercicio de esta potestad debería haber merecido un análisis sosegado que, de haberse producido, no consta en el expediente.

“Junto a lo anterior, debería introducirse en este artículo 41.2 algún elemento que perfilara esta potestad -que se califica como vinculante en el artículo 43.2.a)- de manera que se dotara de contenido más preciso a los términos vagos e imprecisos que ahora se emplean en el Reglamento [...]”.

tablecimiento en norma reglamentaria no resulta compatible con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Al margen de esto, y aunque no se dice nada formalmente, es necesario indicar que, una vez se ha emitido el informe en cuestión, deberán articularse los trámites internos en orden a la vinculación económica y presupuestaria del acuerdo adoptado o, en su caso, de la falta de acuerdo, que, finalmente, es, desde otro punto de vista, una resolución interna que conlleva el gasto correspondiente a las indemnizaciones que deben ser abonadas.

Por lo que se refiere al resto del procedimiento, el propio artículo 47 del Reglamento establece:

“4. El Departamento, Consejería, organismo o entidad de que se trate comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del periodo de consultas. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a dicha autoridad copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 37. Entre la documentación remitida, deberá obrar el informe del órgano competente en materia de Función Pública al que se refiere el apartado 1, la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la Administración y el plan de recolocación externa en los casos en que proceda por el número de trabajadores afectados”.

Desde una perspectiva operativa, los apartados 5 y 6 del citado artículo señalan:

“5. La comunicación que proceda se realizará en el plazo de diez días a contar desde la fecha de la formalización del acuerdo o, si este no se hubiese alcanzado, desde la adopción de la decisión definitiva a la que se refiere el apartado 3.

“6. Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior sin que el ente, organismo o entidad pública afectados haya comunicado la decisión de despido colectivo, se producirá la terminación del procedimiento de despido colectivo por caducidad, sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento”.

b) Administración local

Su regulación se contiene en el artículo 48 del Reglamento, cuando señala:

“1. En los procedimientos que afecten al personal laboral de las entidades que integran la Administración local o a los entes u organismos dependientes de ellas, estos comunicarán a la autoridad laboral competente el resultado del periodo de consultas. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a dicha autoridad copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 37. La comunicación que proceda se realizará en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, acompañada de la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido y el plan de recolocación externa en los casos en que proceda por el número de trabajadores afectados.

“2. Transcurrido el plazo al que se refiere el apartado anterior sin que el ente, organismo o entidad pública afectados haya comunicado la decisión de despido colectivo, se producirá la terminación del procedimiento de despido colectivo por caducidad, sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento”.

El esquema, finalmente, es el mismo que para el resto de las Administraciones Públicas, pero eliminando la intervención del órgano general de control de la Administración Pública, lo que realmente carece de sentido en una entidad dotada de autonomía como es la Administración local.

#### 4. A modo de conclusión

Las consideraciones que acaban de exponerse, nos sitúan ante un mecanismo pensado en clave de dotar a las Administraciones Públicas y órganos administrativos de elementos de flexibilidad en la gestión de sus plantillas, incluida la posibilidad de que las mismas sean reducidas con motivo de las insuficiencias económicas de la respectiva entidad.

La vertiente práctica y la operatividad real de las mismas distan mucho de ser claras, y, desde luego, su combinación con las reformas que se avecinan en el ámbito local no deja de ser preocupante. Si en la mayoría de los supuestos en los que se ha planteado, en el ámbito de diversos tribunales de justicia, la solución ha sido la de entender que la Administración corres-

pondiente no ha probado la causa económica, es evidente que o bien la causa no está bien definida o bien la operatividad final de este instrumento de flexibilidad cuando afecta a la Administración Pública –en sentido amplio- no es admitida de una forma sencilla por los tribunales de justicia.

De esta forma podemos indicar que queda mucho camino por andar. Siendo conscientes de la utilidad y de la necesidad –especialmente futura- de este instrumento, la forma de instrumentalización es, ciertamente, compleja y dudosamente operativa, al menos por el momento. ■

---

# La incapacidad temporal del empleado público en las comunidades autónomas y en la Administración local tras el Real Decreto-ley 20/2012

María Antonia Pérez Alonso

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.*

*Magistrada suplente (Sala Social) del TSJ de la Comunidad Valenciana*

## **1. La incapacidad temporal en el régimen general. Características generales y peculiaridades en la Administración local**

- 1.1. Concepto y duración
- 1.2. Responsabilidad en el pago de la prestación de incapacidad temporal. La aplicación en la Administración local
- 1.3. Controles de la empresa. La aplicación en la Administración local
- 1.4. Tramitación. Peculiaridades en la Administración local
- 1.5. El pago delegado de la incapacidad temporal. Peculiaridades en la Administración local
- 1.6. El control de la incapacidad temporal por el Instituto Nacional de la Seguridad Social
- 1.7. La recaída
- 1.8. Vacaciones e incapacidad temporal. Peculiaridades en el ámbito de la función pública
- 1.9. La extinción de la incapacidad temporal. Interrelaciones con las sanciones en la Administración local
- 1.10. Situaciones asimiladas al alta
- 1.11. Base reguladora y cuantía de la prestación de incapacidad temporal
- 1.12. La incapacidad temporal como causa suspensiva en el ámbito de la Administración local
- 1.13. La compatibilidad de la incapacidad temporal

## **2. La reforma del Real Decreto-ley 20/2012, en torno a los complementos de incapacidad temporal en el ámbito de la Administración local**

- 2.1. El ámbito de aplicación y contenido del Real Decreto-ley 20/2012
- 2.2. La base de cotización de 2010 y los complementos de incapacidad temporal
- 2.3. Adaptación de las comunidades autónomas y corporaciones locales al Real Decreto-ley 20/2012
- 2.4. Adaptación de las corporaciones locales al Real Decreto-ley 20/2012
- 2.5. Adaptación de las comunidades autónomas

## **3. La Instrucción del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 15 de octubre de 2012. Problemas aplicativos**

## **4. Las ausencias por enfermedad o accidente en la disposición adicional 38.ª de la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, y su norma de desarrollo**

### **Resumen**

En el presente artículo se aborda el estudio de los complementos de la incapacidad temporal de los empleados públicos en el ámbito de la Administración local, tras las reformas realizadas por el Real Decreto-ley 20/2012. Asimismo, se exponen cuestiones genéricas en torno al concepto de incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social y sus implicaciones en el ámbito de la Administración local. También se relacionan toda una serie de comunidades autónomas que se han adaptado a los dictados del Real Decreto-ley 20/2012, tanto en lo referente a los supuestos donde se percibirá el 100 % del complemento retributivo, como en la descripción de cada uno de los complementos retributivos que serán objeto de la cobertura durante el proceso de incapacidad temporal.

Palabras clave: *Administración local; personal laboral; comunidades autónomas; incapacidad temporal; complementos de incapacidad temporal.*

## **Temporary disability of public employees in the Autonomous Communities and local administrations after the Royal Decree-Law 20/2012**

### **Abstract**

*This article analyses the temporary disability benefits of public employees of the local administration after the reforms introduced by the Royal Decree-Law 20/2012. Moreover, it exposes general questions regarding the concept of temporary disability in the Social Security regime and their implications to the local administration. Finally, the article mentions several Autonomous Communities that have adapted its legislation to the rules of the Royal Decree-Law 20/2012 regarding cases in which is paid the 100% of the temporary disability benefit and the description of each category that qualify as a benefit during the temporary disability.*

Keywords: local administration; public employees with a labor contract; Autonomous Communities; temporary disability; temporary disability benefits.

## **1. La incapacidad temporal en el régimen general. Características generales y peculiaridades en la Administración local**

### **1.1. Concepto y duración**

La incapacidad temporal (en adelante, IT<sup>1</sup>) es la situación del trabajador que se encuentra recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social y está impedido temporalmente para el trabajo, de conformidad con el artículo 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) (STSJ Murcia 9-7-2012, rec. 190/2012). No es situación de IT: 1.º, si solo se recibe asistencia sanitaria; 2.º, si solo se acude a rehabilitación; 3.º, si se prescribe descanso domiciliario, salvo el descanso domiciliario por aislamiento preventivo en el caso de la gripe A H1 N1; 4.º; si solo se realizan consultas médicas.

La duración es de 365 días prorrogables por otros 180 días, haciendo un total de 545 días, cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación (artículo 128.1

LGSS). El subsidio se abonará mientras exista la IT (artículos 128 y 131.2 LGSS). Cabe otra prórroga antes de la incapacidad permanente, haciendo un total de 730 días (artículo 131 bis.2 LGSS). Esta prórroga no es IT, pero se percibe la misma cuantía mediante la denominada "prórroga de efectos económicos" y no se cotiza, generando las denominadas lagunas de cotización (artículo 131 bis.2, *in fine* LGSS).

### **1.2. Responsabilidad en el pago de la prestación de incapacidad temporal. La aplicación en la Administración local**

Si existen incumplimientos en materia de Seguridad Social tales como falta de afiliación, de alta o de cotización, la responsabilidad del pago de la prestación corresponde al empresario incumplidor, incluido el propio Ayuntamiento, y no procede el anticipo por el INSS cuando no hay alta en Seguridad Social (STS 17-2-2009, rec. 4230/2007).

1. Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V., *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Editorial Cinca, 2011; BARBA MORA, A., *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, 2008; PANIZO ROBLES, J. A., "Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal", en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 320, 2009; PÉREZ ALONSO, M.ª A. y RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Nuevas prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación en el régimen general de la Seguridad Social*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 15 y ss.; PÉREZ ALONSO, M.ª A., *La incapacidad temporal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; TORTUERO PLAZA, J. L., "La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas", en *Tribuna Social*, núm. 44, 1994; "Reflexiones acerca de la incapacidad temporal", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 10, 2006.

### 1.3. Controles de la empresa. La aplicación en la Administración local

Las empresas no pueden cuestionar el parte de baja médica (STSJ Aragón de 23 de julio de 2008), pero sí que pueden efectuar controles sobre el estado de salud del trabajador a cargo de personal médico, y pueden llevar a cabo medidas de vigilancia y control por detectives privados, siempre que se realicen en espacios públicos y no se conculquen derechos y libertades públicas (STSJ Madrid de 5-11-2011, rec. 1205/2010, con base en la STC rec. 114/1984; en este sentido, la STSJ Andalucía/Málaga de 13 de julio de 2001, rec. 721/2001, admite el control de la IT, no por detectives privados, sino por la Policía local). El Ayuntamiento podrá verificar el estado de incapacidad mediante reconocimientos a cargo de personal médico, y la negativa a dichos reconocimientos determinará la suspensión de los derechos económicos (STSJ Madrid de 26 de abril de 2012). Esta suspensión puede tener importancia en los momentos actuales cuando se estén abonando complementos de incapacidad temporal.

Cuando el Ayuntamiento realice los reconocimientos médicos respecto de su personal, y se observe, en su caso, imprudencia, fraude y/o uso abusivo de la situación de la incapacidad temporal, si bien la empresa no puede cuestionar el parte de baja médica, sí que podrá poner los resultados de los reconocimientos médicos en manos de la entidad gestora (Instituto Nacional de la Seguridad Social, en adelante INSS), de la entidad colaboradora (Mutua de Accidentes de Trabajo) o de los inspectores médicos del INSS, al objeto de poder constatar o controlar el uso abusivo de la utilización de la IT.

### 1.4. Tramitación. Peculiaridades en la Administración local

La situación de IT en el régimen general se inicia con el parte médico de baja, y el trabajador dispone de un plazo de tres días contados a partir de la fecha de expedición del parte para entregar la copia a la empresa (artículo 2 de la Orden Ministerial de 19 de junio de 1997). La situación se verifica periódicamente median-

te los partes de confirmación; el primer parte de confirmación se expide el 4.º día de la baja y, sucesivamente, cada siete días. El proceso concluye con el parte médico de alta expedido por el facultativo del Servicio Público de Salud, salvo que se trate de las altas médicas de duración superior a 365 días, en cuyo caso la competencia de dar el alta médica o la prórroga corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, según dispone el artículo 128.1.a) LGSS. El trabajador tiene 24 horas para entregar el parte de alta a su empresa, de conformidad con lo indicado en el artículo 4 de la Orden Ministerial de 19 de junio de 1997; si el trabajador no se reincorpora tras el alta, la ausencia es injustificada y el despido es procedente<sup>2</sup>.

En el ámbito de la Administración local también la no presentación de los partes de confirmación determina la extinción del contrato de trabajo por dimisión voluntaria, por la vía del artículo 49.1.d) ET, al considerar que la falta de la entrega de los mencionados partes impide el control de la situación por parte de la empresa (STS de 15-1-2007, rec. 1183/2006, referido a un profesor de adultos con contrato indefinido parcial, contratado por el Ayuntamiento).

Por otra parte, hay que recordar que la mera impugnación judicial del alta médica no determina la continuación automática de la suspensión, puesto que hay que acreditar la existencia de IT (STS de 14-5-2010, rec. 722/2010). No obstante, a nivel administrativo, si se impugna el alta médica realizada por el INSS en los procesos de más de 365 días, la impugnación del alta determina la prórroga del subsidio de IT hasta la fecha de la última resolución (artículo 128.2 LGSS). Para el caso de que el proceso de IT sea de duración inferior a 365 días y derive de contingencias profesionales, la impugnación del alta médica aparece prevista en el Real Decreto 1430/2009; la consecuencia de la impugnación del alta médica determina la suspensión de los efectos de la misma, si bien la IT de contingencias profesionales se entiende prorrogada, con independencia de que, con posterioridad, se considere que las prestaciones de IT son indebidamente percibidas, y, en tales casos, el trabajador deberá devolver las mencionadas prestaciones<sup>3</sup>. Esta consecuencia produce ciertos problemas de aplicación, más aún cuando esto sucede en el ámbito de un Ayuntamiento respecto de un emplea-

2. STSJ Cataluña de 16-12-2010, rec. 5595/2010; STS de 15-1-2007, rec. 1183/2006.

3. De conformidad con el Real Decreto 1430/2009, las resoluciones emitidas por la entidad gestora, en el ejercicio de sus competencias establecidas en el procedimiento, podrán considerarse dictadas a los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de la jurisdicción social.

do público, y en algunas ocasiones el secretario del Ayuntamiento considera oportuno solicitar a dicho empleado la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas, con la consiguiente situación de hecho bastante irresoluble<sup>4</sup>.

### 1.5. El pago delegado de la incapacidad temporal. Peculiaridades en la Administración local

Las empresas están obligadas a abonar las prestaciones por IT mediante pago delegado. El pago delegado por las empresas se suspende cuando la IT tiene una duración superior a los 365 días y se pasa a pago directo de la entidad gestora (INSS) o de la entidad colaboradora (Mutua de Accidentes). No obstante, pese a la paralización del pago delegado, permanece la obligación de cotizar durante todo el proceso de IT, esto es, durante 545 días, y si bien, teóricamente, procedería cursar la baja en la Seguridad Social durante el percibo de la denominada prórroga de efectos económicos hasta la calificación de incapacidad permanente, ello no es aconsejable, puesto que si la empresa cursa la baja en la Seguridad Social, los trabajadores pueden accionar contra despido improcedente y los tribunales son favorables a este resultado. De modo que lo que procede por parte de la empresa es seguir cotizando, y una vez declarado, en su caso, el trabajador afecto de incapacidad permanente, o bien no afecto, es el INSS el que determina la fecha de baja, y a continuación la empresa tanto pública como privada deberá regularizar las cantidades con la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ahora bien, las corporaciones locales respecto del personal procedente de la MUNPAL e integrado en el régimen general, por aplicación del Real Decreto 480/1993<sup>5</sup> deben continuar la obligación de pago delegado hasta la extinción de la IT o la calificación de la incapacidad permanente (STSJ de Extremadura de 27-3-2012, rec. 43/2012).

En la práctica, se plantea un conflicto para las corporaciones locales, en la medida en que el pago delegado corre a su exclusivo cargo, para evitar problemas en el

control de la IT cuando la misma supera la duración de 365 días, debiendo comunicar dicha circunstancia a la entidad gestora (INSS) o a la entidad colaboradora (Mutua), a fin de que las mencionadas entidades puedan ejercer sus controles. Incluso lo deseable sería que el propio Ayuntamiento, al inicio de la IT, ya hiciera la comunicación a la entidad gestora o colaboradora, para los posibles controles que se deban ejercer sobre la IT.

Por el contrario, no existen especialidades en el pago delegado respecto del personal de la Administración local que no proceda de la integración del Real Decreto 480/1993.

### 1.6. El control de la incapacidad temporal por el Instituto Nacional de la Seguridad Social

El control de la IT superior a los 365 días es competencia del INSS, a través de los equipos de valoración de incapacidades, según dispone el artículo 128.1.a) LGSS. El INSS también puede controlar la IT inferior a los 365 días, a través de los inspectores médicos del INSS, los cuales podrán emitir un alta médica a todos los efectos, según la disposición adicional 52.<sup>a</sup> LGSS; en tales casos, se convierten en los únicos competentes para emitir una nueva baja médica, si esta se produce en un plazo de 180 días naturales siguientes a la citada alta médica, por la misma o similar patología, y son los únicos competentes para emitir la prórroga expresa de 180 días y para determinar la contingencia de la que deriva la IT, de conformidad con el artículo 128.1.a) LGSS.

### 1.7. La recaída

La recaída es aquella situación en la que al trabajador le surge una nueva IT por la misma o similar enfermedad, y, además, es preciso que se manifieste dentro de los 6 meses siguientes al anterior proceso de IT. En la práctica, nos puede interesar que se declare la recaída en los casos en los que la primera contingencia se ha originado por accidente de trabajo y existe un segundo proceso de parecidas características<sup>6</sup>.

4. Esta situación se ha producido recientemente en un Ayuntamiento de la provincia de Valencia.

5. Por otra parte, cabe recordar que la Administración local, respecto del personal integrado por el Real Decreto 480/1993, debe ingresar una cotización adicional del 8,20 %, que se ingresa junto con la cotización ordinaria y que finaliza el 1-7-2015.

6. STS de 8 de julio de 2009, RJ 4686/2009; STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de marzo de 2012, rec. 1469/2011, referido a una Administración local.

La identidad o similitud de las patologías a las que se refiere el artículo 131 bis.1, 2.º LGSS, no puede ser entendida en relación con el cuadro médico que ocasionó el rechazo de la incapacidad permanente, sino únicamente con las que determinaron la IT objeto de la actual evaluación.

Quedan fuera del concepto de recaída los casos en que la baja traiga causa de dolencia ajena, de enfermedades distintas, de contingencia distinta, así como aquellos otros casos en los que hayan transcurrido más de seis meses de actividad, aun cuando se trate de la misma o similar enfermedad. En este sentido, como propugna la STSJ del País Vasco 25-5-2010, rec. 706/2010, habrá que estar a la zona afectada; de este modo, cuando surge otra enfermedad distinta o se produce la IT por otra contingencia, la competencia para dar la baja médica corresponde al Servicio Público de Salud y no al INSS, y el trabajador tendrá derecho a nuevo proceso de IT<sup>7</sup>.

La facultad del INSS no implica, en modo alguno, una capacidad absoluta para emitir o rechazar la nueva baja, sino que hay que hacer la evaluación y calificación de la situación del trabajador y justificar la incidencia de la patología sobre la capacidad de trabajo (STSJ Murcia de 18 de junio de 2012, rec. 906/2011).

### **1.8. Vacaciones e incapacidad temporal. Particularidades en el ámbito de la función pública**

El trabajador tiene derecho a que se le fije un nuevo momento de disfrute de las vacaciones cuando estas se han solapado con el período de IT (STSJ Asturias de 25-2-2011, RJ 143260/2011), y será posible el disfrute posterior siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se originaron, por aplicación de la Ley 3/2012, de reforma laboral.

Recientemente se ha dictado la STJUE 21-2-2012 (Sala Quinta) C-78/11/TJCE 2012/154, por la que se determina que durante el percibo de la IT se debe con-

siderar tiempo de trabajo a los efectos de poder generar derecho a vacaciones futuras<sup>8</sup>.

La misma doctrina se aplica en la función pública, procede el reconocimiento del derecho al disfrute en nuevo año y determina que se tiene derecho a las vacaciones cuando ha existido IT tanto antes como durante las vacaciones (STSJ del País Vasco de 23 de junio de 2011, rec. 1615/2010)<sup>9</sup>.

### **1.9. La extinción de la incapacidad temporal. Interrelaciones con las sanciones en la Administración local**

De entre las causas de extinción de la IT, destacan: por agotamiento del plazo máximo de 545 días, en que se examinará el estado del inválido en el plazo de tres meses, a efectos de su posible calificación de incapacidad permanente; por ser dado de alta médica con o sin declaración de incapacidad permanente; por la incomparecencia a los exámenes y reconocimientos médicos del INSS, según dispone el artículo 131 bis LGSS (STS 28-5-2008, rec. 1874/2007). Esta competencia de control también la tienen las Mutuas (STSJ Asturias de 22-6-2012, rec. 1139/2012).

La incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos es causa automática de extinción de la IT<sup>10</sup>.

En el ámbito de la Administración local, se ha cuestionado si la imposición de sanción de suspensión de empleo y sueldo a un policía local es causa o no de extinción de la IT, y se ha considerado que no lo es (STSJ Asturias de 28 de junio de 2002); tampoco lo es estar en la cárcel preso, pese a la dificultad por parte de la Mutua de establecer los controles médicos (STSJ Madrid 14-6-2010, rec. 960/2010). Por otra parte, si el empleado público está en IT no es posible sancionarlo con efectos retroactivos, y, por tanto, no procede la suspensión del pago delegado (STSJ de Cataluña de 31-5-2000, rec. 039/1999, referido a un secretario-interventor).

La IT también se puede extinguir por imposición de sanción por falta muy grave, como la realización de actividad comercial mientras se estaba de baja por en-

7. STSJ Galicia de 24-1-2011, RJ 135596/2011; STSJ Madrid de 1-12-2010, RJ 108078/2010.

8. En este sentido, la STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2011, rec. 3235/2010, determina que el trabajador tiene derecho a la compensación económica de vacaciones cuando se han solapado con la IT y al trabajador se le ha declarado una incapacidad permanente.

9. STSJ Castilla y León/Valladolid de 17-1-2013, rec. 1918/2009; STSJ Galicia de 5-12-2012, rec. 421/2011; STS de 3-10-2012, rec. 249/2009.

10. STS de 15-4-2010, rec. 97/2007; STSJ Castilla y León/Valladolid de 14-2-2013, rec. 2355/2012.

fermedad (STSJ País Vasco de 15 de diciembre de 2004, rec. 2783/2003, Policía local).

### 1.10. Situaciones asimiladas al alta

No son situaciones asimiladas al alta y por tanto no se puede acceder a la IT cuando el trabajador está en excedencia por cuidado de hijo o familiar, pese a que está asimilado en Seguridad Social y se computa como período cotizado para las prestaciones de incapacidad, jubilación, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, tal y como indica el artículo 180.1 LGSS; ni tampoco se puede acceder a la IT desde la situación de excedencia voluntaria, al no ser ni siquiera situación asimilada al alta para ninguna prestación.

Otros supuestos controvertidos que surgen en la práctica devienen en los casos de permiso sin sueldo, los cuales existen tanto en el ámbito laboral como en el ámbito de la Administración Pública. La cuestión ha sido resuelta por los tribunales, al considerar que tales casos encajarían en un supuesto de alta sin retribución, donde procede la cotización por base mínima (artículo 7 Orden Ministerial cotización de 2013), y, consiguientemente, procede el acceso a la IT.

En el ámbito de la función pública, se pueden solicitar las licencias por asuntos propios o interés particular regulados en el artículo 73 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, cuya vigencia se apoya en la disposición derogatoria única del EBEP<sup>11</sup>; se trata de permisos que quedan fuera del EBEP. Esta licencia es sin retribución y con una duración acumulable que no puede exceder de tres meses cada dos años, y que se subordina a las necesidades del servicio. También existen otras situaciones en las que no se percibe retribución y en las que se mantiene la obligación de cotizar, caso de la suspensión provisional de funciones por expediente disciplinario o procesamiento, suspensión provisional de funciones y plazo posesorio por cambio de destino (*Vid.* la cotización de estas situaciones en la Orden Ministerial de Trabajo y Seguridad Social de 27 de octubre de 1992-BOE de 5 de noviembre de 1992)<sup>12</sup>.

### 1.11. Base reguladora y cuantía de la prestación de incapacidad temporal

La base reguladora (en adelante, BR) de la IT es la base de cotización (en adelante, BC) del mes inmediata-

11. *Vid.* estudios sobre el EBEP en MAURI MAJÓS, J., "Análisis general del Estatuto Básico del Empleado Público; problemas, soluciones y huidas", en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 19, febrero de 2009, pp. 13 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, 2009; PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho del Empleo Público. La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007; PALOMAR OLMEDA, A., "Las políticas de restricción del gasto público como elemento de ordenación de la gestión pública de recursos humanos y las formas de su articulación", en AA. VV., *Crisis económica y función pública*, Editorial Aranzadi, 2012.

12. La Orden Ministerial de Trabajo y Seguridad Social de 27 de octubre de 1992 (BOE 5-11-1992) establece las instrucciones referidas a la obligación de cotizar en los siguientes supuestos:

1.- Por una parte, el permiso sin sueldo: se determina que durante el tiempo en que el funcionario disfrute de un permiso sin sueldo, subsistirá la obligación de mantener el alta y cotizar por parte de la Administración Pública de la que perciba sus retribuciones. Esta cotizará únicamente por la parte correspondiente a la cuota patronal derivada de contingencias comunes, siendo la base de cotización la que correspondería de haber continuado la prestación de servicios. Se aparta así de la norma general aplicable a las situaciones de "alta sin retribuciones", dado que en el régimen general para los trabajadores por cuenta ajena se cotiza por base mínima.

2.- En cuanto a la situación de suspensión provisional de funciones, con ocasión de un expediente disciplinario o por estar sometido a procesamiento, se mantendrá la situación de alta y la cotización se realizará sobre las retribuciones percibidas. En el supuesto de que el funcionario perdiera el derecho a tales retribuciones, la cotización se efectuará tomando como base la mínima correspondiente a su grupo de cotización, y la Administración cotizará, únicamente, por la parte correspondiente a la cuota patronal derivada de contingencias comunes. Si la suspensión provisional no fuera declarada firme, habrá de reponerse el resto de la cotización, que alcanzará a todo el período y se efectuará tanto por las contingencias comunes como por las profesionales. Cuando la suspensión provisional sea declarada firme, procederá cursar la baja en el régimen general con efectos retroactivos, y devolver las cuotas ingresadas durante el período a que afecte la suspensión firme; con independencia de ello, si la suspensión declarada firme lo fuera por período de inferior duración a la suspensión provisional, deberá reponerse el resto de la cotización en los términos indicados durante el tiempo al que no alcance la suspensión firme.

3.- En relación con el plazo posesorio por cambio de destino, las altas y bajas en el régimen general de la Seguridad Social que vengan motivadas por cambio de destino obtenido por medio de concurso o de libre designación, surtirán los siguientes efectos: la baja, desde el último día del mes en que se produzca el cese; el alta, desde el día primero del mes siguiente a aquel, tanto si la toma de posesión se lleva a cabo en el mismo o en distinto mes al del cese. La cotización del mes del cese correrá íntegramente a cargo de la dependencia que diligencie el mismo.

mente anterior a la situación de IT<sup>13</sup>. La BR de IT no será objeto de modificación, aun cuando se produzcan mejoras salariales por convenio colectivo, salvo que la base de cotización esté por debajo del salario mínimo interprofesional o se trate de un supuesto de recaída, pues en tales casos hay que recalcular la base reguladora (STS 12-7-2007, rec. 5448/2005).

### **1.12. La incapacidad temporal como causa suspensiva en el ámbito de la Administración local**

En el ámbito de la Administración Pública y, en particular, de la Administración local, la IT funciona como causa suspensiva en el cómputo para el reingreso de determinadas situaciones administrativas, tales como el reingreso al servicio activo, los supuestos de traslado o el cese de la comisión de servicios. En este sentido, se puede consultar la STSJ de Aragón de 30 de marzo de 2011 –referida a un secretario de Ayuntamiento–. El Tribunal considera que la IT o licencias de enfermedad en funcionarios del mutualismo administrativo tienen un efecto suspensivo en el cómputo de los plazos posesorios, referidos a un traslado con destino provisional que estaba con licencia de enfermedad y estaba pendiente de resolución de traslado. De esta manera el Tribunal considera que “El cómputo de los plazos posesorios se iniciará cuando finalicen los permisos o licencias que hayan sido concedidos a los interesados, salvo que por causas justificadas el órgano convocante acuerde suspender el disfrute de los mismos”, tal y como determina el artículo 48.3 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, el cual tiene “carácter supletorio para todos los funcionarios civiles al servicio de la Administración del Estado no incluidos en su ámbito de aplicación y los de

las restantes Administraciones Públicas”, según dispone el artículo 1.3.

La misma solución se adopta en los supuestos de finalización de la comisión de servicios por incorporación de su titular, y si este se encuentra en situación de IT, no se le puede exigir que materialmente cumpla la toma de posesión de su puesto de trabajo de origen mientras se encuentre en IT, según indica la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2004, rec. 440/2004. No obstante, se determina que el Ayuntamiento donde tiene su plaza en propiedad no queda desvinculado del empleado público, sino que deberá asumir las obligaciones de la Seguridad Social, si bien el empleado público no podrá percibir los complementos de IT que cobraba en el Ayuntamiento donde se encontraba en comisión de servicios, puesto que su Ayuntamiento de origen nada tiene que ver con dicho pacto.

### **1.13. La compatibilidad de la incapacidad temporal**

En el concepto de IT cabe destacar que el trabajador ha de encontrarse impedido temporalmente para el trabajo que desarrolla, y recibiendo asistencia sanitaria. Si bien esta es la definición general que nos ofrece el artículo 128.1.a) LGSS, en ocasiones el trabajador puede realizar una doble actividad, tanto encajable en la denominada pluriactividad como en la de pluriempleo<sup>14</sup>. Es precisamente en estos supuestos donde se ha cuestionado si el trabajador pudiera estar en IT en una actividad y no en otra. La solución a estas situaciones se dirimió por los tribunales incorporando el siguiente criterio: si el trabajador está en pluriactividad y en una de ellas se exige esfuerzo físico y la otra actividad es sedentaria, será posible estar en IT en una actividad y no en otra (STS de 19-2-2002 y 7-4-2004; STSJ de Asturias de 11-7-2008, rec. 105/2008), al considerar que la dolencia no le inhabilita para la prestación de servicios, por ser actividades diferentes. Por su parte, si el trabajador está en pluriempleo, la solución que se adopta por los tribunales es la

13. Esta BC se debe dividir por 30 o por 31, o por los días a los que se refiere la cotización, y el resultado obtenido será la BR diaria sobre la que se aplicarán los porcentajes correspondientes a la cuantía, según se trate de contingencias comunes (60 % BR desde el 4.º día al 20.º, y 75 % BR desde el día 21 en adelante, hasta la finalización de la IT –545 días–) o profesionales (75 % BR desde el día siguiente al de la baja médica hasta la finalización de la IT) (artículos 13 del Decreto 1646/1972 y 2.2 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967). No obstante, cuando el trabajador no acredite la antigüedad de un mes en la empresa, la BR se calculará tomando como BC la base del mismo mes en que se produzca la IT (artículo 13 del Decreto 1646/1972).

14. A nivel de Seguridad Social, se está en pluriactividad cuando el trabajador cotiza en dos o más regímenes de la Seguridad Social, frente al pluriempleo, que consiste en que el trabajador realiza dos o más actividades, todas ellas encajables en el régimen general.

misma; así, se puede consultar la STSJ del País Vasco de 28-10-2003, rec. 1920/2003, donde se admite la IT en una actividad y no en otra, máxime teniendo en cuenta que la otra actividad era a tiempo parcial.

En esta línea, en el ámbito de la Administración local se ha planteado en un Ayuntamiento de la provincia de Valencia una situación similar. Se trata de un concejal a tiempo parcial que sufre un accidente de trabajo en su puesto principal, referido a albañilería; la cuestión que se plantea es si podía estar de baja médica en su actividad principal y no en la actividad de concejal. La respuesta parece evidente: la de concejal, al ser una actividad sedentaria o de tipo administrativo, podrá seguir ejerciéndola mientras permanece en IT en la actividad principal. A mayor abundamiento, se podría considerar que en la medida en que la situación de concejal entra dentro del concepto de cargo público<sup>15</sup>, determinaría un mejor argumento para la compatibilidad, pues esta situación guarda un gran paralelismo con el ejercicio de cargo sindical, y existen resoluciones judiciales en las que se permite el ejercicio de actividades sindicales pese a que el trabajador esté en IT<sup>16</sup>.

## 2. La reforma del Real Decreto-ley 20/2012, en torno a los complementos de incapacidad temporal en el ámbito de la Administración local<sup>17</sup>

El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y

de fomento de la competitividad<sup>18,19</sup> (en adelante, RDL 20/2012), ha reformado los complementos de IT que se abonan a los funcionarios y personal laboral<sup>20</sup> que prestan sus servicios en la Administración Pública<sup>21,22</sup>. Antes del RDL 20/2012, los complementos de la IT durante los tres primeros meses eran del 100 % de las retribuciones que venían percibiendo en activo, e, incluso, otros colectivos de empleados públicos cobraban hasta el 100 % durante todo el proceso de IT. La reforma del RDL 20/2012 reordena la cuantía de los complementos por incapacidad temporal de los empleados públicos, tanto funcionarios como personal laboral, y acomete la reforma del siguiente modo:

Establece unos topes máximos que se podrán cobrar por los empleados públicos, si bien deja en manos de cada una de las Administraciones Públicas la delimitación de los concretos conceptos retributivos que podrán integrar el complemento de IT, con los límites máximos cuantitativos fijados por el RDL 20/2012.

Con carácter general, los complementos de la IT son variables en atención a la duración de la IT cuando esta deriva de contingencias comunes sin hospitalización.

Por su parte, el complemento es fijo en el caso de la IT por contingencias profesionales, hospitalización o intervención quirúrgica, entre otros supuestos, siendo posible que las corporaciones locales o las comunidades autónomas puedan fijar otros supuestos dentro de los márgenes legales del RDL 20/2012.

Las corporaciones locales deberán abonar los com-

15. *Vid.*, sobre la excedencia por ejercicio de cargo público o sindical, PÉREZ ALONSO, M.<sup>a</sup> A., *La excedencia laboral*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 70 y ss.

16. STS de 8-4-2006, rec. 1365/2005; STSJ de Cataluña de 22-12-2006, rec. 4037/2005; STSJ de Cataluña de 22-12-2005, rec. 4037/2005.

17. *Vid.* CUENCA CERVAR, J., *Manual de dirección y gestión de recursos humanos en los Gobiernos locales*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010.

18. BOE de 14 de julio de 2012, y corrección de errores de 19 de julio de 2012.

19. *Vid.* ARRIBAS LÓPEZ, J. E., "El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, y los funcionarios", en *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 848, 2012, que considera que la ambigüedad y los conceptos jurídicos indeterminados son muy distantes de lo que se puede considerar como seguridad jurídica.

20. *Vid.*, sobre personal laboral, BOLTAINA BOSCH, X., "El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto Básico del Empleado Público", en *Revista electrónica CEMCI*, núm. 10, enero-marzo 2011; *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas españolas*, CEDECS Editorial, S.L., 2005; *Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; SEMPERE NAVARRO, A. V., "El personal laboral al servicio de las corporaciones locales", en *Revista La Ley*, 2010.

21. El RDL 20/2012 ha cambiado totalmente la cuantía de los complementos de la IT de los funcionarios y del personal laboral encuadrados en el régimen general, amén de otros colectivos afectados, como son los funcionarios de la Administración del Estado, los funcionarios y personal laboral encuadrados en el régimen especial de trabajadores del mar (Puertos del Estado y Marina Mercante), estos últimos incluidos por el RDL 23/2012 (BOE de 25-8-2012), y los empleados públicos adscritos a los regímenes especiales de Seguridad Social del mutualismo administrativo.

22. *Vid.* un estudio de los complementos de incapacidad temporal para los funcionarios en la Administración Pública del Estado, en PÉREZ ALONSO, M.<sup>a</sup> A., *Revista Aranzadi Social*, núm. 4/2013 (en prensa).

plementos siempre que el empleado público esté en activo en su Ayuntamiento, sin que se puedan abonar los mismos si se ha perdido la condición de empleado público (STSJ de Extremadura de 16-11-2010, rec. 329/2010).

Se plantea en la práctica cómo se abonarán los complementos de IT en supuestos en los que el empleado público ejerza un puesto de libre designación, con unas retribuciones superiores a las de su puesto de origen, y durante la IT cese en el cargo de libre designación; en tales casos, la respuesta debe ser la misma que se ha visto en epígrafes anteriores: al cesar en el puesto de libre designación, dejará de percibir los complementos retributivos de dicho puesto, y mientras esté en IT tendrá en suspenso el reingreso a su puesto de origen. Si con posterioridad surge una recaída, se deberá recalcular la base reguladora según la doctrina establecida por el Tribunal Supremo (STS de 12-7-2007, rec. 5448/2005), tomando como referencia para el cálculo de dicha base la de cotización del mes anterior a la nueva baja médica; para los empleados públicos, la base de cotización será la correspondiente al mes de mayo de 2010, y en tal caso procederá ya el abono de los complementos de su puesto de origen.

## 2.1. El ámbito de aplicación y contenido del Real Decreto-ley 20/2012

Cada Administración Pública deberá efectuar la adaptación al RDL 20/2012 dentro de su autonomía. El plazo de adaptación al RDL 20/2012 era de 3 meses, cuya finalización se produjo el 14 de octubre de 2012. La Administración del Estado llevó a cabo la adaptación a través de la disposición adicional 18.<sup>a</sup> del RDL 20/2012, y en los términos fijados por este. La regulación principal se contiene en el artículo 9.2 RDL 20/2012, y va referida al personal funcionario incluido en el régimen general y al personal laboral al servicio de la Administración Pública. En este sentido, como todos los empleados públicos de las corporaciones locales y de las comunidades autónomas están integrados en el régimen general, la reforma es aplicable en su integridad.

Los complementos adicionales que regula el RDL 20/2012 para el personal funcionario y laboral no se calculan sobre la base reguladora de la IT, sino sobre las retribuciones que se venían recibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. El régimen jurídico

establecido en el artículo 9.2 del RDL 20/2012 es el siguiente:

1.º- Si la IT deriva de contingencias comunes, esto es, deriva de enfermedad común o accidente no laboral, el complemento se estructura del siguiente modo:

a) Durante los 3 primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar el 50 % de las retribuciones que se vengán recibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

b) Desde el día 4.º al 20.º de IT, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación ya reconocida por la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades (esto es, lo que se paga por la Seguridad Social y lo que pague la Administración como complemento), se supere el 75 % de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad. En definitiva, lo que se puede complementar por la Administración Pública es un máximo del 15 %, por cuanto durante dicho tramo la prestación que concede el régimen general es del 60 % de la BR del mes anterior al de causarse la IT.

c) Desde el día 21 inclusive, podrá reconocerse una prestación equivalente al 100 % de las retribuciones que se vinieran percibiendo en el mes anterior al de causarse la IT. Este complemento del 100 % no tiene límite temporal, con lo cual se percibirá durante todo el proceso de IT, esto es, 545 días, si bien se plantea si podría alcanzar a la prórroga de efectos económicos de IT, regulados en el artículo 131 bis.2, 2.º LGSS, a la espera de la calificación, en su caso, de incapacidad permanente (*vid.* STS de 10-11-2010, rec. 3693/2009), pues se considera que el complemento de IT tiene la misma estructura y función de subsidio o prestación; en el mismo sentido, *vid.* STSJ de Andalucía/Granada de 3-5-2012, rec. 454/2012, referido a una Administración local. Incluso se tiene derecho al complemento aunque el trabajador no tenga derecho a la prestación de IT; en este sentido, se puede consultar la STSJ de Extremadura de 4-1-2007, rec. 627/2006, o, en caso de sucesión de contratados, la STSJ de Cataluña de 27-11-2011, rec. 5147/2011.

No obstante, algunas comunidades autónomas, en su adaptación al RDL 20/2012, han previsto expresamente que el complemento alcance hasta los 545 días; en otros casos, como la Comunidad Valenciana, tienen previsto limitarlo hasta los 365 días.

2.º- Si la IT deriva de contingencias profesionales, esto es, deriva de accidente de trabajo<sup>23,24</sup> o enfermedad profesional, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser complementada desde el primer día hasta el 100 % de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

En los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica, se podrá establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el 100 % de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento, y se posibilita la delimitación de otros supuestos debidamente justificados (artículo 9.5 RDL 20/2012). Precisamente, la Instrucción del Ministerio de Hacienda de 15-10-2012 añade otros supuestos, caso de los tratamientos de quimioterapia y radioterapia. Además, determina que en los casos en los que se inicie una IT (hay que entender de contingencias comunes) y con posterioridad se

produzca la intervención quirúrgica, siempre que no haya habido interrupción en la IT, se cobrará el 100 % desde el inicio de la IT, abonándose las diferencias que procedan.

Algunas comunidades autónomas y corporaciones locales han fijado el complemento del 100 %, en relación con las enfermedades graves, del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, caso de la Comunidad de Andalucía, Aragón, y de la Diputación de Badajoz, e, incluso, en el Ayuntamiento de Cabrils (Barcelona) se incluyen las enfermedades contagiosas del Real Decreto 2210/1995. También, tanto el Estado como el resto de comunidades autónomas y corporaciones locales han fijado el complemento del 100 % en los casos de bajas por embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, violencia de género, o enfermedades graves sin hospitalización.

---

23. *Vid.*, sobre supuestos de accidentes de trabajo, los siguientes casos: STSJ Cataluña de 13 de julio de 2012, rec. 6897/2011, que evidencia que la situación de un concreto trabajador presenta un nexo causal evidente con el ambiente de trabajo, en los términos del artículo 115.2.ºe) LGSS, y aprecia incumplimiento de las medidas de seguridad, por ausencia de plan de prevención de riesgos psicosociales. STSJ Cataluña de 1 de marzo de 2011, rec. 2544/2010, sobre un policía local al que pasan a policía de proximidad; se denuncia a la Inspección de Trabajo acoso psicológico en el trabajo, *mobbing*, pero se deniega porque la calificación de *mobbing* debe reservarse para los casos en que hay un acoso sistemático, repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo, dirigidas a minar la autoestima del trabajador, sin que tampoco sea bastante el sentimiento de víctima ni aun la acreditación de un trastorno psíquico, en cualquier caso dependiente de la mayor o menor resistencia mental o psicológica del trabajador. STSJ Cataluña de 30-3-2010, rec. 1799/2009, acerca de que no es accidente de trabajo sino enfermedad común la depresión y el estrés postraumático, pues para considerarse enfermedad de trabajo la causa debe hallarse en la ejecución del trabajo (STS de 18-1-2005, rec. 6590/2003); en esta línea, si la enfermedad surge en el medio laboral, técnicamente calificable de hostigamiento o acoso psicológico, basta con que su aparición tenga por exclusiva causa la ejecución del trabajo (STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8-7-2011, rec. 758/2011). STS de 2 de marzo de 2011, rec. 2113/2007, sobre seguro de vida (policía con tuberculosis que no queda acreditado que contrajera como consecuencia del trabajo). STSJ C. Valenciana de 29 de abril de 1999, rec. 2669/10996, en que prevalece el informe del jefe de la Policía local sobre la contingencia (esguince de rodilla producido al finalizar el servicio), aunque en el parte de baja se exprese que se trata de accidente no laboral. Se considera accidente de trabajo el infarto de miocardio que sufre un policía local cuando estando de vacaciones interviene para evitar un hurto y le da un infarto (STSJ Andalucía/Sevilla de 12 de julio de 2002, rec. 1090/2002); se considera que es accidente de trabajo por ser un acto de salvamento, y porque en la normativa reguladora de la Policía local se indica que los policías deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad. STSJ Galicia de 20 de mayo de 2011, rec. 4981/2007, acerca de que a las enfermedades de trabajo [artículo 115.2.e) LGSS] les alcanza la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS si son sufridas durante el tiempo y en el lugar del trabajo; para la destrucción de la presunción para las enfermedades de trabajo se exige que la falta de nexo causal se acredite suficientemente, de manera que la presunción es inaplicable cuando todavía no ha comenzado a desarrollarse la actividad laboral, aunque se esté en el centro de trabajo, porque el artículo 34.5 ET establece que "El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo" (STS 06/10/03, Ar. 8569). En cuanto a que se considere de origen profesional el trastorno mixto ansioso-depresivo, *vid.* STSJ Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 2008, rec. 1836/2007; STSJ Cataluña de 8 de febrero de 2008, rec. 7257/2006, y STSJ Andalucía/Sevilla de 13 de julio de 2001, rec. 716/2001; en sentido contrario, STSJ C. Valenciana de 25 de mayo de 2010, rec. 2407/2009: determinación de la contingencia en los casos en los que han existido distintos procesos de IT y, aun cuando el juzgador de instancia considera que la enfermedad psiquiátrica deriva de conflicto laboral, no puede considerarse probada la referida causa "exclusiva" del trabajo, con independencia de circunstancias personales, familiares, etc., que también pudieron concurrir (se estaba divorciando), y más considerando la categoría profesional del actor, de policía local.

24. *Vid.* ALFONSO MELLADO, C. L., "Responsabilidad civil por accidente de trabajo: cuestiones actuales", en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2009, pp. 65 y ss., y "Determinación de la cuantía de las indemnizaciones por accidente de trabajo", en *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007; SALCEDO BELTRÁN, C., *Investigación de los accidentes de trabajo: Aspectos jurídicos*, Editorial Bomarzo, 2012.

## 2.2. La base de cotización de 2010 y los complementos de incapacidad temporal

En el ámbito de la Administración Pública se produce una distorsión en el modo de calcular el subsidio de IT, dado que el artículo 5 RDL 20/2012 determina que, a efectos del cálculo de la BC por todas las contingencias de los empleados públicos encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social cuyas retribuciones sean objeto del ajuste previsto en el RDL 20/2012, en tanto permanezca su relación laboral o de servicio, seguirá siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 120. Dieciséis de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, y, a su vez, este artículo se remite a la disposición adicional 7.<sup>a</sup> del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo (BOE de 24 de mayo de 2010), por el que se determina que, pese a la rebaja de retribuciones operada en los empleados públicos, la BC se mantendrá coincidente con la del mes de mayo de 2010, salvo que corresponda una superior, en cuyo caso se cotizará por esta última. Esta misma previsión se recoge en el artículo 113. Dieciséis de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013 (BOE de 28 de diciembre), y en la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero (Orden cotización 2013). De este modo, los empleados públicos desde 2010 y hasta el momento actual siguen cotizando por una base de cotización igual a la existente en el mes de mayo de 2010, pese a que su nivel retributivo ha sido objeto de sucesivos rebajas, de manera que su retribución es inferior a la existente en el año 2010, lo que no deja de producir una cierta perplejidad por lo anómalo de la situación, pues las cotizaciones se efectúan por una base de cotización que no es real sino ficticia, y surge la cuestión de cómo se debe efectuar el cálculo de los complementos retributivos que se pueden abonar durante el proceso de IT.

Ciertamente, la situación parece que ni beneficia ni perjudica al empleado público, porque la cuantía de la IT tomará la base de cotización ficticia del mes de mayo de 2010<sup>25</sup>, sobre la cual se aplicará el porcentaje que corresponda en el régimen general para el cálculo del

subsidio de IT; una vez obtenida la cuantía de dicho subsidio abonable por el régimen general, se calculará el pago de los complementos, tomando como referencia las percepciones efectivamente recibidas en el mes anterior al de la producción de la incapacidad, tal y como determina el artículo 9 RDL 20/2012.

## 2.3. Adaptación de las comunidades autónomas y corporaciones locales al Real Decreto-ley 20/2012

Así, con motivo del RDL 20/2012 y con el margen de las respectivas competencias de las Administraciones Públicas, muchas comunidades autónomas y corporaciones locales<sup>26</sup> comenzaron, de acuerdo con sus respectivas competencias, a desarrollar las prescripciones normativas del RDL 20/2012, siendo el módulo a tener en cuenta la retribución percibida en el mes anterior a causarse la incapacidad, tanto si se trata de empleados públicos encuadrados en el régimen general como en el mutualismo administrativo, si bien para estos últimos el RDL 20/2012 se centra en las retribuciones básicas y complementarias y, en su caso, prestaciones por hijo a cargo, que se perciban en el mes anterior a la incapacidad.

## 2.4. Adaptación de las corporaciones locales al Real Decreto-ley 20/2012

Las corporaciones locales no pertenecen ni a la Administración del Estado ni a las de las comunidades autónomas, son Administraciones Públicas independientes y reconocidas por el propio artículo 137 de la Constitución española, si bien tienen limitaciones a la hora de fijar las retribuciones, de tal modo que no podrán fijarlas por encima de los topes legales determinados por el Estado y las comunidades autónomas<sup>27</sup>.

Una de las cuestiones que se plantean en torno a las corporaciones locales, es el tratamiento que hay que dar a los funcionarios de carrera de la Administración local en cuanto al tema de los complementos de

25. No obstante, las últimas interpretaciones realizadas por la Tesorería General de la Seguridad Social vienen entendiendo que esta cotización a fecha 2010 solo afecta a los funcionarios que en ese preciso momento estaban al servicio de la Administración Pública, y no a todos los funcionarios.

26. Vid. VERA TORRECILLA, R. J., "Los funcionarios de habilitación estatal en el contexto de la reforma del gobierno local", en *Revista de Actualidad Administrativa*, 2012.

27. STSJ de Castilla y León/Burgos de 4-3-2011, rec. 305/2010; STS de 15-6-1989, RJ 1989/4387.

la IT, esto es, si se regirán por las disposiciones de cada uno de los ayuntamientos a los que pertenezcan, o, por el contrario, les corresponde la misma protección que a los empleados públicos de la Administración del Estado, respecto de su personal encuadrado en el régimen general, dado que ellos mismos también están en el mencionado régimen general. En este sentido, existe una base jurídica para otorgarles la misma protección que a los funcionarios del Estado, y esta les vendría dada por la disposición final 2.ª de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, por la que se dispone que los funcionarios públicos de la Administración local tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispense a los funcionarios públicos de la Administración del Estado, y estará integrada en el sistema de Seguridad Social, y que la aportación de los funcionarios de la Administración local para la financiación de su Seguridad Social será la misma que se establezca para los funcionarios públicos de la Administración del Estado, cuando sea idéntica la acción protectora. La Diputación de Extremadura ha realizado un informe en esta misma línea. Pese a todo, habrá que esperar a la interpretación que hagan los tribunales de esta normativa y de su aplicación a las corporaciones locales, y, en todo caso, la adaptación al RDL 20/2012 dependerá de las disponibilidades presupuestarias de cada organismo.

Por otra parte, muchos ayuntamientos han iniciado el proceso de adaptación a este Real Decreto-ley a través de sus respectivos reglamentos, o acuerdos de la Mesa de Negociación<sup>28</sup>, y la resolución ha sido ratificada en el Pleno, con lo cual muchas de las adaptaciones llevadas a cabo por los ayuntamientos no han sido publicadas en el BOP.

Los complementos de IT se deben considerar mejoras voluntarias de la Seguridad Social, y, de este modo, se rigen, en primer lugar, por la voluntad de las partes que las establecieron, que pueden determinar la mo-

delación de los requisitos y consecuencias jurídicas (STSJ de Andalucía/Sevilla de 1-3-2012, rec. 1404/2011 –referido a Administración Local–)<sup>29</sup>, si bien, en estos casos, estarán limitadas por los topes cuantitativos fijados en el RDL 20/2012.

No obstante, la tarea de adaptación de la normativa por cada uno de los municipios españoles es muy prolija, dado el numeroso volumen de ayuntamientos existentes en España<sup>30</sup>.

A modo de ejemplo, pueden consultarse las siguientes adaptaciones en el ámbito de la Administración local:

1.ª- Ayuntamiento de Pedrera (Sevilla) (BOP Sevilla de 30-1-2013, p. 72), donde se recoge el percibo del 100 % de las retribuciones en la situación de IT en contingencias profesionales, contingencias comunes que generen hospitalización o internamiento, y en los supuestos de enfermedad grave.

2.ª- Ayuntamiento de Aznalfarache (Sevilla) (BOP Sevilla de 1-12-2012), donde se recoge el 100 % de las retribuciones en los supuestos de contingencias comunes derivadas de hospitalización, enfermedades oncológicas, intervención quirúrgica y patologías del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

3.ª- En Badajoz, se han publicado unos criterios de la Diputación (Boletín Oficial de Badajoz de 26-10-2012) donde se indica que el Real Decreto-ley tiene carácter de norma básica y por tanto aplicable a todas las Administraciones Públicas, así como que la legislación estatal resulta de aplicación a los funcionarios locales, de conformidad con la disposición final 2.ª de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, y que se debe aplicar igualmente al personal laboral, al ser también empleados públicos, en aras de evitar agravios comparativos.

4.ª- Ayuntamiento de Cabriels (Barcelona) (BOP Barcelona de 8-3-2013)<sup>31</sup>, donde se determina el percibo del 100 % de las retribuciones en los casos de hospita-

28. Vid. ROQUETA BUJ, R., "La negociación colectiva", en AA. VV., *Los Recursos Humanos en la Administración Local*, Editorial Tirant lo Blanch, Colección Esfera, Valencia, 2012, p. 307, donde se indica que los planes de previsión social complementaria se deben negociar en la Mesa general común.

29. Vid., sobre mejoras voluntarias de la Seguridad Social, la STS de 15-6-1989, RJ 1989/4387, donde se indica que los ayuntamientos no tienen competencia para establecer normas sobre planes de previsión social, siendo competencia exclusiva del Estado; la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22-5-2007, rec. 3032/2006, considera que el conocimiento de las mejoras de los funcionarios públicos, al no estar fijadas ni en contrato de trabajo ni en convenio colectivo, compete a la jurisdicción social.

30. MAURI MAJÓS, J., "Análisis general del Estatuto Básico del Empleado Público;...", ob. cit., donde indica que las normas de empleo público han tendido siempre a la generalidad, desconociendo la necesaria adaptación a la realidad de nuestras estructuras públicas, y más concretamente de las corporaciones locales, olvidando la notoria fragmentación de nuestro mapa municipal.

31. En parecidos términos, vid. Ayuntamiento de Rubí (Barcelona) de 14-2-2013.

lización, intervención quirúrgica, enfermedades graves del Real Decreto 1148/2011 y enfermedades contagiosas del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre. Esta referencia a las enfermedades contagiosas no existe a nivel de comunidades autónomas. Se determina la obligación de someterse a controles médicos de la empresa por medio de servicios propios o ajenos. En esta misma adaptación se determina que la indisposición por tiempo inferior a 24 horas solo será necesario comunicarla al jefe de servicio.

5.<sup>a</sup>- En Burgos, la Resolución del Servicio de Personal de la Diputación Provincial de 3-4-2013 se adapta a la Disposición Adicional 38.<sup>a</sup> de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y determina que aquellos casos en los que se supere en número de 4 días la baja por enfermedad o accidente sin dar lugar a una situación de IT, comportarán la misma deducción de retribuciones del 50 % prevista para los tres primeros días de ausencia por IT, y, para el caso de que no se presente el parte de baja en el plazo, se aplicará lo previsto para las ausencias con descuento de haberes.

6.<sup>a</sup>- Ayuntamiento de Parres (Asturias) (BOP de 5-12-2012), donde destacan las escasas cuantías fijadas como complemento retributivo.

7.<sup>a</sup>- Ayuntamiento de Cabana (Galicia) (BOP de 4-2-2013), donde se describen los distintos supuestos de hospitalización, entre los que destacan la estancia en hospitales de día y los períodos de observación en servicios de urgencia superiores a 7 horas.

8.<sup>a</sup>- Territorio Histórico de Álava (Orden Foral 353/2012, de 15 de octubre, por la que se aprueba el Decreto Foral 50/2012, de 2 de octubre), donde destacan las distintas descripciones de los supuestos objeto de cobertura, en torno a la hospitalización o la intervención quirúrgica y la intervención médica invasiva, que también será objeto del pago del 100 % de las retribuciones (caso de las laparoscopias, gastroscopias, u otras de similar naturaleza). También se percibe el 100 % de las retribuciones en los casos de IT derivada directamente de una discapacidad previamente reconocida.

9.<sup>a</sup>- Ayuntamiento de Alconera (Extremadura) (BOE de 15-1-2013), donde destacan, entre los supuestos para aplicar el complemento del 100 % de la IT, los procesos que sufran los trabajadores especialmente sensibles y discapacitados, cuando la baja venga motivada por dicha discapacidad o por tratarse de personas con enfermedades crónicas.

10.<sup>a</sup>- Villanueva de Gállego (BOP de Zaragoza de 19-12-2012). Se otorga el 100 % de las retribuciones

en los supuestos de hospitalización, intervención quirúrgica y enfermedad grave del Anexo I del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

11.<sup>a</sup>- Ayuntamiento del Puig (BOP de Valencia de 10-8-2012). Se dirige la protección al personal funcionario y laboral del Ayuntamiento y entidades de él dependientes acogidos al régimen general de la Seguridad Social. El Ayuntamiento determinará, respecto a su personal, los supuestos en los que con carácter excepcional y debidamente justificado se alcance el 100 % de las retribuciones que se vinieran percibiendo en cada momento. Se considerarán debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.

## 2.5. Adaptación de las comunidades autónomas

Casi todas las comunidades autónomas han cumplido el plazo de adaptación de los tres meses indicado en el Real Decreto-ley 20/2012 para fijar los complementos retributivos que sobre la prestación de IT van a abonar a sus empleados públicos. Las comunidades autónomas han delimitado los conceptos retributivos que serán objeto de mejora. En este sentido, se pueden consultar las siguientes:

- La Comunidad de Andalucía (Ley 3/2012, de 21 de septiembre –BOJA de 1 de octubre de 2012–) excluyó del cómputo de los complementos las retribuciones de carácter variable y las percepciones que se encuentren condicionadas a la efectiva prestación de servicios.

- Lo mismo sucede con Cataluña (Decreto-ley 2/2012, de 25 de septiembre –DOGC de 27 de septiembre de 2012–), que determina que se utilicen en el complemento las retribuciones fijas y periódicas.

- En Extremadura (DOE de 9-10-2012), se complementarán las retribuciones mensuales fijas y periódicas en su vencimiento que se tuvieran acreditadas, excluyendo, en todo caso, el complemento de atención continuada en todas las modalidades.

- En Galicia, véase la Ley 9/2012, de 3 de agosto (DOG de 9 de agosto de 2012).

- En las Islas Baleares (Decreto-ley 10/2012, de 31 de agosto –BOIB de 1 de septiembre de 2012–), no se hace mención expresa ni excluyente de ningún complemento.

- En La Rioja (Orden 10/2012, de 13 de agosto –BO La Rioja de 20 de agosto de 2012–), las retribuciones se calcularán atendiendo a las retribuciones fijas y pe-

riódicas que correspondan al trabajador como consecuencia de la jornada ordinaria.

– En Madrid (Acuerdo de 2 de agosto de 2012 –BOM de 6 de agosto de 2012–), se remite a los criterios de mejora fijados en la disposición adicional 18.<sup>a</sup> del RDL 20/2012 referidos a la Administración del Estado, si bien se excluye de su ámbito de aplicación en cuanto a los complementos a las fundaciones del sector público autonómico y a los consorcios participados mayoritariamente por la Administración de la Comunidad de Madrid, los cuales directamente en cuanto a la IT se ajustarán estrictamente a la normativa del régimen de Seguridad Social.

– Murcia (BO Región de Murcia de 3 de agosto de 2012), por su parte, es la más favorable al empleado público, pues determina exactamente los complementos retributivos que se complementan, como son el sueldo, los trienios, el complemento de destino, el complemento específico, la productividad fija, las retribuciones ligadas a la carrera profesional y/o complemento personal, en su caso, y el complemento personal transitorio, en su caso.

– En el caso de la Comunidad Valenciana (Decreto-ley 6/2012, de 28 de septiembre –DOGV de 1 de octubre de 2012–), se indica que se cobrarán las retribuciones que se vinieran percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad, no se hace mención expresa de las retribuciones concretas que entran o no entran, si bien se está preparando una instrucción que reproduce la Instrucción del Ministerio de Hacienda, y, además, se fijará como límite para el complemento durante el proceso de IT hasta los 365 días.

– Por su parte, el Principado de Asturias (Ley 4/2012, de 28 de diciembre –BOE de 21 de febrero de 2013–) ha matizado que las retribuciones que entran dentro del complemento de IT serán las retribuciones que tengan carácter fijo; para el personal estatutario, según la Ley 4/2012, se entenderán como retribuciones de carácter fijo el sueldo, los trienios, el complemento de destino, el complemento específico, el de productividad fija y el de carrera/desarrollo profesional, quedando excluidos del cómputo de retribuciones todos los complementos no citados.

– Aragón (Instrucción de 10 de octubre de 2012 –BOA de 11 de octubre de 2012–) hace una delimitación de los conceptos retributivos que quedan dentro del complemento de IT, en atención a la distinta clasifi-

cación de empleados públicos, siendo estos los siguientes: a) para el personal funcionario: sueldo, trienios, complemento de destino, complemento específico, que incluirá la totalidad de sus componentes; b) para el personal laboral: salario base, complementos personales de antigüedad y de desarrollo profesional, los complementos de montaña, penosidad, doble función, manejo de maquinaria pesada, puesto de trabajo cualificado, trabajos nocturnos, turnicidad, especialidad, movilización de pacientes y jefatura de parque de maquinaria, el plus de domingos y festivos, de vigilancia de obra, de especial dedicación; c) para el personal estatutario y personal que percibe retribuciones estatutarias: sueldo, trienios, complemento de destino, complemento específico, que incluirá la totalidad de sus modalidades, complemento de productividad (factor fijo), complemento de carrera (personal de cupo/zona y personal en formación: retribuciones de carácter fijo). Quedan excluidos del complemento los siguientes conceptos retributivos: el complemento de atención continuada en todas sus modalidades, las pagas extraordinarias, las cantidades percibidas en concepto de productividad variable, así como las indemnizaciones o gratificaciones, que legal o reglamentariamente se hubieran percibido en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

– En Canarias (Ley 8/2012, de 27 de diciembre, y Orden de 30 de enero de 2013 –BOC de 4 de febrero de 2013–), se hace referencia a percibir la totalidad de las retribuciones en situación de IT por el personal al servicio del sector, y se determina que las solicitudes se deben remitir a la unidad de inspección médica, la cual verificará si la IT está incluida o no en los supuestos que dan lugar al percibo del 100 %.

Por otra parte, estas mismas comunidades autónomas han delimitado los supuestos en los que se deberá abonar el 100 % del complemento.

En este sentido, Andalucía y Aragón son las que han delimitado más ampliamente los supuestos del percibo del 100 %, puesto que abren el abanico de posibilidades a las enfermedades graves. Así, en Andalucía se abona el 100 % del complemento de IT cuando la misma deriva de contingencias profesionales, y cuando deriva de contingencias comunes que generen hospitalización o intervención quirúrgica. Lo mismo sucede si deriva de enfermedad grave recogida en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio<sup>32</sup>. En Aragón, se

32. Listado de enfermedades graves del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el

abonarán los complementos de IT por contingencias comunes en la misma cuantía que en el RDL 20/2012, y se abonará el 100 % de las retribuciones desde la fecha de inicio de la situación de IT por contingencias profesionales y por las contingencias comunes que generen hospitalización, intervención quirúrgica o enfermedad grave, incluso, en los supuestos de incapacidad temporal que se agraven y deriven de una enfermedad grave (Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio). Igualmente, el complemento se aplica a los funcionarios del Mutuo de Funcionarios Civiles del Estado, hasta el 90.º día en situación de IT. En cuanto a la recaída, se sigue el concepto propio del régimen general, de manera que si se produce la recaída el interesado podrá continuar el percibo del complemento que tuviera con ocasión del alta previa.

En Galicia, en los casos de IT por enfermedad común o accidente no laboral el complemento se calculará de conformidad con las reglas siguientes: a) Desde el primer día de la situación de incapacidad temporal hasta el tercer día inclusive se abonará un complemento hasta alcanzar el 50 % de las retribuciones cuando sea la primera baja en el año natural, y un complemento hasta alcanzar el 40 % en la segunda baja; para bajas posteriores no se abonará dicho complemento. b) Desde el 4.º día de IT hasta el 20.º inclusive se abonará un complemento hasta alcanzar el 75 % de las retribuciones. c) A partir del día 21.º se abonará un complemento hasta alcanzar el 100 % de las retribuciones.

En la Comunidad Valenciana, se reconocen las mismas cuantías que las recogidas en el RDL 20/2012, si bien se indica que cuando la situación de IT derive de contingencias comunes, y con independencia de que el empleado afectado esté acogido al régimen general

o especial de la Seguridad Social, en los supuestos de hospitalización, incluida la domiciliaria, e intervención quirúrgica que responda a actividades asistenciales comprendidas en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud. En esta Comunidad se contiene la referencia a las “actividades asistenciales comprendidas en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud”, y no deja de sorprender, máxime teniendo en cuenta que es redundante en lo que se refiere a materia de Seguridad Social, puesto que en el propio artículo 128.1.a) LGSS se define la IT como aquella situación en la que se encuentra el trabajador recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social, con lo que la referencia, como digo, es redundante, salvo que se pretenda excluir del beneficio del 100 % a las intervenciones quirúrgicas que se realicen en la medicina privada o en el Servicio Nacional de Salud, por tratarse de intervenciones excluidas de la financiación pública<sup>33</sup>, e, incluso, a las que entren en el concepto de prestaciones complementarias de las comunidades autónomas tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 16/2012.

En Cataluña, los complementos de la prestación económica de IT son los siguientes: a) En la situación de IT derivada de contingencias comunes, del 1.º al 3.º día, ambos incluidos, el 50 % de las retribuciones fijas y periódicas que se percibían el mes anterior al que tuvo lugar la incapacidad; b) las empleadas públicas embarazadas y las víctimas de violencia de género en situación de IT percibirán, desde el primer día de la misma, un complemento de la prestación económica de la Seguridad Social, hasta el 100 % de las retribuciones fijas y periódicas que cobraban el mes anterior a aquel en que tuvo lugar dicha IT.

---

sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave:

I. Oncología: leucemia linfoblástica aguda; leucemia aguda no linfoblástica; linfoma no Hodgkin; enfermedad de Hodgkin; tumores del sistema nervioso central; retinoblastomas; tumores renales; tumores hepáticos; tumores óseos; sarcomas de tejidos blandos; tumores de células germinales; otras neoplasias graves. II. Hematología: aplasia medular grave (constitucional o adquirida); neutropenias constitucionales graves; hemoglobinopatías constitucionales graves. III. Errores innatos del metabolismo: desórdenes de aminoácidos (fenilcetonuria, tirosinemia, enfermedad de la orina con olor a jarabe de arce, homocistinuria y otros desórdenes graves); desórdenes del ciclo de la urea (OTC); desórdenes de los ácidos orgánicos; desórdenes de carbohidratos (glucogenosis, galactosemia, intolerancia hereditaria a la fructosa y otros desórdenes graves); alteraciones glicosilación proteica; enfermedades lisosomiales (mucopolisacaridosis, oligosacaridosis, esfingolipidosis y otras enfermedades graves); enfermedades de los peroxisomas (Síndrome de Zellweger, condrodysplasia punctata, adenoleucodistrofia ligada a X, enfermedad de Refsum y otros desórdenes graves); enfermedades mitocondriales: por defecto de oxidación de los ácidos grasos y de transporte de carnitina, por alteración del DNA mitocondrial, por mutación del DNA nuclear; entre otras.

33. Vid. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y su Reglamento de desarrollo 1192/2012, por el que la cartera de servicios comunes del Real Decreto 1030/2006 ha sido desmembrada en cuatro secciones, siendo estas las siguientes: cartera común básica de servicios asistenciales; cartera común suplementaria; cartera común accesoria, y servicios complementarios de las comunidades autónomas.

Más recientemente, el artículo único del Decreto-ley 2/2013, de 19 de marzo, de modificación del régimen de mejoras de la prestación económica de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración de la Generalidad de Cataluña, de su sector público y de las Universidades públicas catalanas, ha ampliado los supuestos para el percibo del 100 %, en las situaciones de IT que comporten hospitalización o intervención quirúrgica, con independencia de que sobrevengan con posterioridad al inicio de la incapacidad y siempre que se correspondan con el mismo proceso patológico, así como las derivadas de procesos oncológicos. La prestación reconocida por la Seguridad Social se complementará, desde el primer día, con hasta el 100 % de las retribuciones fijas y periódicas que se percibían el mes anterior a aquel en que tuvo lugar la incapacidad. A estos efectos, los supuestos de intervención quirúrgica se complementarán siempre que requieran reposo domiciliario y deriven de los tratamientos incluidos en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud.

Al personal que percibe sus retribuciones con cargo al presupuesto de la Generalidad de Cataluña adscrito al régimen especial de Seguridad Social del mutualismo administrativo, gestionada por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, le es de aplicación el mismo régimen de mejoras de la prestación económica de la Seguridad Social que corresponde al personal al servicio de la Administración de la Generalidad integrado en el régimen general de la Seguridad Social. Las mejoras sobre la prestación económica serán también de aplicación al personal interino de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia en Cataluña, que perciben sus retribuciones a cargo de los presupuestos de la Generalidad y que se encuentran integrados en el régimen general de la Seguridad Social.

Extremadura destaca que el derecho al complemento de mejora voluntaria se mantendrá mientras exista la situación legal de IT y finalizará cuando se extinga esta, es decir, hasta un máximo de los 545 días desde su inicio.

En las Islas Baleares, en todo caso, en los supuestos de IT y maternidad, el personal incluido en el ámbito de aplicación del presente Decreto-ley tendrá la obligación de presentar el parte médico de baja desde el primer día, así como los partes de confirmación, o, en su caso, el parte médico de alta, expedidos por el médico competente.

En Murcia, procederá reconocer la mejora voluntaria al 100 % de las retribuciones en la situación de IT por contingencias comunes, siempre que la misma requiera hospitalización, intervención quirúrgica, o sea derivada de enfermedades oncológicas y patologías relacionadas con el embarazo; destaca que se extiende el complemento hasta la extinción de la IT, incluida la prórroga de efectos económicos, y hasta que se produzca su alta médica sin declaración de incapacidad permanente, con base en el apartado segundo de la disposición adicional 2.ª del texto refundido de la Ley de Función Pública, aprobado por el Decreto legislativo 1/2001.

### 3. La Instrucción del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 15 de octubre de 2012. Problemas aplicativos

La Instrucción del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de la Secretaría de Estado, Presupuestos y Gastos, de 15 de octubre de 2012 (en adelante, IMH), se dicta, según su propio tenor literal, para dar cumplimiento a las previsiones del RDL 20/2012 en relación con la situación de IT, y en ella se hacen algunas precisiones, si bien no todas se ajustan al tenor literal de dicho Real Decreto-ley. Esta Instrucción es de aplicación a los funcionarios de la Administración del Estado, si bien puede surgir un problema porque podría suceder que la misma ejerza una "vis atractiva" en torno a la interpretación, por parte de otras Administraciones Públicas, en cuanto al devengo de los mencionados complementos de IT. Esta extensión de la Instrucción a otros ámbitos podría darse porque el RDL 20/2012 no delimita los conceptos retributivos que entran dentro del concepto de complemento, y sí que lo hace la Instrucción, pudiendo ocasionar, en tal caso, una interpretación restrictiva de la regulación contenida en el RDL 20/2012. En esta línea, alguna Comunidad Autónoma ya está preparando una orden para concretar los conceptos retributivos que entran dentro del complemento, teniendo en cuenta que, en la normativa de adaptación al RDL 20/2012, no se hizo ninguna concreción al respecto.

En cuanto a la delimitación de los conceptos retributivos integrantes del complemento, la Instrucción determina que serán los siguientes:

1.º- Las retribuciones fijas e invariables correspondientes al mes inmediatamente anterior a la fecha de inicio de la situación de IT.

2.º- No se computarán para ello las retribuciones no fijas o variables, tales como incentivos al rendimiento u otros de naturaleza análoga.

3.º- En relación con las percepciones de retribución variable, se estará a lo dispuesto al respecto en la normativa interna reguladora del abono de las mismas, con arreglo a su naturaleza.

Resulta evidente que las instrucciones tienen su cobertura legal en el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien los tribunales consideran que la instrucción es una figura ambigua, a la que se puede dar el carácter de reglamento a los solos efectos de recurrir de forma indirecta, al considerar que, en el momento en que se aplique el reglamento *versus* la instrucción, se pueda impugnar, por conculcar la jerarquía normativa (STS de 12-11-2008, que limita el alcance de la supuesta naturaleza reglamentaria, en ocasiones, a los solos efectos de la admisibilidad de la casación). De este modo, a la vista de la doctrina administrativa, se puede afirmar que la Instrucción excede de las competencias propias de una instrucción administrativa, pues en ningún caso puede delimitar y restringir los complementos retributivos cuando lo ha hecho el RDL 20/2012, de modo que se podría considerar ilegal por conculcar la jerarquía normativa, y, en consecuencia, se deberá interponer recurso contra los actos singulares de aplicación de la Instrucción indirectamente impugnada, cuyo canon de validez no será la Instrucción aplicada sino el ordenamiento jurídico del que esta no forma parte (STS de 12-11-2008; STS de 17-3-2009, rec. 9576/2004)<sup>34</sup>.

Por otra parte, si se atiende a la clasificación de los conceptos retributivos<sup>35</sup>, habrá que estar a la definición que ofrece el EBEP, y, así, se distingue:

- Retribuciones básicas: el sueldo y la antigüedad.
- Retribuciones complementarias, que se subdividen en: 1.º, las periódicas en su vencimiento, caso del complemento específico y el complemento de destino; 2.º, las no periódicas, caso de los incentivos a la pro-

ductividad o las gratificaciones por servicios extraordinarios (serían equivalentes a las horas extraordinarias), percibiéndose estas últimas fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo.

En la práctica puede suceder que, por las características del puesto de trabajo, determinadas prestaciones de carácter no periódico, como los incentivos a la productividad<sup>36</sup>, se estén recibiendo mensualmente e invariablemente, y, por tanto, podrían entrar en el concepto de “retribuciones fijas e invariables”, por lo que deberían quedar incluidas dentro del complemento a percibir durante todo el proceso de IT.

Por otra parte, en ocasiones, incluso las retribuciones complementarias, caso del complemento específico, pueden tener un factor variable, como así sucede en los supuestos de nocturnidad, festivos o turnicidad, y, en tales casos, solo se perciben si se da el efecto variable. De tal modo que, dentro de las retribuciones complementarias fijas, caso del complemento específico, si lleva un factor de variabilidad, en principio, según la Instrucción, no se podría cobrar, dado que, en tal caso, no es ni fijo ni invariable.

No obstante, en la práctica, para ciertos colectivos, como policías locales o policías nacionales, pudiera darse el caso de que el complemento variable en la práctica sea de percepción fija y de forma continua; en tales casos, podrá ser utilizado como referencia retributiva para el cálculo de los complementos durante la situación de IT. En este sentido, la STSJ de Castilla y León/Burgos de 25-1-2013, rec. 531/2011 (antes de la reforma del RDL 20/2012), considera que la compensación por turnos rotatorios en un proceso de IT por accidente en acto de servicio, no es un servicio extraordinario realizado por el funcionario policía nacional, sino que son servicios prestados dentro de la jornada de trabajo, los cuales se realizan en horas nocturnas y festivas, siendo dicho turno inherente al puesto de trabajo desempeñado por el funcionario, por lo que procede el abono del complemento del turno rotatorio durante unos días de IT. En el mismo sentido, y referido a poli-

34. *Vid.* sobre estas cuestiones BELANDO GARÍN, B., “De las disposiciones de carácter general y de los actos administrativos”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J. y ESCUÍN PALOP, V. (dirs.), *Impugnación y revisión de la actividad de los entes locales (teoría y práctica)*, Editorial Aranzadi, 2010, pp. 45 y 81; BACIGALUPO SAGGESE, M., “Sobre la impugnabilidad directa de las instrucciones administrativas”, en *Diario La Ley*, 25 de febrero de 2004.

35. BOLTAINA BOSCH, X., “Empleados públicos. Retribuciones. Afectaciones con las novedades legislativas”, en *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 9, 2012, pp. 907 y ss.

36. *Vid.* sobre esta cuestión MUELAS ESCAMILLA, V., “Las retribuciones de los funcionarios al servicio de la Administración local. Especial referencia a la productividad y al desarrollo de la carrera profesional”, en *Los Recursos Humanos en la Administración local*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 271.

cías locales, la STSJ del País Vasco de 12-3-2007, rec. 1390/2005, admite el percibo de las gratificaciones por turnos rotatorios.

En sentido contrario, *vid.* STSJ de Galicia de 13 de junio de 2012, rec. 404/2010 (sigue STS 3-5-1996, Ar. 5284), referido a policía nacional. Indica que no es posible percibir el complemento de turnicidad, al considerar que se percibe a consecuencia de la realización de turnos rotatorios de mañana, tarde y noche y doble libre, y sin que durante el proceso de IT se pueda percibir, por tratarse de gratificaciones extraordinarias fuera de la jornada normal (STSJ de Madrid de 18-11-2010, rec. 1072/2007, en que no procede el pago del complemento de turnicidad, al tratarse de un servicio extraordinario fuera de la jornada habitual y que no puede ser fijo; STS de 1-2-2012, rec. 4478/2010, en parecidos términos, para vigilantes de seguridad). En esta línea, no procede el complemento salarial de trabajo en festivos programados cuando no se trabaja por estar en IT (STS 24-2-2006, rec. 119/2004).

Por otra parte, en la práctica también se plantean problemas con el plus de productividad; la STSJ de Cataluña 22-5-2005, rec. 210/2001, y la STS de 15-2-1999 (referido a policía local), determinan que no procede el devengo durante el proceso de IT, en la medida en que se trata de un complemento destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo, y la normativa determina que este complemento no dará lugar a una retribución fija y periódica, sino variable en función de las circunstancias expresadas.

#### **4. Las ausencias por enfermedad o accidente en la disposición adicional 38.ª de la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, y su norma de desarrollo**

La Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, determina que las ausencias en el trabajo con motivo de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de IT, por parte de los empleados públicos del régimen general, comportarán la aplicación del descuento en nómina previsto para la situación de IT, en los términos y condiciones que se establezcan respecto a su personal por cada una de las Administraciones Públicas. Esta norma tiene el carácter

de norma básica y, en consecuencia, resulta de aplicación a todas las Administraciones Públicas. Por tanto, resulta de aplicación a las comunidades autónomas y corporaciones locales, al estar sus empleados públicos encuadrados en el régimen general. La aplicación de esta disposición determina la suspensión de acuerdos, pactos y convenios que se opongan a lo establecido.

Por otra parte, para el caso de la Administración del Estado, organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma y órganos constitucionales, se determina que el descuento en nómina no se aplicará cuando el número de días de ausencia no supere la cifra que se establezca por Orden Ministerial del Ministerio de Hacienda. En este sentido, la OHAP/2802/2012, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre), determina que el número de días que no serán objeto de reducción en nómina con ocasión de accidente o enfermedad será de 4 días al año natural, de los cuales solo 3 podrán ser consecutivos, siempre que las ausencias estén motivadas por enfermedad o accidente y no den lugar a IT. Estas ausencias se justificarán en los términos establecidos en las normas reguladoras de la jornada y horario de aplicación en cada ámbito, y en la práctica, aunque no viene exigido por la norma, lo lógico es que se justifiquen con los partes de descanso domiciliario sin incapacidad, como son los denominados partes P-10 de 24 o 48 horas, o nota médica de descanso domiciliario.

Por su parte, la Comunidad de Castilla y León (OSAN 9/2013, 16 de enero, BOCYL 17-1-2013) ya se ha adaptado a la disposición adicional 38.ª de la Ley 17/2013, y establece que no habrá lugar al descuento en nómina cuando se trate de 4 días de ausencia a lo largo del año natural, de los cuales solo tres podrán ser consecutivos, siempre que las ausencias estén motivadas por enfermedad o accidente y no den lugar a IT, si bien se precisa la justificación de las ausencias de conformidad con las normas reguladoras de jornada y horario.

A nivel de corporaciones locales, los ayuntamientos de Cabrils (BOPB de 8-3-2013) y de Rubí (BOPB de 14-2-2013), ambos de la provincia de Barcelona, determinan que la indisposición por tiempo inferior a 24 horas solo será necesario comunicarla al jefe de Servicio, si bien esta previsión se realizó tras el RDL 20/2012 y no tanto por la disposición adicional 38.ª de la Ley 17/2013, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. ■

---

# El empleo público en el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, y corrupción

Antonio Serrano Pascual

Doctor en Derecho

Secretario general de la Diputación Provincial de Huesca

1. Introducción
  2. Sistema de fuentes y modelo funcional del empleo público local de la Administración local y de sus organismos autónomos
  3. Los funcionarios con habilitación de carácter nacional
    - 3.1. La habilitación nacional en el marco de la reforma del régimen local
    - 3.2. El nuevo marco jurídico
    - 3.3. La provisión de puestos de trabajo
      - 3.3.1. El concurso
      - 3.3.2. La libre designación de los habilitados nacionales
  4. El personal eventual
  5. El personal directivo
  6. Otros contenidos sobre empleo público local, en general
  7. Conclusiones
- Bibliografía

## Resumen

El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (ALRSAL, versión de 24.05.13) contempla, entre las medidas de modificación de la normativa básica del régimen local, aspectos del empleo público local, cuyo contenido se analiza en este artículo, en el que se defiende que, salvo alguna excepción, se trata de una oportunidad perdida desde el punto de vista de los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad.

Palabras clave: *sistema de fuentes; funcionarios con habilitación de carácter estatal o nacional; provisión de puestos de trabajo por concurso o libre designación; personal eventual y directivos locales.*

## *Public employment in the Governmental Draft Bill about rationalization and sustainability of the Local Administration: equal opportunities, merit, capability and corruption*

### **Abstract**

*The Governmental Draft Bill about rationalization and sustainability of the Local Administration (ALRSAL, draft version 24th May 2013) includes several measures regarding the public employment among others related to the amendment of the basic legislation of local law. This article analyzes these measures and concludes that –with some exceptions– this Governmental Draft is a missed opportunity from the standpoint of equal opportunities, merit and capability.*

Keywords: *sources of law; civil servants working for local Administration selected by a State competitive exam; choosing public employees by a competitive exam or discretionary appointment; temporary personnel and local senior positions.*

## 1. Introducción

“Yo creo que para entender esta política oficial, hay que enmarcarla dentro de la política general de desprofesionalización de la Administración Pública. Parece asombroso lo que estoy diciendo. Si leemos las exposiciones de motivos de las leyes y los discursos de nuestros políticos más granados, insisten en que se trata de profesionalizar la Administración Pública. La realidad, sin embargo, tal como yo la veo, es muy distinta”.

ALEJANDRO NIETO GARCÍA<sup>1</sup>

Tras sucesivas versiones (4 de febrero, 18 de febrero y 21 de mayo de 2013), y bajo la denominación de Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, el Gobierno español ha impulsado el que lleva, como fecha de última versión, la de 24 de mayo de 2013, que, cuando se redactan estas líneas, se encuentra, tras la fase de alegaciones, en el Consejo de Estado, y que podría iniciar su andadura parlamentaria en los próximos meses.

La reforma del régimen local persigue acompasar-se, con el propósito confesado así en su exposición de motivos, al principio de estabilidad presupuestaria incorporado a la Constitución española de 1978, en el nuevo artículo 135, tras la reforma llevada a cabo en la Carta Magna, en 2011, y a su desarrollo legislativo, que ha tenido lugar a través de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), adaptando aspectos de la organización y el funcionamiento de la Administración local, así como mejorar su control económico-financiero.

La exposición de motivos sigue diciendo que la reforma pretende varios objetivos básicos, como son la clarificación de las competencias municipales, para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones y hacer efectivo así el principio de “una Administración, una competencia”, la racionalización de la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, o también garantizar un control financiero y presu-

puentario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada.

Señala la exposición de motivos que, para lograr un control económico-presupuestario más riguroso, se refuerza el papel de la función interventora en las entidades locales y se habilita al Gobierno para establecer las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, así como derechos y deberes en el desarrollo de las funciones de control, defendiendo que, con ello, se viene a cubrir un vacío legal y se hace posible la aplicación generalizada de técnicas, como la auditoría en sus diversas vertientes, a las entidades locales en términos homogéneos a los desarrollados en otros ámbitos del sector público, lo que a juicio del Gobierno supondrá una mayor transparencia en la información económico-financiera de las entidades locales, y contribuirá a mejorar la toma de decisiones por los cargos electos en el ejercicio del mandato representativo que tienen encomendado constitucionalmente (en anteriores versiones se decía solo de los responsables públicos).

Finalmente, se avanza en la citada exposición de motivos que, en la línea de garantizar la profesionalidad y la eficacia de las funciones de control interno, la ley también regula parcialmente el régimen de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (desaparece la previsión contenida en versiones anteriores, en el sentido de que dependerían funcionalmente del Estado).

Así las cosas, la finalidad de este trabajo es analizar la incidencia en el empleo público local de esta reforma del régimen local, cuya tramitación parlamentaria se iniciará en los próximos meses, examinando el contenido del Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (ALRSAL), en la mencionada versión de 24 de mayo de 2013, centrándonos en los funcionarios con habilitación de carácter estatal –más allá del mero cambio de denominación, ya que pasarían a denominarse funcionarios con habilitación de carácter nacional–, en el personal eventual y en el personal directivo, al margen de otras cuestiones también relacionadas con los empleados públicos locales.

1. Conferencia pronunciada en la IV Asamblea Plenaria de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, celebrada en Madrid el día 30 de marzo de 1992, y publicada en la revista *CUNAL*, núm. 569-570, págs. 323 y ss., y que, transcurridos más de veinte años, sigue de permanente actualidad en estos momentos.

## 2. Sistema de fuentes y modelo funcional del empleo público local de la Administración local y de sus organismos autónomos

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el artículo primero ALRSAL modifica el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRL), para concretar su nuevo sistema de fuentes y la opción por la generalización del estatuto funcional de los empleados locales, señalando que:

“1. Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución.

“2. Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus organismos autónomos serán desempeñados por personal funcionario.

“3. Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

En cuanto al sistema de fuentes, la nueva redacción del artículo 92 LRL mostraría un cierto desajuste con el artículo 3.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), ya que este concreta, con mayor precisión jurídica, que el personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte dicho Estatuto, y por la legislación de las CC. AA., con respeto a la autonomía local, mientras que el

citado artículo 92 aparece desajustado y con una clara incorrección técnica, ya que pretende situar en lugar preeminente a la LRL, blindándola, cuando sin embargo puede ser objeto de modificación por otra legislación básica posterior (leyes de Presupuestos Generales del Estado, legislación básica de empleo público...).

Aunque es cierto, en este sentido, que, como dice el propio preámbulo de la LRL, a través de ella se desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, según lo cual, acudiendo al principio de competencia, la LRL ocupa una –especial posición ordinamental–, al estarle reservada esa función garantizadora de la autonomía local, con independencia de que en el plano formal sea una ley ordinaria, y que el propio Tribunal Constitucional –por todas, la STC 159/2001– ha reconocido que tiene una singular y una específica naturaleza y posición en el ordenamiento jurídico (STC 259/1988), integrándose sin dificultad en aquella parte que sea concreción de principios constitucionales dentro del llamado bloque de constitucionalidad, hay que pensar también que, no obstante su carácter estructural, en caso de conflicto con otra legislación básica, debería resolverse interpretativamente acudiendo al criterio de preferencia de la legislación básica posterior.

Sí que resulta positiva, en cambio, la voluntad de que los puestos de trabajo –debería decir, no obstante, las plantillas– en la Administración local sean desempeñados con carácter general por personal funcionario<sup>2</sup> –frente al silencio del legislador básico hasta ahora, cuyo artículo 9 del EBEP no efectúa un pronunciamiento similar–, lo que ha venido derivando a las diferentes legislaciones de función pública de las comunidades autónomas el fijar el alcance de una mayor o menor laborización o funcionarización de su personal.

De igual manera, también merece un juicio positivo que, además de la opción por generalizar el estatuto funcional en las entidades locales y en sus organismos autónomos, se complete esta previsión con la precisión, en el apartado 3 de este artículo 92, de que corresponden en exclusiva a los funcionarios de carrera<sup>3</sup> de las entidades locales las funciones que impliquen

2. En la doctrina, ya había autores que sostenían que en el ámbito de las entidades locales se podía extraer la consecuencia de la generalización de la condición funcional de los empleados locales, con base en el artículo 175.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril –texto que no tiene carácter básico en este punto, por lo que operaba en defecto de legislación de función pública autonómica–, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, como sucede con PÉREZ LUQUE, A., *La selección del personal permanente de las corporaciones locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2001, pág. 672.

3. En realidad, debería referirse a los funcionarios en general, y no limitarlo a los funcionarios de carrera, ya que de esta manera con el ALRSAL se estaría vetando a los funcionarios interinos. Por ello, esta redacción tendría que ajustarse, en este sentido, a la regulación del artículo 9.2 del EBEP, que con mayor rigor técnico solo habla de funcionarios.

la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales –como hace el artículo 9.2 EBEP–, y se añadan aquellas que en desarrollo de la LRL se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función, junto a las funciones públicas necesarias del artículo 92 bis.

Con ello se podrá poner coto, por fin, a la huida del derecho administrativo, a través de unas plantillas sobredimensionadas de personal laboral, en detrimento del personal funcionario, cuyo sistema de selección ha adolecido en muchas ocasiones de una falta de acomodación a los principios constitucionales de mérito y capacidad, y del respeto, en suma, a la igualdad de oportunidades, así como de cumplimiento de la necesaria publicidad de la convocatoria, según ha sucedido en numerosas entidades locales.

### 3. Los funcionarios con habilitación de carácter nacional

#### 3.1. La habilitación nacional en el marco de la reforma del régimen local

La exposición de motivos del ALRSAL recoge abiertamente que con la reforma se “refuerza el papel de la función interventora en las entidades locales”, y que “en la línea de garantizar la profesionalidad y la eficacia de las funciones de control interno, la ley también regula parcialmente el régimen de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional” –ya no se contempla, como se ha dicho antes, que dependerán funcionalmente del Estado, aspecto que, no obstante, no se concretaba en lugar alguno del articulado–, explicable desde la óptica de la reforma de la Carta Magna, en 2011, y de su desarrollo legislativo, que ha tenido lugar a través de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, pero que merece una reflexión crítica.

En primer lugar, hay que recordar el diseño constitucional de la Administración local española, cuya autonomía está garantizada en la Carta Magna –y el de la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de oc-

tubre de 1985, en vigor en España desde el 24 de febrero de 1989–, diseño del que destaca su base democrática, que tiene que traducirse necesariamente en que el gobierno y la administración corresponden a quienes han sido elegidos a través de elecciones representativas, aspecto esencial irrenunciable.

Partiendo de ello, en la reforma del empleo público –desde el reconocimiento también del ajuste constitucional de los habilitados estatales, que ya ha tenido su plasmación, entre otras, desde la STC 25/1983, al declarar que ha de considerarse básica dentro del ordenamiento jurídico vigente la existencia de estos Cuerpos de carácter nacional–, no puede suponerse que los habilitados nacionales desconozcan que el ámbito de decisión corresponde a los órganos representativos locales, en todo caso, bajo su propia responsabilidad, sino que se trata de ejercer unas funciones en el marco de la legalidad, aunque ello suponga reforzar el papel de la función interventora en las entidades locales, como dice esta exposición de motivos.

El hecho de que en el texto del ALRSAL se señale también que los reparos de legalidad de la intervención se dirigirán al Tribunal de Cuentas<sup>4</sup>, no debe significar que se introducen controles de oportunidad o de tutela y supervisión de las entidades locales –lo que resultaría inasumible, desde cualquier punto de vista–, porque la entidad local podrá también aducir ante el Tribunal de Cuentas su postura ante dichos reparos de legalidad.

Pero sí que podemos adelantar ya que sorprende que se hable de garantizar la profesionalidad de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, justificando así la nueva regulación parcial de su régimen jurídico, y que, sin embargo, se mantenga y amplíe el alcance de las entidades locales que pueden utilizar el mecanismo –supuestamente excepcional– de provisión de puestos de trabajo reservados a los habilitados, a través de la libre designación, lo que resulta clamorosamente contradictorio con el objetivo de la reforma que se pretende llevar a cabo, que no compensa algunas de las mejoras que sí se llevan a cabo en materia de concursos, sino que arroja sombras razonables de duda sobre la verdadera finalidad de esta reforma.

Por lo que se refiere a los funcionarios con habilitación de carácter nacional, si nos centramos en concre-

4. El Tribunal de Cuentas, en acuerdo de 11 de mayo de 1983, obliga a los presidentes de las entidades locales a comunicarle los reparos de legalidad formulados que afecten a la actividad económico-financiera.

to en su articulado, conforme indica el artículo primero del ALRSAL, se modificaría el artículo 7.4 LRL, de forma que las entidades locales solo podrán ejercer competencias no previstas en la ley, así como desarrollar actividades económicas, cuando no se ponga en riesgo financiero la realización de las competencias propias, no haya duplicidades con las competencias autonómicas, y se garantice la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias o actividades económicas, respetando en todo caso el principio de eficiencia y el resto de los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. A estos efectos, sigue diciendo este precepto que será necesario el previo informe de la comunidad autónoma, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y el del interventor de la entidad local, sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En esta versión del ALRSAL se ha suprimido el artículo 61 bis LRL, apartado 2, en el que se preveía que el interventor del municipio o el órgano que ejerza la tutela financiera comunicaría a la diputación u órgano equivalente la concurrencia de lo previsto en el apartado primero de dicho precepto (que se refería a la "intervención" de municipios con población de menos de 5000 habitantes). En el plazo máximo de un mes desde la recepción de esta comunicación, la diputación u órgano equivalente debía adoptar por mayoría simple, previo informe del órgano que ejerza la tutela financiera, el acuerdo de intervención temporal del municipio. Transcurrido este plazo sin haberse adoptado el acuerdo, se entenderá aprobado.

El artículo 36.2.c) LRL señalaría, de aprobarse la reforma, que la diputación<sup>5</sup> garantiza el desempeño de las funciones públicas necesarias en los ayuntamientos (sic) –olvidándose con ello de los municipios que funcionan en régimen de concejo abierto– y les presta apoyo en la selección y formación de su personal, sin perjuicio de la actividad desarrollada en estas materias por la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas.

En materia de control interno, en este sentido, se llevan a cabo modificaciones en el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de

marzo, en concreto en el artículo 213, contemplando expresamente la auditoría de cuentas de las entidades locales, correspondiendo al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MHAP), establecer las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control, que se deberán seguir en el desarrollo de estas funciones de control, precisándose la obligación de los órganos interventores de las entidades locales de remitir<sup>6</sup> con carácter anual a la Intervención General de la Administración del Estado un informe resumen de los resultados de los controles desarrollados en cada ejercicio, en los plazos y con el contenido que se regulen.

En cuanto a los informes sobre resolución de discrepancias, el artículo 218 del citado Real Decreto Legislativo 2/2004 queda redactado de forma que el órgano interventor elevará informe al pleno de todas las resoluciones adoptadas por el presidente de la entidad local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos. Dicho informe atenderá únicamente a aspectos y cometidos propios del ejercicio de la función fiscalizadora, sin incluir cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones que fiscalice, constituyendo este apartado un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria, y se matiza también que la corporación local, a través de su presidente, podrá presentar en el pleno informe justificativo de su actuación, y que, cuando existan discrepancias, el presidente de la entidad local podrá elevar su resolución al MHAP.

Al mismo tiempo, el órgano interventor, como ya se dijo anteriormente, remitirá anualmente al Tribunal de Cuentas todas las resoluciones y acuerdos adoptados por el presidente de la entidad local y por el pleno de la corporación contrarios a los reparos formulados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos. A la citada documentación deberá acompañar, en su caso, los informes justificativos presentados por la corporación local.

5. La disposición adicional segunda ALRSAL señala que las previsiones de esta Ley se aplicarán respetando la organización comarcal en aquellas comunidades autónomas cuyos estatutos de autonomía tengan atribuida expresamente la gestión de servicios supramunicipales, lo que no dejará de producir dificultades de encaje jurídico con la provincia en estos casos.

6. Véanse en este sentido los reales decretos-leyes 4/2012 y 4/2013, que contemplan el incumplimiento de las obligaciones de suministro de información como falta disciplinaria muy grave, en el marco del artículo 95 EBEP.

### 3.2. El nuevo marco jurídico

El artículo 92 bis LRL que se recoge en el artículo primero del ALRSAL supone una modificación sustancial, en relación con la disposición adicional segunda del EBEP, sobre los actuales funcionarios con habilitación de carácter estatal, señalando en primer término que son funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional:

a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, la gestión tributaria y la contabilidad, tesorería y recaudación (repárese en que se incluye como novedad la gestión tributaria).

No obstante, añade este nuevo precepto que en los municipios de gran población se tendrá en cuenta lo dispuesto en el título X de la presente Ley, y en los municipios de Madrid y de Barcelona la regulación contenida en las leyes 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, y 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, respectivamente.

No se introducen cambios en lo referido a la estructuración y las categorías de las actuales subescalas. Ahora bien, frente a la regulación de la disposición adicional segunda del EBEP, que determina que la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo de los habilitados corresponde a cada comunidad autónoma, de acuerdo con los criterios básicos que se establezcan por ley, en este nuevo precepto la previsión es de que lo sea en el futuro mediante real decreto –sin concretar su naturaleza básica, aunque hay que deducir que deberá precisarse formalmente dicha naturaleza–, siendo novedad también que mediante esta norma reglamentaria estatal se regulen las especialidades que puedan corresponder al régimen disciplinario y de

situaciones administrativas de los habilitados, aspectos actualmente interiorizados en la normativa autonómica, que pugnan con la naturaleza estatal de esta Escala funcional.

Sí que merece también un juicio positivo en esta reforma el hecho de que el apartado 5 del nuevo artículo 92 bis contemple que la aprobación de la oferta de empleo público, la selección, formación y habilitación de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, correspondan al Estado, a través del MHAP, conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente, lo que pondría fin a la situación caótica generada tras el EBEP, que ha mostrado una clara inacción de muchas comunidades autónomas<sup>7</sup> en esta materia, a pesar de que se cuentan por miles las vacantes de habilitados existentes en el conjunto del Estado, de forma tal que incluso aquellas que han aprobado ofertas de empleo público lo han hecho incluyendo un número de plazas muy inferior al de las vacantes existentes.

La nueva regulación de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, dejando al margen la provisión de puestos de trabajo que analizaremos seguidamente, concluye abordando aspectos ya contenidos en la disposición adicional segunda del EBEP, como que las comunidades autónomas efectuarán, de acuerdo con la normativa establecida por la Administración del Estado –en el EBEP, sin embargo, se alude a la normativa autonómica–, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter nacional, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, y nombramientos de personal interino y de personal accidental.

Se incluye también, como novedad, que los funcionarios deberán permanecer en cada puesto de trabajo un mínimo de dos años para poder participar en los concursos de provisión de puestos de trabajo o ser nombrados con carácter provisional en otro puesto de trabajo, salvo en el ámbito de una misma entidad local.

7. El reciente Decreto 37/2013, de 19 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2013 de plazas reservadas a la Escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal, subescalas de Secretaría-Intervención e Intervención-Tesorería, reconoce la existencia en Aragón de las siguientes vacantes: Secretaría, 10; Intervención-Tesorería, 23, y Secretaría-Intervención, 202, pero, frente a ello, incluye únicamente 5 plazas de la Subescala de Intervención-Tesorería, categoría de entrada, y 20 plazas de la Subescala de Secretaría-Intervención, no incluyendo ninguna de las plazas vacantes de la Subescala de Secretaría “por la complejidad –lo que parece una excusa poco razonable– del proceso de selección en relación con el número de vacantes”.

Además de la recuperación de la competencia estatal para aprobar las ofertas de empleo público de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, será sustancial que se incluyan la totalidad de las plazas cubiertas con funcionarios interinos, en línea con la relevante sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2010, sobre la que puede verse nuestro trabajo en *El Consultor de los Ayuntamientos*, en prensa.

Se mantiene la previsión del EBEP, en el sentido de que en el MHAP existirá un registro de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional integrado con las comunidades autónomas, donde se inscribirán y anotarán todos los actos que afecten a la vida administrativa de estos funcionarios.

Y en cuanto al régimen disciplinario, se aborda con detalle en los apartados 10 y 11 del artículo 92 bis, señalando en el primero de ellos que son órganos competentes para la incoación de expedientes disciplinarios a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional los siguientes:

a. El órgano correspondiente de la corporación, donde el funcionario se encuentre desempeñando sus funciones, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de falta leve.

b. La comunidad autónoma, respecto a funcionarios que desempeñen sus funciones en corporaciones locales de su ámbito territorial, salvo que, por la gravedad de los hechos denunciados, estos pudieran ser constitutivos de faltas muy graves, tipificadas en la normativa estatal.

c. El MHAP<sup>8</sup>, por faltas cometidas en una comunidad autónoma distinta de aquella en la que se encuentren prestando servicios en la fecha de incoación, o cuando, por la gravedad de los hechos denunciados, estos pudieran ser constitutivos de faltas muy graves, tipificadas en la normativa estatal.

El órgano competente para acordar la incoación del expediente, lo será también para nombrar instructor del mismo y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado, así como para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal incoación. Si se acuerda la incoación por el MHAP, la instrucción del mismo se efectuará por un funcionario con destino en el órgano de la Administración del Estado competente en la materia a la que se refiera la infracción, y si la incoación se ha efectuado por la corporación o la comunidad autónoma, se ajustará a lo que establezca la legislación de la comunidad autónoma respectiva –aquí hay un cierto desajuste con lo que el mismo artículo 92 bis ha dicho en el apartado 4 anterior–, y, supletoriamente, a la normativa aplicable sobre procedimiento disciplinario a los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

En el caso de que la incoación del expediente se hubiera efectuado por el MHAP, se aplicará el régimen disciplinario previsto para funcionarios de la Administración Civil del Estado, y la competencia para la incoación de las sanciones disciplinarias a los habilitados nacionales, según el apartado 11 de este artículo 92 bis, corresponde a los órganos siguientes:

a) El ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, cuando el expediente se hubiera incoado por el citado Ministerio, así como cuando a la fecha de dictarse resolución el funcionario se encuentre prestando servicios en una comunidad autónoma distinta de aquella en la que se acordó la incoación del expediente.

b) La comunidad autónoma, cuando se trate de imponer sanciones de suspensión de funciones y destitución, no comprendidas en el párrafo anterior.

c) El órgano local competente, cuando se trate de imponer sanciones por faltas leves.

Lamentablemente, en otro orden de cosas, en el ALRSAL sigue sin afrontarse la necesaria atribución expresa a la Secretaría de funciones que se consideran imprescindibles para contribuir al sometimiento pleno a la ley y al derecho de las entidades locales, como son: el asesoramiento jurídico no limitado al de carácter preceptivo; la jefatura de los servicios jurídico-administrativos; la coordinación administrativa; la concreción del alcance de la fe pública, no reducida al mero juicio de veracidad, sino también al juicio y control de legalidad; y, asimismo, la posibilidad de atribución de funciones distintas o complementarias al secretario de la corporación, en línea con lo ya previsto actualmente en el artículo 166 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

Por lo que se refiere a las funciones públicas atribuidas a los funcionarios con habilitación de carácter nacional, no resulta admisible tampoco, por último, que siga presente la excepcionalidad contemplada para los municipios de gran población (título X), así como para los de Madrid y Barcelona –que es una laminación competencial intolerable–, lo que carece de justificación y resulta contrario a los principios constitucionales de una Administración que sirve con objetividad los intereses generales, apoyada en un empleo público imparcial y no con unos órganos directivos politizados, que contaminan el conjunto de esas entidades locales.

8. El Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, señala en su artículo 24 que será competente la Dirección General de Función Pública del MHAP en caso de incumplimiento de la obligación de suministro de información que concreta en el artículo 23.

### 3.3. La provisión de puestos de trabajo

#### 3.3.1. El concurso

En la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación nacional, el apartado 6 del nuevo artículo 92 bis supone un cambio destacado, remitiéndose al desarrollo reglamentario del Gobierno la regulación de las especialidades correspondientes a la forma de provisión de puestos de trabajo de esta escala, aunque dispone ya que en el llamado sistema normal de provisión, que es el concurso, el ámbito territorial pasa a ser de nuevo el estatal, y no el autonómico, como sucedió tras la entrada en vigor del EBEP.

Al mismo tiempo, los méritos generales, de preceptiva valoración, se determinarán por la Administración del Estado, y su puntuación alcanzará<sup>9</sup> un mínimo del 85 % (65 % en la actual regulación) del total posible conforme al baremo correspondiente. Los méritos referentes a las especialidades de la comunidad autónoma se fijarán por cada una de ellas, y su puntuación podrá alcanzar hasta un 10 % como máximo del total posible (no sufre modificación respecto de la actual previsión), y, por último, los méritos correspondientes a las especialidades de la corporación local se fijarán por esta, y su puntuación alcanzará hasta un 5 % (frente al 25 % previsto hasta ahora), asimismo, del total posible.

Seguirán existiendo dos concursos anuales: el concurso ordinario y el concurso unitario. El concurso unitario será convocado por la Administración del Estado, y las corporaciones locales con puestos vacantes aprobarán las bases del concurso ordinario, de acuerdo con el modelo de convocatoria y bases comunes que se aprueben por real decreto –frente a la aprobación por las comunidades autónomas de estas bases, según la disposición adicional segunda del EBEP–, y efectuarán las convocatorias, remitiéndolas a la correspondiente comunidad autónoma para su publicación simultánea en los diarios oficiales.

#### 3.3.2. La libre designación de los habilitados nacionales

Ahora bien, si los cambios introducidos en materia de concursos vienen a reforzar los principios de mérito y capacidad en la Escala de funcionarios con habilitación de carácter nacional, hay que lamentar y rechazar con rotundidad el hecho, como ya hemos tenido ocasión de hacerlo cuando hemos reflexionado sobre la libre designación<sup>10</sup> y los habilitados estatales, de que, “excepcionalmente”, los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional podrán cubrirse por el sistema de libre designación, en los municipios<sup>11</sup> incluidos en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 (capitales de provincia o de comunidad autónoma, o población de derecho igual o superior a 75 000 habitantes, precepto referido a la cesión de impuestos del Estado) y 135 (también referido a cesión de impuestos del Estado a las provincias) del texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, así como las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, y las ciudades con estatuto de autonomía de Ceuta y Melilla, entre funcionarios de la subescala y categoría correspondientes.

Cuando se trate de puestos de trabajo que tengan asignadas las funciones contenidas en el apartado 1.b) de este artículo, dice este precepto que será precisa la autorización expresa del órgano competente de la Administración General del Estado en materia de Haciendas locales, e igualmente será necesario informe preceptivo previo del órgano competente de la Administración General del Estado en materia de Haciendas locales para el cese de aquellos funcionarios que tengan asignadas las funciones contenidas en el apartado 1.b) de este artículo, y que hubieran sido nombrados por libre designación, cese que conllevará que deba asignarse por la corporación local, al funcionario cesa-

9. Actualmente, esta materia se recoge en los artículos 14 y ss. del Real Decreto 1732/1994, de 29 de junio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

10. Véase SERRANO PASCUAL, A., *El personal de las entidades locales. Análisis de su régimen jurídico*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1997, págs. 131-142. Asimismo, SERRANO PASCUAL, A., *El personal de confianza política en las entidades locales. La libre designación, el personal eventual y los directivos*, El Consultor de los Ayuntamientos, LA LEY, Madrid, 2010.

11. El artículo 121 LRL habla de municipios de más de 250 000 habitantes, y capitales de provincia de más de 175 000 habitantes, pudiendo ampliarse por ley al resto de capitales de provincia o a los municipios de más de 75 000 habitantes con características especiales.

do, un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación.

En la nueva regulación, no se pone el límite de los seis años de permanencia del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, de forma que el informe preceptivo de la Administración de tutela será preciso en cualquier momento, haya transcurrido el tiempo que fuera, para cesar a los funcionarios de la Escala de habilitación de carácter nacional con funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, de la gestión tributaria y de la contabilidad, tesorería y recaudación; sin embargo, la garantía de otro puesto en caso de cese se limita al mismo grupo de titulación, frente a la previsión más garantista del Real Decreto 834/2003, de 27 de junio, cuyo artículo 10 modificó el párrafo primero del artículo 29 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, previendo en el caso de cese que se le debería garantizar un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la corporación, que habrá de figurar en la relación de puestos de trabajo y cuya remuneración no será inferior en más de dos niveles a la del puesto para el que fue designado.

Se puede afirmar que, más allá de pomposas declaraciones, la realidad es la que es, es decir, la generalización de la libre designación, para los funcionarios con habilitación de carácter estatal, en los municipios de gran población y en las diputaciones provinciales, con un panorama ajeno a la igualdad de oportunidades y a la creencia en una Administración imparcial e independiente, de tal manera que, con un desprecio absoluto a la carrera administrativa, el destino en este tipo de puestos se lleve a cabo por caminos favorecedores de todo tipo de corrupción, y que la continuidad en los mismos pase obligadamente por la "fidelidad" a quien tiene la potestad de cesarle discrecionalmente.

Recordemos que el catedrático Alejandro Nieto García<sup>12</sup>, en su conferencia pronunciada en la IV Asamblea Plenaria de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, celebrada en Madrid el 30 de marzo de 1992, decía, entre otras cosas, cuando se acababa de abrir la posibilidad de la libre designación en los Cuerpos nacionales, lo siguiente:

"¿Por qué, en otras palabras, este empeño en desacreditar a los Cuerpos Nacionales? Enemigos personales desde luego no hay, pero algo tiene que haber para que desde hace tantos años no transcurra un año

sin que aparezca una noticia desagradable, una agresión directamente dirigida contra estos Cuerpos.

"[...] De veras, se está desprofesionalizando, puesto que ahora quienes administran no son funcionarios profesionales, sino políticos respetables por mil conceptos, pero que, desde luego, como administradores son –la palabra no es valorativa, me limito a constatar– aficionados.

"Y, por lo mismo, estos políticos se rodean de funcionarios lo menos profesionalizados posibles, es decir, funcionarios atraídos o llamados por su fidelidad. Y no se trata de eso.

"[...] Hay que eliminarlos en lo posible –se refería a los Cuerpos Nacionales–. Hay que eliminar en lo posible sus funciones, y eliminarlos a ellos, y si no se les puede eliminar, porque de momento están protegidos por una ley, se les quiere domesticar. Y el mejor modo de domesticarlos son medidas como esta disposición adicional –se refería a la disposición adicional octava de la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, que abrió la veda de la libre designación de secretarios, interventores y tesoreros– y este Reglamento –en alusión al borrador de decreto de provisión de puestos de trabajo–".

Hoy, después de que ya han transcurrido más de veinte años de estas palabras clarividentes, hay que reafirmarse en la crítica a un modelo politizado de función pública *ad nauseam*, que no resiste la más mínima justificación intelectual y que muestra que lo que inicialmente se trató de vender como una medida excepcional se ha ido generalizando, porque al parecer no hay político que se precie que no quiera, desde el cortoplacismo y desde la sociedad estamental y de privilegios propia del Antiguo Régimen, actuar como señor rodeado de su camarilla, al margen del servicio a la sociedad.

Pero que, con la crisis por la que se atraviesa, en la que uno de los principales problemas para los ciudadanos es la clase política y la corrupción imperantes en numerosas instituciones, todavía no se trate de recuperar la "confianza ciudadana", sino que se siga profundizando en aumentar la "confianza política" en el empleo público, llega a sonrojar a cualquier observador del empleo público en nuestro país, y en concreto con el ALRSAL se evidencia, como antes ya se apuntó, la contradicción entre lo que se dice defender, es decir, la profesionalidad de los habilitados nacionales, y el mantenimiento de la libre designación de secretarios, inter-

12. *Vid. op. cit.* nota al pie 1.

ventores y tesoreros, que, para colmo, ve incluso ampliado su ámbito subjetivo, frente al EBEP.

Precisamente, cuando se tramitaba en las Cortes Generales el Estatuto Básico del Empleado Público, uno de los asuntos que más intervenciones y debates suscitó en ese trámite parlamentario<sup>13</sup> fue el de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, que pasaron a denominarse entonces con habilitación de carácter estatal, y frente a la pretensión inicial de abrir la libre designación al conjunto de los puestos reservados a los habilitados estatales, se restringió esta posibilidad, con carácter excepcional, a los municipios de gran población, previstos en el artículo 121 LRL, así como a las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, ya que se tenía presente el llamado caso Malaya y la corrupción marbellí, y finalmente la vuelta descarada al modelo de empleo público decimonónico solo prosperó en el EBEP para las grandes entidades locales, en las que impera la vergonzante confianza política.

El ALRSAL comete un error de profundo calado al persistir en la idea de posibilitar en estos casos la libre designación, en unos funcionarios cuyos cometidos no lo son únicamente al servicio del equipo de gobierno, sino del conjunto de la corporación y de los intereses generales de la sociedad, y no se puede seguir escudando en una pretendida especial confianza o responsabilidad o en su carácter directivo, porque ya se ha dicho hasta la saciedad que si algunos puestos tienen este carácter son los de los secretarios-interventores de los pequeños municipios, y no solo los de las grandes entidades locales, que además cuentan con áreas especializadas y personal técnico cualificado en ellas, y no se enfrentan diariamente a la soledad de un trabajo igualmente complejo y especializado, y de atención a corporación y ciudadanos, como sucede en los municipios de menor población.

En el fondo, se está atacando frontalmente a las bases constitucionales del empleo público, y en particular a la igualdad de oportunidades, con lo que luego no se cumplen los principios también constitucionales de mérito y capacidad. El panorama que se produce en este sentido en las Administraciones Públicas, y en las entidades locales en particular, es desolador, y hay que compartir la opinión de Sosa Wagner<sup>14</sup> cuando señala: “El político, lo hemos visto a lo largo de la historia, propende a rodearse de personas fieles y pastueñas, y si estas son profesionales que bendicen sus ocurrencias, invocando las palabras litúrgicas de la ley, miel sobre hojuelas”.

El mantenimiento de la libre designación, ampliada en el Anteproyecto más allá de la previsión del EBEP, que frente a su pretendido carácter excepcional se ha convertido en el sistema general en los municipios de gran población y en las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, además de en Ceuta y Melilla, para la provisión de puestos de funcionarios con habilitación de carácter nacional, favorece al personal de confianza política frente al mérito y la capacidad, es una vergüenza sin ningún tipo de justificación, y constituye un portillo abierto a la corrupción, en detrimento de la objetividad e imparcialidad.

Las autorizaciones o informes de la Administración del Estado para cubrir por libre designación las funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, la gestión tributaria y la contabilidad, tesorería y recaudación, son un parche contrario además a la autonomía local, cuando lo correcto es eliminar la provisión por libre designación para los funcionarios con habilitación de carácter nacional, cuyos nombramientos no tienen en cuenta el historial profesional<sup>15</sup> que señala la de por sí rechazable STC 235/2000.

13. Véase SERRANO PASCUAL, A., *El personal de confianza política...*, op. cit., págs. 512 y ss.

14. SOSA WAGNER, F., “Los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional: una reflexión desde la historia”, *CUNAL*, núm. extraordinario del mes de julio, 1997, pág. 22.

15. La reciente sentencia de la Audiencia Nacional, de 13 de marzo de 2013 (rec. 192/2012), a propósito de la convocatoria para la provisión, entre inspectores de Trabajo y S.S., del puesto de director de la Escuela de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en un tímido pero positivo paso, declara que la confianza política en los puestos de libre designación debe motivarse y razonarse objetivamente, concretando en el F. J. 16.º: “A partir del *currículum vitae*, méritos y capacidad del elegido, se trata de que se explicita cómo se ha formado la voluntad administrativa, esto es, por qué él y no otro es la persona idónea para dirigir ese concreto centro de formación, por qué se entiende que se amolda e identifica con las exigencias y objetivos que los órganos directivos del Ministerio pretenden para la selección y formación de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social o cuál es su proyecto docente o ideas al respecto y por qué se entiende que el elegido se ajusta a los fines de esa Escuela cuya dirección se va a proveer por primera vez. Cabe así hablar de ‘confianza política’, en el sentido de confianza respecto de la ejecución de una política de selección y formación para el Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. Por tanto, la confianza no es un concepto tan etéreo pues hay elementos de referencia que pueden integrarse, luego razonarlo de manera objetiva no es ni imposible ni inexistente”.

De la misma manera, el informe preceptivo de la Administración de tutela para el cese en la Subescala de Intervención-Tesorería, se antoja un mero trámite.

Basta recordar a Joaquín Costa en *Maestro, escuela y patria*, cuando, al criticar las recomendaciones en la Administración, refleja lo siguiente: “y resultará que mi recomendación, caso de tropezar con un juzgado débil, excesivamente obsequioso o enemigo de ‘desairar’, y en una palabra, flojo de carácter, como somos casi todos los españoles, habrá tal vez contribuido a adjudicar una plaza a quien se preocupó más de engrosar la palanca de los padrinos que de cultivar los libros, quitándosela, despojando de ella a quien tomó en serio el objeto de la oposición y se absorbió en el estudio hasta enfermar, realizando sus aptitudes naturales con una preparación sólida y consumiendo en ella años de vida, y penetró en el contenido del programa haciéndolo carne de su carne, y consumió en ello las últimas reservas de sus padres, y repugnó o desatendió el resorte de las influencias, confiándose a la probidad del tribunal”.

#### 4. El personal eventual

La disposición adicional decimotercera ALRSAL se ocupa del personal eventual de las entidades locales, indicando que las dotaciones de puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual en los ayuntamientos deberán ajustarse a los siguientes límites y normas:

a) En los municipios de población no superior a 5000 habitantes no se podrán incluir en las plantillas de los respectivos ayuntamientos puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual.

b) Los ayuntamientos de municipios con población superior a 5000 y no superior a 10 000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de uno.

c) Los ayuntamientos de municipios con población superior a 10 000 y no superior a 20 000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de dos.

d) Los ayuntamientos de municipios con población superior a 20 000 y no superior a 50 000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de siete.

e) Los ayuntamientos de municipios con población superior a 50 000 y no superior a 75 000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de la mitad de concejales de la corporación local.

f) Los ayuntamientos de municipios con población superior a 75 000 y no superior a 500 000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder del número de concejales de la corporación local.

g) Los ayuntamientos de municipios con población superior a 500 000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder del 0,7 por ciento del número total de puestos de trabajo de la plantilla de las respectivas entidades locales, considerando, a estos efectos, los entes que tengan la consideración de Administración Pública en el marco del Sistema Europeo de Cuentas.

Por lo que se refiere a las diputaciones provinciales, consejos y cabildos insulares, el número de puestos de trabajo de personal eventual será el mismo que el de la corporación del municipio más poblado de la respectiva provincia, y no se podrá incluir este tipo de puestos en el resto de entidades locales o de sus organismos autónomos.

Sigue precisando este precepto que el personal eventual habrá de prestar sus servicios exclusivamente en los servicios generales del ayuntamiento, diputación provincial, consejo o cabildo en cuya plantilla aparezca consignado, así como que las corporaciones locales publicarán en su sede electrónica y en el boletín oficial de la provincia el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual, con la periodicidad que reglamentariamente se establezca.

Se prevé también que el presidente de la entidad local, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley, informará al pleno de la entidad local de cómo ha dado cumplimiento a lo previsto en esta disposición.

Finalmente, en la disposición transitoria séptima se indica que lo previsto en la disposición adicional decimotercera será de aplicación a la entrada en vigor de esta Ley, aunque, no obstante, los ayuntamientos de población superior a 500 000 habitantes que a la entrada en vigor de la misma tengan en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número superior al 0,7 % del número total de puestos de trabajo de la plantilla de los respectivos ayuntamientos, considerando, a estos efectos, los entes clasificados

como Administración Pública en el marco del Sistema Europeo de Cuentas, podrán mantener en sus plantillas hasta un 1,5 % de puestos de trabajo de personal eventual hasta el 30 de junio de 2015, fecha en que deberá aplicarse la limitación prevista en párrafos anteriores.

En ningún caso la entrada en vigor de esta Ley podrá suponer el incremento del número total de puestos de trabajo de personal eventual de la plantilla de las respectivas entidades locales respecto al que disponían a 31 de diciembre de 2012.

Como aspectos positivos del ALRSAL destacan las limitaciones introducidas en el número de personal eventual en los municipios, diputaciones, consejos y cabildos, o el que no ha de suponer el nuevo modelo un aumento respecto de las plazas de personal eventual existentes a 31 de diciembre de 2012, así como el hecho de que con la entrada en vigor de la reforma se habrá de dar cumplimiento a las previsiones que se han

reflejado<sup>16</sup>, y que el personal eventual deberá prestar su servicio en los servicios generales de las respectivas entidades locales, expresión con la que parece darse a entender que se debe poner coto al fraude de que dichos empleados en muchas ocasiones ni tan siquiera hacen acto de presencia en las Administraciones Públicas en las que han sido nombrados.

No obstante, conviene recordar que la Comisión de Expertos designada para el estudio del Anteproyecto del Estatuto Básico del Empleado Público ya denunciaba, entre los rasgos del empleo público local, la existencia en la Administración local<sup>17</sup> de un porcentaje de personal eventual muy superior al resto de las Administraciones públicas, y también hay que tener en cuenta que si se explicaba la presencia del personal eventual en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 1964, en pleno franquismo, no se encuentra base alguna, sin embargo, para que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, bajo la

16. No resulta admisible, en cambio, que en los ayuntamientos de municipios con población superior al medio millón de habitantes se les permita, hasta el 30 de junio de 2015, que puedan superar los límites establecidos y alcanzar hasta el porcentaje del 1,5 % de esta clase de personal en relación con el total de sus plantillas.

17. Encontramos precedentes de esta figura en la Ley de 8 de enero de 1845, de organización y atribuciones de los ayuntamientos, cuando disponía en su artículo 90 que el Gobierno señalaría los pueblos en los que el alcalde podía tener un secretario particular, distinto del secretario del ayuntamiento. Los secretarios particulares y los demás dependientes de su secretaría, cuando los hubiere (seguía diciendo este precepto), serían nombrados por el alcalde. Asimismo, el artículo 129 de la Ley Municipal de 1877 señalaba que los secretarios del ayuntamiento lo serían del alcalde, y que en las capitales de provincia y en los pueblos de más de 25 000 habitantes el alcalde tenía la facultad de nombrar un secretario especial, cuyo sueldo determinaba la junta municipal. Los secretarios de alcaldía, añadía el artículo 130, quedaban igualados en lo que se refiere a la responsabilidad a los secretarios del respectivo ayuntamiento.

En parecidos términos se pronunciaron el Estatuto Municipal de 1924, en el artículo 226, y los artículos 3 y 9 del Reglamento de Secretarios, de 23 de agosto de 1924, así como la Ley Municipal de 1935, en su artículo 175, en el que se rebajaba la cifra de población que facultaba para contar con un secretario especial a los 15 000 habitantes, y el artículo 121.15 del Decreto de 17 de mayo de 1952, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que contemplaba entre las competencias del alcalde la de nombrar y remover en los municipios de más de 15 000 habitantes y en las capitales de provincia, si lo estimaba necesario, un secretario particular, dotándolo con cargo al presupuesto; preceptos que hoy debemos considerar derogados implícitamente ya desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

El artículo 147 del Reglamento de Funcionarios de 1952, manteniendo la tónica de la legislación precedente, recogió una figura encuadrable en el actual concepto de personal eventual, al señalar que en las corporaciones locales de capitales de provincia o en las poblaciones con censo superior a 15 000 habitantes podía designarse un secretario particular de la Presidencia, que podía no tener la condición de funcionario de la propia corporación, precepto que no establecía una previsión similar para las diputaciones provinciales y que hay que poner en relación con el artículo 121.15 del Decreto de 17 de mayo de 1952, por el que se aprueba el anterior Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que contemplaba entre las competencias del alcalde la de nombrar y remover en los municipios de más de 15 000 habitantes y en las capitales de provincia, si lo estimaba necesario, un secretario particular, dotándolo con cargo al presupuesto, preceptos que debemos considerar derogados implícitamente ya desde la LMRFP.

También durante la dictadura franquista, encontramos otros precedentes de esta figura en los ayuntamientos de Madrid y Barcelona. Así, hay que mencionar, en primer lugar, la regulación especial contenida en el Decreto 1166/1960, de 15 de junio, por el que se establece el régimen especial para el Municipio de Barcelona, conforme a lo autorizado por el artículo 94 de la Ley de Régimen Local de 1955, así como, en el Ayuntamiento de Madrid, el Decreto 1674/1963, de 11 de julio, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley que establece su régimen especial.

Durante la etapa de la transición hacia la democracia, en el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, de articulación parcial de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, su artículo 24.3 dispone que los funcionarios de empleo, es decir, el personal eventual, es aquel que eventualmente desempeña puestos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial no reservados a funcionarios de carrera, en el que había que inscribir a los directores de Servicio, contenido directivo que espuriamente se incrustó después en el artículo 176 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

vigencia por tanto de la Constitución española de 1978, incluyese con carácter básico a este personal en el artículo 20.2 y 3, con una clara confusión entre Administración y política, desde la idea equivocada de que el régimen democrático podía dar cobertura a los favoritismos, nepotismos y prácticas clientelares, y desconociendo que el principio de igualdad ante la Ley y lo que no es sino su concreción, es decir, los principios de capacidad y mérito, no pueden tener excepciones tan sangrantes como esta.

Las confianzas políticas o personales deben residenciarse en otros ámbitos, a través de los partidos políticos, que si han de tener una mayor financiación –con luz y taquígrafos, con debate parlamentario y conocimiento de la opinión pública– para dotarse de una estructura propia de medios personales, ello debe ser con plena transparencia y sin introducir elementos de confusión con la Administración Pública. Nuestra opinión es que los partidos políticos han de poder estar en condiciones de apoyar políticamente a sus representantes, con carácter *staff*, en las diferentes instituciones, de una manera muy excepcional y reducida en el caso de las grandes corporaciones, y tener los oportunos medios humanos y materiales en ellas, pero estos instrumentos deben ser ajenos a la estructura administrativa, sin ningún tipo de relación jurídica o económica con la Administración.

Resulta interesante comprobar en el debate parlamentario del EBEP, en torno al personal eventual, que Chunta Aragonesista (Grupo Parlamentario Mixto) y el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, aunque no defendían la supresión de esta figura, plantearon con buen criterio en sus enmiendas que se precisase en este precepto que en ningún caso el personal eventual realizará funciones reservadas a los funcionarios de carrera.

Esta posición no contó con el respaldo de la mayoría parlamentaria, pero merece un aplauso el planteamiento de este último grupo parlamentario al tratar de limitar el número máximo de personal eventual al 0,2 % del total de la plantilla, con estas palabras: “También consideramos que ha de haber una limitación máxima en la plantilla para clasificar los puestos de trabajo de personal eventual, porque nos encontramos con que cuando llega la campaña electoral los partidos políticos hacen grandes promesas de reducir el número de personal eventual, pero en la práctica siempre se multiplica”.

La propuesta del ALRSAL, a pesar de que supone un avance, no resuelve la raíz del problema, ni establece unos límites más asumibles de personal eventual en

las entidades locales, evidenciando cómo, en el conjunto de las Administraciones Públicas, pero también en las Cortes Generales, en los Parlamentos autonómicos, en el Tribunal Constitucional, en el Consejo General del Poder Judicial o en el Tribunal Supremo, se ha incrustado esta figura, que no tiene base constitucional, y que es radicalmente contraria al principio de igualdad de oportunidades. Se trata, pues, de una oportunidad perdida.

Además, en la futura Ley se debería establecer una limitación a las posibles aportaciones de la entidad local a los grupos políticos, que muchas veces vienen a encubrir con un burdo maquillaje la disminución de personal eventual que luego pasa a tener la condición de contratado laboral de dichos grupos políticos.

## 5. El personal directivo

El ALRSAL introduce una modificación en el apartado 3 del artículo 130 LRL, con la siguiente redacción: “El nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el Reglamento Orgánico Municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario”, y la disposición transitoria décima añade, como régimen transitorio para los directores generales de las entidades locales, que lo previsto en el citado artículo 130 será de aplicación a los nombramientos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, figuraría una nueva disposición adicional sexta en la LRL, referida al personal directivo de las diputaciones, cabildos y consejos insulares, de forma que el nombramiento del personal directivo que, en su caso, hubiera en las diputaciones, cabildos y consejos insulares, deberá efectuarse de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales, o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, añadiendo también un régimen transitorio, en el sentido de que –disposición transitoria primera– lo previsto para el personal directi-

vo de las diputaciones, cabildos y consejos insulares será de aplicación a los nombramientos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

¿Cuáles son las novedades que se contienen, pues, en materia de personal directivo de las entidades locales, en el ALRSAL? La respuesta es que absolutamente irrelevantes, y en modo alguno se mejora en la medida necesaria el panorama de un estrato de personal situado enteramente en la exclusiva línea de la confianza política, también ajeno por lo tanto a la igualdad de oportunidades y al mérito y la capacidad.

En concreto, en los municipios de gran población no se excluye –frente a anteriores versiones del ALRSAL– la posibilidad de que los coordinadores generales y directores generales puedan ser nombrados entre quienes no reúnan la condición de personal funcionario, y se es continuista con el artículo 130.3 LRL –pero sin afectar a los nombramientos que se hayan hecho hasta la fecha–, manteniendo unas figuras que no se ajustan a la previsión del artículo 13 del EBEP<sup>18</sup> sobre la función directiva profesional, ya que estos coordinadores y directores generales no son sino figuras de mera confianza ajenas a la función directiva seleccionada con principios constitucionales.

Asimismo, el ALRSAL se aparta lamentablemente también de la regulación contenida en el artículo 13 EBEP, en la selección de los directivos locales, continuando con la brecha abierta por el título X<sup>19</sup>, apelando a “criterios de competencia profesional y experiencia”, sin mencionar los principios de mérito y capacidad, dentro de procedimientos competitivos y garantizando el principio de igualdad. Esta disposición del ALRSAL carece de sentido y es una muestra del sistema de confianza política en lugar de la apuesta por una función directiva profesional. Con ello, se obstaculizará cualquier intento de mejora y modernización de esas entidades locales. Igualmente, la disposición transitoria primera limita los efectos a los nombramientos posteriores a la entrada en vigor de esta Ley, y no se aplica a los nombramientos anteriores, como hemos visto que sucede para los coordinadores y directores generales.

¿Quién puede afirmar que no se sientan las bases para que impere la corrupción con este modelo de personal directivo de las entidades locales? Para este viaje, simplemente valía aplicar la previsión contenida en la disposición adicional decimoquinta<sup>20</sup> LRL, en relación con el citado artículo 13 del EBEP, y apostar por un nuevo modelo de directivos locales no solo de los gran-

18. El EBEP, en este sentido, desaprovecha una oportunidad histórica para aproximarnos a la tónica de los países de nuestro entorno; su artículo 13, ejemplo de *soft law*, abre numerosos interrogantes, y una cierta insatisfacción, porque si su estatuto jurídico no tiene unos perfiles definidos y no se basa en la igualdad ante la ley, de la que deben nutrirse la capacidad y el mérito, no contaremos con el directivo público al que se refería el Informe de la Comisión de Expertos para el Estudio y Preparación del EBEP como “la persona que posee la capacidad de liderazgo, la formación específica y las habilidades necesarias para hacer funcionar, bajo las instrucciones del Gobierno correspondientes, la compleja maquinaria administrativa”.

19. La doctrina que parece abrirse en la STC 132/2012, de 19 de junio, en relación con la Ley de las Illes Balears 8/2000, de 27 de octubre, de Consejos Insulares, abre un camino esperanzador frente al disparate que supuso la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, pendiente de dos recursos ante el Tribunal Constitucional, sobre la esencia de la autonomía local y el papel de sus órganos representativos, entre otras cuestiones, aunque oscurecida en este caso, a nuestro juicio, por un entendimiento incorrecto del hecho insular. No obstante, la STC 103/2013, de 25 de abril, persiste en el error de admitir un modelo politizado de asesoría jurídica, coordinadores generales y directores generales en los municipios de gran población, como así lo denunciábamos en nuestro trabajo sobre esta sentencia en *El Consultor de los Ayuntamientos*, en prensa.

20. Esta disposición dice lo siguiente sobre el régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los directivos locales y otro personal al servicio de las entidades locales:

“1. Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación.

“No obstante, les serán de aplicación las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, en los términos en que establece el artículo 75.8 de esta Ley.

“A estos efectos, tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.

“2. El régimen previsto en el artículo 75.7 de esta Ley será de aplicación al personal directivo local y a los funcionarios de las corporaciones locales con habilitación de carácter estatal que, conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, desempeñen en las entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman”.

des municipios o de las diputaciones provinciales, consejos y cabildos, sino en general del conjunto de las entidades locales.

Ha existido y sigue existiendo una clara oposición a desarrollar un modelo de directivos públicos homologables con nuestro entorno<sup>21</sup>, oposición llevada a cabo por una parte mayoritaria de la estructura política, recelosa de abrir espacios directivos que venía “controlando”, a través del personal eventual y de figuras similares, aunque adoptasen la falsa apariencia de directivos; la asignatura pendiente, en este sentido, es la de que desde la esfera política se profundice en una nueva cultura, capaz de compaginar el gobierno de extracción democrática representativa, decidiendo las políticas públicas a desarrollar, con los principios de capacidad y de mérito –anclados a su vez en el principio de igualdad–, que debe presidir, sin excepciones, el conjunto de la Administración profesional, y que ha de desarrollar aquellas políticas públicas, consiguiendo así –desde el funcionamiento eficaz y eficiente del conjunto del aparato administrativo– innegables beneficios para los ciudadanos.

No es extraño por ello que autores como el profesor Nieto<sup>22</sup> hayan anticipado, ante la ambigüedad del artículo 13 del EBEP, los riesgos más que previsibles de este tratamiento dado a los directivos profesionales, que le llevan a afirmar que la ocupación de estos puestos de directivos servirá para que: “se premien servicios de confianza ya prestados y se estimulen fidelidades futuras”.

No se puede hablar en serio de modernizar la Administración, o de evitar la corrupción, en este caso la de las entidades locales españolas, si no se selecciona a los directivos profesionales sobre la base de la premisa de contar con las personas más capaces –con la aptitud y actitud adecuadas–, siguiendo un procedimien-

to de concurrencia competitiva y de escrupuloso respeto a la igualdad, capacidad y mérito, y que reúnan las habilidades precisas para liderar ese proceso pendiente de *aggiornamento* administrativo, todo ello bajo las instrucciones de quienes han sido elegidos democráticamente, pero que no tendrán meros siervos a su servicio, ni unas nuevas y reforzadas guardias pretorianas en pleno siglo XXI.

No es que no haya capacidad para producir directivos, reiteramos, sino que no ha habido interés desde las estructuras políticas<sup>23</sup>, que han contado con otros instrumentos, como ha sido el del propio personal eventual, y que han llegado a un extremo de descaro tal que muestra a las claras nuestro modelo de *spoils system* reforzado con el paso de los años, en una vuelta a planteamientos del siglo XIX. Se puede afirmar que lo cierto es que importa muy poco la búsqueda de la “eficacia eficiente” en el marco del ordenamiento jurídico, que la transitoriedad de los mandatos representativos queda plasmada en la obsesión por el mantenimiento del poder, y, desde ese punto de vista, la profesionalidad y la lucha contra la corrupción no se consideran unos valores que haya que proteger.

## 6. Otros contenidos sobre empleo público local, en general

Siguiendo el orden de los artículos de la LRL que modifica el ALRSAL, este contiene otras novedades, como son las relativas al traspaso de personal en los supuestos de intervención de municipios. Así, el artículo 26.3, párrafo 6, LRL dice que la diputación, cabildo o consejo insular acordará con los municipios concernidos el traspaso de los medios materiales y personales, acuerdo que incluirá un plan de redimensionamiento para

21. Véase en este sentido a CARDONA PERETÓ, F., “Tendencias en la gestión de la función pública. Países Unión Europea y OCDE”, ponencia impartida en el Seminario de la UIMP sobre *Nuevas perspectivas en la función pública española. El Estatuto Básico del Empleado Público*, Santander, 2006.

22. NIETO, A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, 2008, pág. 191.

23. La propia Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), es una buena muestra de ello, ya que no diseña una verdadera función directiva pública. En este sentido, la aprobación de la Ley 6/1997 planteó dos estratos directivos: el primero de ellos encaja con los órganos superiores, y el segundo con los órganos directivos. Aunque parece que se inscribe en la tendencia observada en derecho comparado, hay notables diferencias respecto de los países de nuestro entorno, porque bajo la apariencia de una función directiva en la que se tiene en cuenta la competencia profesional y la experiencia, lo cierto es que el modelo politizado no retrocedió, porque el nombramiento y el cese eran libres, ya que el hecho de que la designación hubiera de tener lugar para subsecretarios, subdelegados del Gobierno, secretarías generales técnicas, entre funcionarios para cuyo ingreso se hubiera exigido titulación superior (en el caso de los directores generales se contemplaban excepciones), sin reparar en la necesidad de las habilidades directivas demostradas, era dejar las cosas tal cual estaban. Sobre todo no se concretaba cómo se acreditaba de una manera objetiva y creíble, desde el punto de vista de la igualdad, la capacidad y el mérito, la competencia y la experiencia para los puestos directivos. Pura política y ausencia, pues, de profesionalidad.

adecuar las estructuras organizativas, en su caso, de personal y de recursos, resultantes de la nueva situación, previendo o incluyendo las medidas laborales a adoptar en relación con lo previsto en el artículo 44.9 del Estatuto de los Trabajadores y las que afecten al personal funcionario, así como una memoria en la que se concreten las competencias y servicios traspasados, los medios y recursos afectados y el impacto económico de las medidas previstas, añadiendo en el apartado 7 que el posible acuerdo de reversión de la competencia en la prestación del servicio al municipio correspondiente deberá adoptarse antes del 30 de junio de cada año y surtirá efecto al ejercicio siguiente al de su adopción, con el consiguiente traspaso de medios materiales, personales y presupuestarios asignados a dichos servicios en el momento de producirse la reversión, incluyendo la potestad reglamentaria y la competencia en materia de gestión y recaudación tributaria vinculada a los servicios públicos revertidos.

Por otro lado, el artículo 36.2.c) ya comentado anteriormente, sobre la intervención de las diputaciones para garantizar las funciones públicas necesarias, también añade ahora que aquellas prestarán apoyo en la selección y formación de su personal, sin perjuicio de la actividad desarrollada en estas materias por la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas.

En relación con los municipios de menos de 5000 habitantes, al haber desaparecido en esta nueva versión del ALRSAL el artículo 61 bis LRL, ya no se recoge la previsión de que a partir de la intervención los órganos de gobierno del municipio no podían dar instrucciones al personal al servicio de dicho municipio que esté temporalmente intervenido, lo que no dejaba de resultar polémico desde el punto de vista de la autonomía local.

El artículo 100.1 LRL, en la nueva redacción que propone el ALRSAL, señala que será competencia de cada corporación local la selección de los funcionarios, con la excepción de los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Una regulación también polémica es la contenida en la disposición adicional séptima ALRSAL, cuando prevé que, en el marco de lo establecido en la LOEPSF y en el artículo 93.2 de la LRL, las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado podrán establecer un límite máximo y mínimo total que, por todos los conceptos retributivos, pueda percibir el personal al servicio de las entidades locales y de las entidades de ellas dependientes, en función del grupo de clasificación

profesional, así como de otros factores que se pueden determinar en las leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año, medida que supone una discriminación injustificada respecto de otros Cuerpos o Escalas funcionariales del resto de las Administraciones Públicas.

La disposición adicional octava se refiere a las retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local, y al número máximo de miembros de los órganos de gobierno, con una prolija regulación, desajustada desde el punto de vista de la autonomía local por su pormenorización y uniformidad, que, en cambio, calla sobre la selección de este tipo de personal. Sí que parece positivo, en cambio, el hecho de la necesaria adaptación, en el plazo de dos meses, de los contratos mercantiles o de alta dirección que haya celebrado el sector público local, o que la extinción de los contratos mercantiles o de alta dirección no generará derecho alguno a integrarse en la estructura de la Administración local afectada.

Pero insistimos en que ello no puede hacerse desconociendo el marco vigente, y no hay que olvidar, en este sentido, que la disposición adicional primera del EBEP es igualmente aplicable por lo que se refiere a los principios rectores del acceso al empleo público, contenidos en el artículo 55 del citado EBEP, y debe exigirse escrupulosamente su cumplimiento, sin que consideremos que pueda tener cabida la figura de los contratos mercantiles, al no encajar en el sistema de empleo público.

Las consecuencias, en otro orden de cosas, de las delegaciones del ejercicio de competencias del Estado o de las comunidades autónomas a un municipio, o cuando haya existido un traspaso de servicios de un municipio a una diputación provincial, por lo que se refiere al empleo público, se concretan en la disposición adicional decimoctava del ALRSAL, en la que se aborda el traspaso de medios personales, donde se indica que si pasan a prestar servicios a una diputación provincial o municipio, dependerán de estos en la condición de servicio activo, permaneciendo, en la Administración de origen, en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas, conservando todos sus derechos en ella como si se hallaran en servicio activo. Mientras presten servicios en la entidad local, se regirán por la legislación de función pública aplicable al personal de la Administración en que estén prestando servicios.

De la misma manera, si se trata de personal laboral fijo afectado por estos traspasos de competencias, se-

rán de aplicación respecto a la situación de este personal las medidas previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

Se ha suprimido en esta nueva versión del ALRSAL el apartado 5 de esta disposición adicional, que resultaba innecesario porque reproducía la previsión contenida en la disposición transitoria segunda del EBEP, en lo relativo a la posibilidad de las llamadas promociones cruzadas del personal laboral fijo, o a que dicho personal laboral fijo pueda seguir desempeñando funciones o puestos de trabajo que correspondan a personal funcionario. Eso ya lo había dicho el EBEP, y a partir de su entrada en vigor hace seis años, es decir, desde el 13 de mayo de 2007, en la Administración local no ha podido seleccionarse personal laboral fijo para plazas con cometidos propios de personal funcionario; por eso, no se comprende que vuelva de nuevo a abrirse una fecha distinta en este sentido.

A su vez, esta disposición adicional señala que la medición económica del traspaso de los medios personales deberá realizarse mediante una valoración que tome como referencia el coste estándar de los servicios.

Finalmente, la disposición adicional decimosexta se ocupa de la masa salarial del personal laboral del sector público local, para indicar que cada año las corporaciones locales aprobarán la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, comprendiendo la referente al propio ente local, organismos, entidades públicas empresariales y demás entes públicos y sociedades mercantiles locales, así como las de los consorcios adscritos a la entidad local y de las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las entidades citadas en este apartado, o que su 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. Esta masa salarial aprobada será publicada en la sede electrónica de la corporación y en el Boletín Oficial de la Provincia en el plazo de 20 días.

## 7. Conclusiones

La reforma del régimen local español que se promueve a través del ALRSAL, en su versión de 24 de mayo de 2013, en lo que atañe al empleo público local, presenta claroscuros, ya que no hay que desconocer el avance que supone, desde la perspectiva de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, el reapoderamiento del Estado para la aprobación de las ofertas de empleo y para su selección, o la vuelta al ámbito territorial estatal de los concursos, así como el incremento del peso de los baremos generales en los concursos.

Sin embargo, y a pesar del necesario lavado de imagen en los aspectos apuntados, no es menos cierto que la confianza política en el empleo público local sigue presente e incrementada, lamentablemente, en este Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, como se aprecia en el mantenimiento de la libre designación de secretarios, interventores y tesoreros, en mayor medida incluso que la contenida hasta ahora en la disposición adicional segunda del EBEP, o con una concepción de la función directiva politizada en detrimento de directivos profesionales, y con el mantenimiento del personal eventual, cuya naturaleza rompe con la igualdad de oportunidades de los ciudadanos.

El balance final del ALRSAL es negativo, porque se trata de una nueva oportunidad perdida para el ajuste al modelo constitucional de empleo público de las entidades locales, y carece de cualquier tipo de justificación que actualmente estemos todavía girando en torno a unas estructuras propias de las monarquías del Antiguo Régimen, en las que su carta de naturaleza venía constituida por los privilegios y por una sociedad estamental, ahora canalizados a través de los partidos políticos, como si esto pudiese transmutar la esencia del privilegio, cosa que es radicalmente imposible.

Carles Casajuana<sup>24</sup> sostiene acertadamente, a nuestro juicio, que: “al amparo de la libertad para nombrar interinos y asesores y someter a su control personal a las piezas clave de la burocracia a sus órdenes, los gerifaltes autonómicos y municipales de las dos últimas décadas han tejido unas redes clientelistas que hacen palidecer al caciquismo de hace un siglo [...]. El Estado

24. CASAJUANA, C., “Corrupción y función pública”, *El País*, 5 de abril de 2013. Este escritor dice también que: “Solo muy recientemente el Gobierno ha caído en la cuenta de la incongruencia que supone que los interventores y secretarios de ayuntamiento dependan de los políticos a los que tienen que asistir y controlar y ha propuesto reforzar su independencia. La iniciativa en este sentido constituye un paso en la dirección adecuada. Pero cabe dudar de que sea suficiente”. Sin embargo, esto, como hemos visto en este trabajo, ya no es una duda, sino que hemos demostrado que es una falacia, ya que la realidad es la presencia de la libre designación mantenida y ampliada en el ALRSAL.

de derecho requiere equilibrios y contrapesos. Una Administración fuerte y motivada es uno de ellos. Del mismo modo que ninguna democracia puede funcionar sin partidos políticos y que el papel de una prensa plural e independiente es crucial, una Administración integrada a todos los niveles por funcionarios que ingresen y hagan carrera por méritos profesionales y no por contactos personales o afinidades políticas, que sirvan a los ciudadanos y no a los partidos, es una barrera necesaria para que la corrupción no socave las instituciones”, y añadimos nosotros que no reconocerlo así es seguir alimentando esa corrupción y cimentando una sociedad sobre la negación de la igualdad de oportunidades, que está condenada por ello al fracaso.

La Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa se hace eco en su blog de este artículo de Casajuana, destacando acertadamente que ya era hora de que se vinculasen los fenómenos de la corrupción pública y el deterioro experimentado por el empleo público, indicando que: “Cuando el régimen de selección no funciona o se degrada de forma deliberada –como ocurre en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, con la carencia de ofertas de empleo público o con el indebido desplazamiento del personal funcionario por parte de empresas públicas–, reduciendo a simple retórica el principio de inamovilidad de los funcionarios públicos, o cuando la provisión de puestos se hace depender más del favor personal o la afinidad política que del mérito objetivo y de la carrera profesional de los funcionarios públicos, la debilidad de la Administración la hace vulnerable al abuso de poder y a la corrupción”.

Ya para concluir, hay que seguir trayendo a colación las palabras de Sosa Wagner<sup>25</sup>, cuando dice que: “Es hora de reivindicar por ello la vigencia de ese principio al que me he referido tantas veces del mérito y la capacidad por ser precisamente, como he adelantado, nada menos que una manifestación del principio de igualdad de los españoles ante la ley, el más básico de los principios constitucionales, como anclado que está en los prístinos postulados revolucionarios”, y añadimos nosotros que el tiempo se acaba para ello.

## Bibliografía

CARDONA PERETÓ, F., “Tendencias en la gestión de la función pública. Países Unión Europea y OCDE”, ponencia impartida en el Seminario de la UIMP sobre

*Nuevas perspectivas en la función pública española. El Estatuto Básico del Empleado Público*, Santander, 2006.

CASAJUANA, C., “Corrupción y función pública”, *El País*, 5 de abril de 2013.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El personal directivo en la Administración local*, Col. Estudios de Relaciones Laborales, núm. 4, Diputación de Barcelona, 2009.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. y CASTILLO BLANCO, F., *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, Col. Documentos e Informes, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.

MORELL OCAÑA, L., *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1994.

NIETO GARCÍA, A., Conferencia pronunciada en la IV Asamblea Plenaria de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, celebrada en Madrid el día 30 de marzo de 1992, y publicada en la revista *CUNAL*, núm. 569-570, págs. 323 y ss.

NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, 2008.

PÉREZ LUQUE, A., *La selección del personal permanente de las corporaciones locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2001.

SERRANO PASCUAL, A., *El personal de las entidades locales: análisis de su régimen jurídico*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1997.

SERRANO PASCUAL, A., “Ámbito subjetivo y acceso a las funciones directivas en las entidades locales”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 18, 1997, págs. 49-60.

SERRANO PASCUAL, A., “Los puestos directivos contenidos en el título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, adicionado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local: ¿nuevos paradigmas organizativos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 11, 2004, págs. 1927-1936.

SERRANO PASCUAL, A., “La regulación de la función directiva profesional en las entidades locales, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 23, 2007, págs. 3839-3862.

25. *Op. cit.*, pág. 13.

SERRANO PASCUAL, A., "El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 24, 2008, págs. 4117-4148.

SERRANO PASCUAL, A., *El personal de confianza política en las entidades locales. La libre designación, el perso-*

*nal eventual y los directivos*, El Consultor de los Ayuntamientos, LA LEY, Madrid, 2010.

SOSA WAGNER, F., "Los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional: una reflexión desde la historia", *CUNAL*, núm. extraordinario mes de julio, 1997, págs. 10-23. ■

32<sub>QDL</sub>

**Ponencias, crónicas y notas**





---

# La propiedad privada y la potestad expropiatoria. Procedimientos especiales de expropiación

José Enrique Candela Talavero

Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter estatal.

Secretario-interventor de la Mancomunidad integral "Sierra de Montánchez" (Cáceres)

## 1. Introducción

## 2. La propiedad privada y la potestad de expropiación forzosa

## 3. Procedimientos especiales

- 3.1. De la expropiación por zonas o grupos de bienes (artículos 59 a 70 LEF y artículos 75 a 86 REF)
- 3.2. El traslado de poblaciones y la expropiación forzosa (artículos 86 a 96 LEF y artículos 104 a 118 REF)
- 3.3. La expropiación por razones de defensa nacional y seguridad del Estado (artículos 100 a 107 LEF y artículo 124 REF)

## 4. Conclusión

### Resumen

El derecho a la propiedad privada está delimitado por la función social que está llamado a cumplir, resultando reconocido como fundamento de la potestad expropiatoria de la Administración Pública. La propiedad privada no es pues un derecho absoluto, sino que esta limitación tiene reconocimiento constitucional. El procedimiento expropiatorio presenta especialidades por razón de los objetos expropiados, diferenciándose en la Ley de Expropiación Forzosa supuestos de expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico; por incumplimiento de la función social de la propiedad; por entidades locales o por razón del urbanismo; por causa de colonización o de obras públicas; la realizada en materia de propiedad industrial; y las que son objeto de nuestro análisis, en concreto por zonas o grupos de bienes, la que dé lugar a traslado de poblaciones, y por razones de defensa nacional y de seguridad del Estado.

Palabras clave: *propiedad privada; expropiación; procedimientos especiales.*

### *The right to a private property and expropriation. Special expropriation procedures*

#### **Abstract**

*The right to a private property is limited by the social function that it must serve: this is a recognized basis for the power of expropriation of the Public Administration. Therefore, the right to a private property is not an absolute right: it is limited by the Constitution itself. The expropriation process varies depending on the expropriated object. For instance, special processes are designed for expropriation of goods of artistic, historical and archeological value; in case of breach of the social function of the private property; expropriations by local entities or due to urban necessities; colonizing or carrying out public works and, finally, expropriations in the field of industrial property. This article focuses its attention on some of them: zones or group of goods, transfer of population and national defense and security cases.*

Keywords: *private property; expropriation; special expropriation procedures.*

## 1. Introducción

Reconocido el derecho a la propiedad privada en el artículo 33 de la Constitución (CE), pierde su carácter individual y absoluto en los términos de su apartado 3, al señalarse que “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”, mediante la prerrogativa administrativa de la expropiación forzosa, que según la STC 227/1998, de 29 de noviembre, habilita la privación de toda clase de bienes y derechos individuales e incluso de intereses legítimos de contenido patrimonial. La progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación, señala el Tribunal Constitucional, de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas, reguladas con un significado y alcance diverso (STC 37/1987, de 26 de mayo); así, la institución de la expropiación, señala el profesor Alejandro Nieto<sup>1</sup>, de simple figura accesoria de las obras públicas pasa a constituirse nada menos que en clave de las relaciones de fricción económica entre la Administración y los particulares.

Por su contenido, el precepto 33 CE debemos conectarlo con los principios rectores de la política social y económica, por cuanto, siguiendo al profesor Prada Fernández de Sanmamed<sup>2</sup>, tienen valor constitucional, es decir, salvo mutación constitucional, son incontrolables por cualquier poder constituido, pues son inmunes a la hipotética fiscalización del Tribunal Constitucional, que debe someterse a ellos como se deben someter los demás poderes públicos (STC 19/1982, de 5 de mayo). Nos encontramos con un derecho de propiedad que tiene un contenido estatutario, de manera que su titular tendrá únicamente aquellas facultades que en cada caso la norma jurídica le conceda (SSTS de 7/11/1988, 2/11/1989), resultando la STC de 26 de marzo de 1987 sobre la Ley

andaluza de Reforma Agraria, analizada por el profesor Donaire Villa<sup>3</sup>, muy explícita sobre esta cuestión, y siendo muy notable su implicación en el ámbito urbanístico a raíz de la STC 61/1997, llegándose a este carácter estatutario de la propiedad del suelo por lo dispuesto en el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante, TRLS 2/2008), que supone su vinculación a concretos destinos en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. A lo que añadir la competencia estatal en los términos del artículo 149.1.1 y 18 CE, al establecer su competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y de la correspondiente legislación sobre expropiación forzosa. Lo que nos conduce a la Ley de Expropiación Forzosa de 17 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF) y su Reglamento, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (en adelante, REF).

En los literales términos de la STC 37/1987, “la expropiación forzosa no es en la actualidad una institución unitaria que constitucionalmente quede circunscrita a fines previa y anticipadamente tasados dentro de los que, en principio, pueden englobarse en las genéricas categorías de ‘utilidad pública’ o ‘interés social’, ya que justamente con su carácter instrumental -y no finalista- no es sino consecuencia de la variabilidad y contingencia de lo que en cada momento reclama la utilidad pública o el interés social de acuerdo con la dimensión social de la propiedad privada y con los propios principios establecidos e intereses tutelados por la Constitución”. Lo que conduce a saber que los fines de interés social, mientras no exista desviación de poder, señala el Tribunal Supremo, encuentran su razón de ser en la discrecionalidad del legislador, quien, atendiendo a las necesidades y sensibilidades sociales de cada momento, goza de un margen razonable para determinar qué fines, en una

1. NIETO GARCÍA, A., “Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, p. 68.

2. PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J. L., “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 122, octubre-diciembre 2003.

3. DONAIRE VILLA, F. J., “Las competencias legislativas del Estado y comunidades autónomas sobre expropiación forzosa (a propósito de las SSTC 37/1987, de 26 de marzo, y 186/1993, de 7 de junio)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, núm. 12-13, 1994-1995, pp. 71 a 90.

situación determinada, pueden revestir suficiente trascendencia para ser considerados como de interés social (STS de 16 de julio de 1997). Se trata del reconocimiento de la subordinación del derecho de propiedad del suelo al interés de la comunidad, por lo que será el interés de esta lo que sacrifique ese derecho individual. No estamos en presencia de una confiscación de derechos, sino de una venta forzosa, una transformación del derecho contra la voluntad del propietario, que recibe en compensación el correspondiente justiprecio, añadiéndose con el profesor Pérez Luño<sup>4</sup> que sigue revistiendo importancia prioritaria el derecho de propiedad privada, de manera que el legislador se encuentra facultado constitucionalmente para ampliar o restringir el alcance del derecho de propiedad privada, al debilitar su función social o al tipificar los supuestos de utilidad pública o interés social que justifiquen su expropiación.

## 2. La propiedad privada y la potestad de expropiación forzosa

El derecho de propiedad es un derecho reconocido, como ha declarado la STC 111/1983, desde la vertiente institucional como derecho subjetivo que “cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación”. Expropiación con la que se alcanza el derecho constitucional de propiedad privada frente al poder público, por ser “un instrumento positivo” a disposición de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, y 37/1987, de 26 de marzo).

Por su importancia, hay que señalar, junto al reconocimiento a la expropiación forzosa del artículo 1 LEP, que su artículo 9 reconoce que “para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que ha de afectarse el objeto expropiado”. A lo que añadir el reconocimiento del derecho de la reversión en los términos del artículo 54.1 LEP, según el cual, “en caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte

sobrante de lo expropiado, mediante el abono a quien fuera su titular de la indemnización que se determina en el artículo siguiente”. Añade, además, el apartado 3 que, “cuando de acuerdo con lo establecido proceda la reversión, el plazo para que el dueño primitivo o sus causahabientes puedan solicitarla será el de tres meses, a contar desde la fecha en que la Administración hubiese notificado el exceso de expropiación, la desafectación del bien o derecho expropiados o su propósito de no ejecutar la obra o de no implantar el servicio”. Lo que hay que relacionar con el artículo 24 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que, para las adquisiciones derivadas del ejercicio de la potestad expropiatoria, establece que:

“1. Las adquisiciones que se produzcan en ejercicio de la potestad de expropiación se registrarán por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa y por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones -actualmente por el TRLS 2/2008- u otras normas especiales.

“2. En estos casos, la afectación del bien o derecho al uso general, al servicio público, o a fines y funciones de carácter público se entenderá implícita en la expropiación.

“3. La posterior desafectación del bien o derecho o la mutación de su destino no darán derecho a instar su reversión cuando se produzcan en la forma y con los requisitos previstos en el apartado 2 del artículo 54 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, y en el apartado 2 del artículo 40 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

“4. El ofrecimiento y tramitación de los derechos de reversión, cuando proceda, serán efectuados, previa depuración de la situación física y jurídica de los bienes, por el ministerio u organismo que hubiera instado la expropiación, aunque el bien hubiera sido posteriormente afectado o adscrito a otro distinto. A estos efectos, el ministerio u organismo a que posteriormente se hubiesen afectado o adscrito los bienes comunicará al que hubiese instado la expropiación el acacimiento del supuesto que dé origen al derecho de reversión.

“El reconocimiento del derecho de reversión llevará implícita la desafectación del bien o derecho a que se refiera. No obstante, hasta tanto se proceda a la ejecu-

4. PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, 7.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 188.

ción del acuerdo, corresponderá al departamento ministerial u organismo al que estuviese afectado o adscrito el bien o derecho objeto de la reversión proveer lo necesario para su defensa y conservación.

“De no consumarse la reversión, la desafectación del bien o derecho se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69”.

En cuanto a esta reversión especificada por el artículo 54 LEF, según criterio de la Audiencia Nacional (sentencia de 1 de diciembre de 2011), siguiendo el reiterado criterio del Tribunal Supremo (SSTS de 7 de julio de 2008 y de 6 de julio de 2010), el derecho de reversión se considera como un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación, pudiendo ser caracterizado como la consecuencia de una “invalidez sobrevenida” a la expropiación, por la desaparición del elemento esencial de la causa que la motiva, bien por no establecerse el servicio o no ejecutarse la obra que motivó la expropiación, así como también si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, pudiendo en tales casos el primitivo dueño o sus causahabientes recobrar la totalidad o parte del sobrante de lo expropiado abonando a la Administración su justo precio, siendo la desaparición del elemento esencial de la causa la razón determinante que hace que surja el derecho de reversión. Es decir, la desafectación de los bienes en su día expropiados, como señalan las SSTS de 14 de abril de 2005 y 16 de abril de 2007, procede en tres supuestos: a) cuando no se ejecute la obra o no se establezca el servicio que motiva la expropiación; b) cuando, realizada la obra o establecido el servicio, quede alguna parte sobrante de los bienes expropiados, y c) cuando desaparezca la afectación de los bienes y derechos de las obras y servicios que la motivaron, pudiendo ser esta desafectación expresa o tácita. En cualquier caso, cabe señalar que para ejercitar el derecho de reversión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.3.a) LEF en los supuestos en que se hubiera producido un exceso de expropiación, o la desafectación del bien objeto de expropiación, y no se hubiera producido su notificación, es necesario que no hayan transcurrido 20 años desde la toma de posesión de aquel.

Distinta de los casos de expropiación forzosa es la institución de la ocupación temporal, que, en palabras del profesor Parejo Alfonso<sup>5</sup>, es una técnica diferenciada de la expropiación, pero vinculada normalmente, aunque no necesariamente, a la misma, en la medida en que permite bien una utilización temporal de bienes precisamente para ejecutar una obra o establecer un servicio, que van a ser o han sido objeto de la correspondiente expropiación, bien la sustitución del titular negligente en el cumplimiento de la función social de la propiedad. Fijando el profesor Blanquer Criado<sup>6</sup> que la ocupación temporal es una figura muy próxima a la expropiación, pues también hay una privación imperativa de facultades sobre el bien, pero resultando ser un despojo temporal o provisional del uso de los terrenos, aunque no de su titularidad, por el que el titular tiene derecho a ser indemnizado, tanto por el lucro cesante derivado de los rendimientos o rentas del inmueble dejados de percibir durante la ocupación, como por el daño emergente causado por el eventual deterioro del inmueble y los gastos necesarios para restituirlo a su estado originario anterior a la ocupación forzosa. Resultando, como afirma el profesor Bermejo Vera<sup>7</sup>, que en estas ocupaciones temporales los terrenos ocupados deben quedar incólumes, la ocupación es siempre de duración limitada, y se restringirá a los supuestos legales, sin olvidar que la correspondiente indemnización, por encima de su requerimiento abstracto, resulta condición necesaria del ejercicio de la potestad expropiatoria.

La LEF presenta, junto al procedimiento general de expropiación del Título II, una serie de procedimientos especiales divididos por su objeto, función o sujeto, en su Título III, a saber: la expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico; la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad; la expropiación por entidades locales o por razón del urbanismo; las expropiaciones por causa de colonización o de obras públicas; la expropiación en materia de propiedad industrial; y las que son objeto de nuestro análisis: la expropiación por zonas o grupos de bienes; la expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones; y la expropiación por razones de defensa nacional y de seguridad del Estado.

5. PAREJO ALFONSO, L. (Coord.), JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Parte General, 5.ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1998, p. 682.

6. BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo*, Tomo 2, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 689 a 691.

7. BERMEJO VERA, J., “Las potestades administrativas específicas”, en *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 7.ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 107 y 116.

### 3. Procedimientos especiales

#### 3.1. De la expropiación por zonas o grupos de bienes (artículos 59 a 70 LEF y artículos 75 a 86 REF)

Como acertadamente señala el profesor Tomás Ramón Fernández<sup>8</sup>, el concepto material de expropiación forzosa consagrado en el artículo 1 LEF, y la cláusula general de responsabilidad patrimonial que establece su artículo 121, son puntos capitales del ordenamiento vigente, en cuanto configuran con absoluta plenitud una cobertura patrimonial general de los administrados frente a la actuación dañosa de la Administración, garantizando un justo equilibrio entre el interés público y los intereses particulares. A partir de estas premisas se regula en esta Ley un procedimiento especial por zonas o grupos de bienes, para el que comienza el artículo 59 LEF estableciendo que “cuando la Administración tenga que expropiar grandes zonas territoriales o series de bienes susceptibles de una consideración de conjunto, el Consejo de Ministros podrá acordar, mediante decreto, la aplicación del procedimiento expropiatorio especial regulado en este capítulo”. No se debe olvidar que al establecer el artículo 86 REF que “serán aplicables a los expedientes tramitados por este procedimiento especial las disposiciones generales de la Ley y de este Reglamento sobre garantías jurisdiccionales, responsabilidad por demora, reversión, beneficiarios de la expropiación y pago y toma de posesión de los bienes expropiados”, las especialidades de este procedimiento afectan a las garantías generales, como manifestó la STS de 26 de noviembre de 1979, al anular la denegación de una Confederación Hidrográfica relativa a la reversión de la expropiación de terrenos en base al procedimiento por zonas.

Con carácter general dispone el artículo 10 LEF: “La utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, provincia y municipio. En los demás casos en que por ley se haya declarado genéricamente la utilidad pública, su reconocimiento en cada caso concreto deberá hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros, salvo que para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones las leyes que las regulan

hubieren dispuesto otra cosa”. Señalándose en el artículo 60 LEF que, “por el acuerdo del Consejo de Ministros a que se refiere el artículo anterior, se entenderá cumplido el trámite de declaración de la necesidad de la ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados según el proyecto y replanteo aprobados, y los reformados posteriores”, y reconociendo el artículo 76 REF que “el acuerdo del Consejo de Ministros, a que se refiere el artículo anterior, llevará implícita la declaración de la necesidad de la ocupación de los bienes afectados por dicho proyecto y sus reformas posteriores”.

Para la figura del justiprecio, se reconoce en el artículo 61 LEF que, “a efectos del justiprecio, la Administración formulará un proyecto de clasificación de las zonas o clases de bienes a expropiar en polígonos o grupos determinados, según la diferente naturaleza económica de los mismos, asignando precios máximos y mínimos de valoración para cada uno de estos polígonos o grupos así distinguidos, con módulos de aplicación en su caso”. Para esta operación de fijación del justo precio tendremos que conectarlo con los criterios valorativos determinados en el TRLS 2/2008, sabiendo que la clasificación de los terrenos o grupos de bienes parte de la diferente naturaleza económica de los mismos en los términos del artículo 77.1 REF: “En la formulación del proyecto de clasificación de los terrenos o grupos de bienes a que se refiere el artículo 61 de la Ley, se tendrán en cuenta, además de su naturaleza económica, la situación, calidad o clase de los terrenos o de los bienes, su producción, cultivos, rendimiento, valor en venta, riqueza imponible, cuota de contribución que les corresponda y demás características que les sean homogéneas”. Cuestión fundamental, pues, en los procedimientos expropiatorios, es la determinación del valor del bien expropiado. Para lo que debemos acudir, como decimos, al TRLS 2/2008, cuyo artículo 21.1.b) dispone que las valoraciones del suelo, las instalaciones, construcciones y edificaciones, y los derechos constituidos sobre o en relación con ellos, se rigen por lo dispuesto en esa Ley cuando tengan por objeto la fijación del justiprecio en la expropiación, cualquiera que sea la finalidad de esta y la legislación que la motive. Resultando que las valoraciones urbanísticas son un elemento necesariamente unido, apunta Castelao Rodríguez<sup>9</sup>, al régimen urbanístico de la

8. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 67, 1972, p. 149.

9. SANTOS DÍAZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, 7.ª edición, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2008, p. 275.

propiedad del suelo, por cuanto es el elemento que determina su contenido económico así como el límite de la garantía constitucional del derecho de propiedad, como es el justiprecio de las valoraciones expropiatorias (artículo 33.3 CE) según la jurisprudencia, el valor real del bien indemnizable no es sin más el valor de mercado, sino más bien el valor objetivo del bien o derecho, establecido en términos de equidad y mediante el empleo de criterios estimativos o excluyentes, es decir el valor que permita mantener el patrimonio del expropiado, tanto sin menoscabo injusto como sin enriquecimiento injusto (SSTS de 18 de marzo de 1982, 18 de abril de 1989 y 18 de febrero de 1992). En el campo de la expropiación, señala la STS de 20 de diciembre de 2012, para configurar la *causa expropriandi* se opera con dos nociones, la de "utilidad pública" y la de "interés social". En la primera encajarían, señala el profesor García de Enterría<sup>10</sup>, los supuestos derivados del funcionamiento de las Administraciones (de sus obras y servicios) o de sus concesionarios, mientras que en la del interés social se incluirían aquellos supuestos en que se da un interés prevalente al individual del propietario, distinto del supuesto de utilidad pública, referido a operaciones de conformación o transformación social, que puede implicar también que el beneficiario sea eventualmente un ente público aunque ya por razón diversa de su funcionamiento objetivo, y que incluye con normalidad la hipótesis de beneficiarios privados que no estén en posición de concesionarios de la Administración. Especificándose por la jurisprudencia (SSTS de 28 de abril y 6 de julio de 1959) que no cabe constreñir el concepto de lo que deba entenderse por "interés directo" solo cuando nazca de un derecho perfecto, pues implicaría confundir los términos "interés" y "derecho", gramatical y jurídicamente diferenciados<sup>11</sup>. Además, a efectos de la valoración del suelo de fincas expropiadas, en ningún caso se puede atribuir a estas unas condiciones urbanísticas que no sean aquellas que vienen establecidas por los instrumentos de planeamiento vigentes en el momento de iniciarse el expediente expropiatorio (STS de 10 de junio de 1996).

Sabiendo además que, según la STS de 26 de octubre de 2005, la aplicación del método residual fundado en valores de mercado ha de apoyarse en la acredi-

tación de la certeza y seguridad de los mismos, de manera que lleve al convencimiento del Tribunal sobre su realidad, y que su aplicación conduzca a un resultado adecuado para reponer el sacrificio patrimonial que la expropiación supone en los términos legalmente establecidos, y no a resultados desproporcionados, de ahí que se ponga en relación con los supuestos en que la consolidación urbana y el consiguiente desarrollo del mercado permitan una apreciación cierta y segura de los valores por los que aquel discurre. La conexión del régimen establecido en el TRLS 2/2008 y la regulación expropiatoria a efectos valorativos, la encontramos igualmente en la Disposición Adicional quinta de dicho TRLS 2/2008, que modificó el artículo 43.2 LEF, quedando redactado en estos términos:

"El régimen estimativo a que se refiere el párrafo anterior:

"a) No será en ningún caso de aplicación a las expropiaciones de bienes inmuebles, para la fijación de cuyo justiprecio se estará exclusivamente al sistema de valoración previsto en la Ley que regule la valoración del suelo.

"b) Solo será de aplicación a las expropiaciones de bienes muebles cuando estos no tengan criterio particular de valoración señalado por leyes especiales".

Se ha de concluir que los sistemas de valoración de los inmuebles sujetos a proyecto no pueden quedar condicionados por los criterios valorativos establecidos en él, sino que derivarán, de modo directo, de lo previsto en las leyes aplicables en cada caso, siendo en el procedimiento expropiatorio donde habrá de fijarse la valoración con referencia a la legislación aplicable. Naturalmente, los jurados de expropiación forzosa no pueden quedar vinculados, a la hora de determinar el avalúo procedente para la expropiación de los inmuebles, por los criterios de valoración de un documento anejo a un proyecto que tiene valor meramente indicativo, y tampoco puede quedar condicionada por esa valoración la facultad de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos a la hora de realizar su función de control de legalidad de las resoluciones de los jurados de expropiación (sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2011).

Asimismo, es garantía del expropiado el cumplimiento del principio de información pública, en el

10. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 4.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 233.

11. NAVARRO PÉREZ, J. L., *Expropiación forzosa. Comentarios, jurisprudencia y textos positivos complementarios*, Ed. Comares, Granada, 1991, p. 169.

plazo de un mes, reconocido específicamente en el artículo 62 LEF, mediante edictos en el Boletín Oficial de la provincia donde radican los bienes, y, el extracto, en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de la capital de la misma provincia, si los hubiera, junto a una notificación de este proyecto a los ayuntamientos y entidades corporativas y sindicales con jurisdicción sobre las zonas e intereses afectados (STSJ de Galicia de 29 de mayo de 2002). Requisito procedimental de información pública previsto en el artículo 86.1 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), al disponer respectivamente que “El órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de este lo requiera, podrá acordar un período de información pública”, y “La incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento. La comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado. No obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales”. La previsión de este artículo 86.3 LRJPAC, que encontramos igualmente en el artículo 34.9 del Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras, lleva a la Audiencia Nacional (sentencia de 4 de abril de 2011) a concluir que el precepto prevé la posibilidad de que la Administración dé una respuesta común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales, sin que de ello se derive indefensión para quienes hayan formulado alegaciones. Y en cuanto a las cuestiones de carácter particular, relacionadas con la calificación y criterios de valoración de fincas, será necesario que se haya iniciado el procedimiento expropiatorio para que las alegaciones a la alternativa particular a la expropiación puedan tener virtualidad, habilitándose reclamaciones, aunque delimitadas según el artículo 63 LEF, “por lo que hace a la clasificación en polígonos o grupos. Sobre los precios máximos y mínimos únicamente estarán legitimados para reclamar los que sean titulares directos de los bienes o intereses

expropiables según el Título I de esta Ley”. De no existir, en el plazo de información pública, reclamaciones, dispone el artículo 64 LEF que “la Administración elevará el proyecto de precios máximos y mínimos a acuerdo definitivo, que será firme a todos los efectos”. Considerándose por el profesor Escuin Palop<sup>12</sup> que el origen del precepto son las expropiaciones urbanísticas efectuadas por el procedimiento de tasación conjunta (artículo 202 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana), y que analizando el contenido del artículo 80 REF, que establece que “si no se presenta reclamación contra el proyecto de precios máximos y mínimos durante la información pública, la Administración lo elevará a definitivo mediante acuerdo, que no será susceptible de recurso alguno”, esta regla contradice la regulación sobre información pública prevista en el artículo 86.3 LRJPAC, que determina que la incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento y el criterio jurisprudencial (SSTS de 18 de octubre de 2002 y 31 de enero de 1990) para el supuesto de la no elaboración de las hojas de aprecio por el expropiado.

Además, si las reclamaciones se refieren a la clasificación de los bienes a expropiar en polígonos o grupos, según el artículo 65 LEF “serán consideradas por la Administración antes de tomar acuerdo definitivo sobre este extremo, que deberá recaer antes del mes siguiente al cierre de la información y que será firme a todos los efectos”. Disponiendo el artículo 34 LEF que “el Jurado de Expropiación, a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la Administración decidirá ejecutoriamente sobre el justo precio que corresponda a los bienes o derechos objeto de la expropiación”, lo que llevó a la STS de 21 de diciembre de 2007 a considerar que el Jurado incurrió en un error de derecho, al valorar los terrenos expropiados sin atender a la fecha en que se inició el expediente de justiprecio. Para el artículo 66 LEF, “las reclamaciones sobre los precios máximos y mínimos darán lugar a la formulación de una hoja de aprecio definitivo por parte de la Administración sobre los precios controvertidos, la cual, notificada al reclamante, podrá rechazarse

12. ESCUÍN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 704.

por él lisa y llanamente dentro de los diez días siguientes”, apuntando el profesor Tomás Ramón Fernández<sup>13</sup> que el justiprecio es lo único que el expropiado puede discutir, su única garantía, así como la única preocupación de la Administración, lo que explica que la Ley de Expropiación Forzosa sea ya también la única de las grandes leyes administrativas preconstitucionales que queda en pie pese a su antigüedad, y que los intentos de reforma de la misma e, incluso, las rectificaciones parciales de que ha sido objeto en los últimos años, hayan girado en torno a este asunto, que es, repito, concluye el profesor, el único que incomoda a la Administración, el único que esta no controla ni puede manejar a su gusto.

La intervención del Jurado Provincial de Expropiación se encuentra regulada en los artículos 67 y 126 LEF, al disponerse en el 67 LEF que “si el reclamante rechazara la hoja de aprecio de la Administración, se pasará el expediente al Jurado Provincial de Expropiación, que fijará definitivamente los precios máximos y mínimos controvertidos. Contra este acuerdo podrá reclamarse en vía contenciosa en los términos comunes del artículo 126”. Este reconoce que: “Contra la resolución administrativa que ponga fin al expediente de expropiación o a cualquiera de las piezas separadas, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo, con excepción del caso previsto en el número tercero del artículo 22. 2. Asimismo ambas partes podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que sobre el justo precio se adopten. En este caso el recurso deberá fundarse en lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en trámite oportuno. 3. En todo caso, el recurso podrá fundarse en vicio sustancial de forma o en la violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente Ley. 4. Se considerarán de turno preferente los recursos comprendidos en este artículo”. Y sin olvidar que una cosa es inaplicar un determinado método valorativo en vulneración de la normativa del suelo, y otra bien distinta la imposibilidad de aplicación del método previsto por la Ley en atención a sus presupuestos reglamentariamente previstos (STS de 26 de julio de 2012). Sobre los efectos de los acuerdos de este Jurado de Expropiación que cifran el justiprecio, estos no son susceptibles de

suspensión (STS de 9 de marzo de 2009). Esta tajante afirmación se explica por su especial naturaleza, pues se trata de decisiones que se agotan en su propia función tasadora. No quiere decirse con ello que carezcan de fuerza ejecutiva, sino que su ejecutividad se concreta en los efectos que la legislación sectorial les anuda. Una vez determinado, el justiprecio debe ser pagado por el beneficiario (artículos 48.1 y 52.7 LEF), pues, en caso contrario, en orden a determinar a qué Administración será imputable el abono de los intereses moratorios, existe a este respecto una constante jurisprudencia (SSTS de 5 de febrero de 1996, 3 de marzo de 1997 y 18 de octubre de 2000), partidaria de que la responsabilidad por demora exigida en el artículo 72.1 REF se impute al causante de la misma, ya sea la Administración expropiante, el beneficiario o el Jurado Provincial de Expropiación, matizando así el principio general consagrado en el artículo 56 LEF, que atribuye a la Administración expropiante, culpable de la demora, la obligación de pagar al expropiado una indemnización, que consistirá en el interés legal del justo precio. Además, según la STS de 3 de abril de 2000, la imputación del pago de intereses de demora se realizará en atención a quien sea el imputable de la demora del pago del justo precio, es decir, la Administración expropiante, el beneficiario de la expropiación o el propio Jurado de Expropiación, atendidos los distintos estadios o fases del procedimiento de justiprecio. De manera que, siguiendo el artículo 72.2 REF, la responsabilidad, según la STS de 23 de mayo de 2000, recae sobre el Jurado de Expropiación cuando a este sea atribuible la tardanza en la parte correspondiente.

De no aparecer diferencias o desavenencias sobre estos precios máximos y mínimos, establece el artículo 68 LEF que serán acordados como firmes por la Administración. Especificándose por López-Muñoz Goñi<sup>14</sup> que la existencia de un cuadro que facilite la valoración de los concretos bienes o derechos expropiados, no excluye que pueda haber discrepancia en la aplicación del mismo, lo que ratifica la plena vigencia del procedimiento general de determinación del justiprecio mediante un convenio expropiatorio, según el artículo 24 LEF, que establece que “la Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquella libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso,

13. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio”, *Revista de Administración Pública*, núm. 166, enero-abril 2005, p. 15.

14. LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M., *Expropiación forzosa. El justiprecio. Guía práctica y jurisprudencia*, Ed. Colex, Madrid, 1997.

una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. En caso de que en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo se seguirá el procedimiento que se establece en los artículos siguientes, sin perjuicio de que en cualquier estado posterior de su tramitación puedan ambas partes llegar a dicho mutuo acuerdo". Sobre la naturaleza del convenio expropiatorio, es criterio jurisprudencial (SSTS de 22 de marzo y de 30 de abril de 1999) que estamos ante un acto administrativo específico que pone fin al expediente de conformidad con dicho artículo 24 LEF, y por ello, una vez producida la aceptación, no es posible la revocación o modificación unilateral, por cuanto, como tal negocio jurídico, es un acto administrativo regido por su normativa específica; asimismo, la Administración no puede desligarse del convenio ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público e impugnándolo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por su parte, la STS de 2 de marzo de 2004 rechazó la naturaleza de negocio jurídico bilateral de carácter privado, señalando que, por tratarse de la determinación del extremo referido al justo precio de la expropiación y no de un negocio jurídico de carácter civil que, *ab initio*, no deriva de la voluntad bilateral de las partes, como en los contratos sucede, le es de aplicación el artículo 24 LEF. Mientras que, siguiendo el artículo 69 LEF: "fijados definitivamente los precios máximos y mínimos con sus correspondientes módulos de aplicación, serán preceptivos para la valoración de las fincas o bienes comprendidos en los polígonos o grupos respectivos. Únicamente serán admisibles diferencias entre las partes en cuanto a su aplicación, que se llevará a cabo por el mismo procedimiento establecido por los artículos 26 y siguientes de esta Ley". Precepto 26 según el cual "la fijación del justo precio se tramitará como pieza separada, encabezada por la exacta descripción del bien concreto que haya de expropiarse. A tal fin se abrirá un expediente individual a cada uno de los propietarios de bienes expropiables. El expediente será único en los casos en que el objeto de la expropiación pertenezca en comunidad a varias personas, o cuando varios bienes constituyan una unidad económica". Y sin perjuicio de que, según la STS de 4 de octubre de 1969, no pueda someterse a un solo expediente de justiprecio la expropiación de una pluralidad de fincas, ni la acumulación de expedientes por

razón del propietario (STS de 29 de octubre de 1968), así como que los derechos de la propiedad y los arrendaticios sobre un mismo bien no pueden coincidir en un solo expediente (STS de 10 de octubre de 1983).

Esta expropiación, por tanto, comporta, a efectos del justiprecio, que la Administración formulará un proyecto de clasificación de las zonas o clases de bienes a expropiar en polígonos o grupos determinados, asignando precios máximos y mínimos de valoración para estos polígonos o grupos [SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de julio de 2003, 30 de abril de 2003, 7 de julio de 2003, 21 de abril de 2008 y 20 de mayo de 2008]. No obstante, cuando se trate de proyectos expropiatorios seguidos por el sistema de tasación conjunta, el momento de referencia para la valoración habrá de ser el de exposición al público del proyecto de expropiación (STS de 8 de julio de 2011).

Es además criterio jurisprudencial aquel que determinó la existencia de una vinculación de este procedimiento especial de la expropiación por zonas con la legislación sobre Reforma Agraria, a raíz del artículo 113 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (SSTS de 2 de mayo de 1988 y de 12 de abril de 1989). Procedimiento que, según el profesor Escuin Palop<sup>15</sup>, limita normalmente su utilización a la realización de grandes obras de infraestructura, caso de la construcción de presas (Riaño o Gabriel y Galán, en Cáceres) o la transformación de amplias extensiones de terreno, como la de Genil-Cabrera. Como ha puesto de relieve la doctrina actual, señala el profesor Villar Palasi<sup>16</sup>, y se ha visto con anterioridad, la tesis de la privación singular no es, en definitiva, un criterio esencial de la expropiación forzosa, ya que puede darse efectiva expropiación por vía general. Sin embargo, hay otra serie de diferencias entre las formas expropiatorias y las técnicas de las transferencias forzadas, diferencias que, por otra parte, vienen a confirmar una vez más la quiebra de la doctrina de la privación singular.

### 3.2. El traslado de poblaciones y la expropiación forzosa (artículos 86 a 96 LEF y artículos 104 a 118 REF)

Partiendo de que el interés social no es equivalente a mero interés urbanístico, sino que es un concepto más

15. ESCUÍN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, op. cit., p. 697.

16. VILLAR PALASI, J. L., "Justo precio y transferencias coactivas", *Revista de Administración Pública*, núm. 18, 1955, p. 24.

restringido, el artículo 1.1 CE, que define nuestro Estado como un Estado social, en relación con el artículo 9.2 de la misma, puede darnos una idea de lo que sea el concepto más modesto de uso de interés social, como aquel que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, o a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (STS de 31 de octubre de 2001); reflexión que, trasladada al objeto de nuestro análisis como es el procedimiento expropiatorio especial que dé lugar al traslado de poblaciones, nos lleva a que disponga el artículo 86 LEF que “cuando fue preciso expropiar las tierras que sirvan de base principal de sustento a todas o a la mayor parte de las familias de un municipio o de una entidad local menor, el Consejo de Ministros acordará, de oficio o a instancia de las corporaciones públicas interesadas, el traslado de la población. Los preceptos del presente capítulo serán de aplicación en los casos de expropiación de instalaciones industriales, siempre que concurran las circunstancias que en este artículo se requieren”. Procedimiento especial que en relación con la figura de la reversión llevó a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de mayo y 30 de junio de 2001, 7 de julio de 2003 y 16 de mayo de 2008 a que una pretendida pretensión de reversión no puede prosperar toda vez que el Tribunal Supremo ha señalado (SSTS de 25 de mayo de 1981, 13 de marzo de 1992, 29 de marzo de 1996 y 3 de julio de 2001) que la procedencia de reversión queda excluida en los casos en que se aplica el procedimiento de traslado de poblaciones, respecto a las fincas o inmuebles de no necesaria ocupación a los que se extendió aquella, por no haber sido excluidos, por acto de voluntad de los expropiados y conforme al artículo 87 LEF. Explícitamente señaló la citada STS de 29 de marzo de 1996 que en el seno de la Ley de Expropiación Forzosa se encuentran modalidades expropiatorias en las que se elimina, bien de forma explícita, bien implícitamente como ha entendido la jurisprudencia, la garantía de reversión. Muestra de este criterio legislativo la constituyen:

a) En la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, los artículos 74 y 75 de la Ley.

b) La expropiación que comprenda bienes necesarios para previsibles ampliaciones, a tenor del artículo 15.2 del Reglamento.

c) La expropiación parcial de fincas rústicas o urbanas hecha extensión al resto no expropiado como con-

secuencia del artículo 23 de la Ley, es decir, la denominada expropiación total, en cuyo caso no se admite el derecho reversional con relación al resto incluido en la ocupación material.

d) La expropiación que da lugar al traslado de poblaciones, cuando, con base en el artículo 87 de la Ley de Expropiación, se extienda a la totalidad de los inmuebles sitios en el territorio de la entidad local afectada, tal y como se reconocía en la sentencia de la antigua Sala Quinta de este Tribunal de 25 de mayo de 1981, según la cual la procedencia de la reversión queda excluida en los casos de expropiación en que se aplica el procedimiento de traslado de población, respecto de las fincas o inmuebles de no necesaria ocupación a los que se extendió aquella, por no haber sido excluidos, por un acto de voluntad de los expropiados. De esta forma ha de señalarse que, al haberse aplicado en este caso el procedimiento especial expropiatorio de traslado de poblaciones a parte del procedimiento también especial de la expropiación por zonas o grupos de bienes, y no haberse solicitado en su momento por la parte demandante la exclusión de los bienes que no eran de necesaria ocupación, ha de desestimarse, como se ha dicho, la pretensión de reversión de la demandante.

Por tanto en el artículo 33.1 CE son propiedad protegida, en principio, las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial; añadiéndose con la STS de 3 junio de 1999 que la procedencia de la reversión queda excluida, como ya hemos señalado, en los casos de expropiación en que se aplica el procedimiento de traslado de poblaciones, respecto de las fincas o inmuebles de no necesaria ocupación a los que se extendió aquella, por no haber sido excluidos, por acto de voluntad de los expropiados; lo que, sin embargo, debe complementarse con la referencia específica a la STS de 25 de mayo de 1981, emitida en el mismo sentido, en la que se introduce un importante matiz, con cita de dos sentencias anteriores (SSTS de 26 de septiembre de 1979 y de 6 de febrero de 1980), como es la necesaria distinción entre terrenos expropiados en virtud del artículo 87 LEF y aquellos afectados por las obras generales determinantes de la expropiación (construcción de un embalse), pero declarados de necesaria y concreta ocupación, supuestos en los que se reconoce la posibilidad de reversión cumplidos los requisitos del artículo 54 de la citada Ley. De acuerdo con esta jurisprudencia deberán diferenciarse el procedimiento especial de traslado de poblaciones y el procedimiento expropiatorio ordinario.

Por lo que se refiere al acuerdo del Consejo de Ministros, el profesor Pera Verdaguer<sup>17</sup> apuntó que no supone una decisión obligatoria y coactiva para que toda la población deba cambiar de residencia, sino que se trata de un acuerdo que posibilita la aplicación del procedimiento especial tendente a favorecer a personas afectadas, y no a imponerles cargas innecesarias. Por su parte la STS de 24 de marzo de 1986 aplicó este precepto en una expropiación que afectó no solo a un número determinado de parcelas, sino también a la mayor parte o totalidad de las tierras y explotaciones agrícolas, incluidas casas y anejos que ocupaban un número de familias, lo que originó un éxodo de la población, por lo que el supuesto enjuiciado se acomoda en su esencial formulación a la situación descrita por el artículo 86 LEF, que origina la aplicación del procedimiento expropiatorio especial de traslado de poblaciones, habida cuenta de que la alusión que dicho precepto hace a entidades locales menores se extendió, por el Decreto 61/1960, de 14 de enero, a los núcleos separados de población con la denominación de parroquias, lugares, aldeas, etc., lo que cuadra con la situación de población diseminada propia de la región en que se produce esta expropiación, y resulta también pertinente la indemnizabilidad de tales perjuicios en cuanto conectados directamente a la operación expropiatoria para, de tal modo, cubrir con la adecuada garantía patrimonial una hipótesis encajable en el amplio concepto que el instituto expropiatorio da al artículo 1 LEF, al delimitar “la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 33.3 de la Constitución, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”. Fijándose por el artículo 105 REF que “el expediente de expropiación se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en la Ley, y se extenderá no solo a las tierras de necesaria ocupación, sino a la totalidad de los bienes inmuebles sitos en el territorio de la enti-

dad afectada, excepto aquellos en que sus dueños soliciten la exclusión al ser requeridos para la presentación de la hoja de aprecio”, nos permite mencionar que, de acuerdo con el profesor Rodríguez de Santiago<sup>18</sup>, propiedad no significa en el artículo 33.1 CE derecho real que atribuye “el señorío abstracto y unitario sobre la cosa” (artículo 348 CC), por cuanto la propiedad no significa en la Constitución ni siquiera (solo) derecho real; ni siquiera (solo) derecho oponible en el tráfico jurídico privado.

La causa esencial de las indemnizaciones por estos perjuicios indirectos, radica, tal como expresa el artículo 86 LEF, en que los titulares de un determinado municipio o entidad local se ven privados, por la expropiación, de las tierras -o negocios- que sirven de base principal de sustento a los mismos y sus familias, lo que objetiva y normalmente motiva el traslado de tal población, puntualizando los artículos 88 y 89 los conceptos indemnizables, para cuya efectividad naturalmente se requiere la cualidad de vecino del municipio afectado, ordinariamente, por la realización de una obra pública de estimable envergadura. Pero, claro es, especificando la STS de 26 de enero de 1990 que, dada la finalidad de los antes citados preceptos, la condición de vecino ha de ir referida al término municipal donde está ubicada la tierra o explotación expropiada, desarrollando el titular usualmente su actividad de gestión o laboreo desde el lugar o domicilio vecinal, cuya permanencia en el mismo tiene su razón de ser básica en la explotación que le sirve de sustento o medio de satisfacción de sus necesidades económicas, de tal modo que la privación de la base física de la explotación agrícola o mercantil, producida con la expropiación, prive de razón lógica la permanencia del afectado en su lugar de residencia.

Debiendo respetarse siempre el principio de proporcionalidad que señala la profesora Jiménez Horwitz<sup>19</sup>, todo ello significa un doble juicio sobre la utilidad pública de la expropiación: en primer lugar, se valora propiamente si la utilidad pública se realiza en el caso particular, y a continuación, superado este escallón, se decide si el equilibrio entre el interés privado y el interés general ha sido efectivamente salvaguarda-

17. PERA VERDAGUER, F., *Expropiación forzosa*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 542.

18. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 177, septiembre-diciembre 2008, p. 168.

19. JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex-rey de Grecia y otros c. Grecia)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre 2001, p. 258.

do. Más aún en términos de nuestra organización territorial conformada en la Constitución, por cuanto<sup>20</sup> la pluralidad y diversidad de la comunidad nacional se manifiesta y articula, entre otros extremos, a través de los diversos grupos en que los individuos que la componen se integran (artículo 9.2 CE). Algunos de esos grupos, de base territorial, son institucionalizados por la Constitución y articulados como piezas clave de organización, estructuración y articulación de la comunidad política. Entre los grupos conformados sobre una base territorial institucionalizados por la norma fundamental como instancias no tan solo esenciales, sino obligatorias de integración colectiva, figuran como es bien conocido las municipalidades y las provincias.

Dispone el artículo 87 LEF que “la expropiación se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, y se entenderá no solo a las tierras de necesaria ocupación, sino a la totalidad de los bienes inmuebles que estén sitos en el territorio de la entidad afectada, salvo que los interesados soliciten que la expropiación se limite a aquellas”. Cabe recordar que el artículo 26 LEF dice que cada bien expropiado o grupo de bienes que constituya una unidad económica debe ser objeto de un expediente individualizado, a efectos de la determinación del justiprecio. Resultando según STS de 17 de octubre de 2011 que un expediente individualizado es aquel que, atendidas todas las circunstancias relevantes, permite hallar el valor de un determinado bien, no una conjetura basada en el recuerdo de casos similares, por acertada que a posteriori pueda acabar siendo. Si bien, siguiendo la STSJ de Andalucía de 25 de junio de 2007, ninguna razón tiene la delimitación de polígono alguno cuando la expropiación va dirigida exclusivamente contra un inmueble. Afirmándose en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de mayo de 2008 que, constando que fuera voluntariamente admitido por un causahabiente después de haber dado su conformidad a la inclusión de la expropiación de un inmueble y a la venta de un inmueble que enajenó voluntariamente, recibiendo de conformidad y sin reparo alguno el justiprecio estipulado de mutuo acuerdo al tratarse de venta voluntaria del inmueble, no podrá considerarse nacido a favor del transmitente el derecho de reversión cuando efectúa la venta, pues este derecho, en los términos en que viene reconocido en el artículo 54 LEF, nace cuando la venta

tiene lugar de modo forzoso, no cuando se enajena voluntariamente.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la exclusión de la reversión en los casos de expropiación en que se aplica el procedimiento de traslado de población, respecto a las fincas o inmuebles de no necesaria ocupación a los que se extendió aquella, llevó a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de noviembre de 2000 a que frente a ello no cabe oponer argumentos tales como el de ausencia o imposibilidad de otra opción, puesto que no oponerse o no interesar la exclusión de determinada finca del aludido procedimiento ya implica el ejercicio de una opción, aunque esta pudiese no ser todo lo deseable o satisfactoria para los intereses personales del demandante; tampoco el de cambio de proyecto, pues además de ser una afirmación no probada, las fincas así expropiadas no eran necesarias para la construcción del embalse, resultando irrelevantes por ello los pretendidos cambios de proyecto, y, por último, la invocación de la expropiación de los restos de finca por resultar antieconómicos (artículo 23 LEF), pues no fue este el presupuesto de la expropiación que lleva a la privación de una finca, sino el de traslado de población. El precepto 23 LEF establece: “Cuando la expropiación implique solo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, de tal modo que a consecuencia de aquella resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, podrá este solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca, debiendo decidirse sobre ello en el plazo de diez días. Dicha resolución es susceptible del recurso de alzada previsto en el artículo anterior, y no se dará el recurso contencioso-administrativo, estándose a lo dispuesto en el artículo 46”. Los artículos 87 y 23 LEF, en opinión del profesor Escuin Palop<sup>21</sup>, permiten la expropiación de bienes sin existir previamente utilidad pública o interés social en la misma, ya que queda justificada por la existencia de circunstancias que determinan el carácter antieconómico del mantenimiento de unos bienes no expropiados.

Se reconoce a los vecinos afectados por esta expropiación una indemnización en el artículo 88 LEF, “por los perjuicios que les ocasione el traslado y a ser instalados en una porción de terreno de características similares al territorio de la entidad afectada”. Entre los que

20. CUCHILLO FOIX, M., “Gobierno local, Administración local y potestad normativa de los entes locales”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003, p. 179.

21. ESCUÍN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, op. cit., p. 766.

la Ley reconoce “el cambio forzoso de residencia (gastos de viaje por traslado familiar, transportes de ajuar y elementos de trabajo y jornales perdidos durante el tiempo a invertir en los referidos transportes), la reducción del patrimonio familiar, referida a las bajas en la producción agropecuaria por mermas de la superficie personalmente aprovechada en los aspectos de propiedad, arrendamiento y derecho de disfrute de terrenos comunales por razón de vecindad y los quebrantos por interrupción de actividades profesionales, comerciales y manuales ejercidas personalmente por el interesado en el lugar de su residencia” (artículo 89 LEF). A lo que cabe añadir que el criterio que emplea el artículo aplicado a los vecinos que reciben beneficios de este procedimiento según la jurisprudencia (SSTS de 27 de noviembre y 19 de julio de 1990) es el de la residencia efectiva.

Así, según la STS 161/2013, de 21 de enero, el acuerdo del Consejo de Ministros que admite el procedimiento especial de la expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones es de aplicación, de conformidad con el artículo 86 LEF, en supuestos en que sea preciso expropiar “las tierras que sirvan de base principal de sustento a todas o a la mayor parte de las familias de un municipio”, como ocurre en las obras hidráulicas, y, de conformidad con el artículo 88 LEF, comprendiendo indemnizaciones por los perjuicios que ocasione el traslado a los vecinos de la entidad local. Reconociéndose por el Tribunal Supremo, en STS de 21 de enero de 2013, que la caducidad de la concesión del aprovechamiento hidroeléctrico no da derecho al expropiado a ser indemnizado de nuevo, sino, en su caso, a solicitar la reversión de los bienes expropiados. Permitiéndose en la jurisprudencia (SSTS de 20 de marzo de 1973, 25 de octubre de 1972 y 27 de mayo de 1981) la compatibilidad de los perjuicios causados con cualquier otra indemnización que a estos titulares pudiera corresponderles. Así que entendiera la STS de 9 de diciembre de 1992 que estas indemnizaciones solo pueden concederse cuando el expropiado continúa su actividad después de realizada la expropiación, si bien en el supuesto de que los perjuicios invocados sean un efecto de la expropiación singular de la finca, expropiación que lleva consigo el cese en la actividad de cultivo, los mismos deben ser indemnizados en el expediente tramitado conforme a las normas de carácter general

de expropiación forzosa. En suma, no existiendo prueba del traslado de la actividad o de la continuación de la misma en otros terrenos, con la consiguiente merma de la superficie aprovechada, procedería denegar las peticiones de indemnización basadas en los repetidos apartados b) y c) del artículo 89 LEF.

En definitiva, señalando la precisión del profesor Cosculluela Montaner<sup>22</sup> en el sentido de que el contenido concreto del derecho de propiedad se define según cada tipo de propiedad por las leyes, y resultando incorrecta su conceptualización como derecho debilitado, ello nos lleva a relacionar esta función social con la subordinación de toda la riqueza del país al interés general, prevista en el artículo 128.1 CE, y con el carácter de Estado social del artículo 1 CE, que, relacionado con nuestro procedimiento especial de expropiación, resulta de ello que estamos, según el profesor Chalud Lillo<sup>23</sup>, ante una enumeración limitativa y excluyente, de manera que no cabrá ningún otro concepto distinto de los especificados en el artículo 89 LEF. La declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de urgencia para las obras de explotación, a cielo abierto, de los yacimientos de lignito de los términos municipales de As Pontes de García Rodríguez y Capela a favor de ENDESA, dio lugar a varios expedientes de justiprecio que motivaron, entre otras, las SSTS de 10 de noviembre de 1980, 18 de octubre de 1984 y 11 de marzo de 1986, en las que el Tribunal Supremo reconoció que se habían producido circunstancias especiales en estas expropiaciones, al generarse un traslado y desplazamiento de familias que habitaban allí, debiendo aplicarse el procedimiento que analizamos del artículo 86 LEF y sus daños cubiertos en los términos del artículo 43 LEF, englobando en el justiprecio tales conceptos.

“Fijados los tipos de indemnización -delimita el artículo 91 LEF-, se anunciará por el gobernador civil -actual delegado de Gobierno- o autoridad competente en cada caso, y en la forma prevista en el artículo 18, que los interesados, en un plazo de quince días, podrán solicitar la indemnización a que crean tener derecho, precisando las circunstancias de hecho en que se fundan”. Plazo de quince días que por las especialidades del procedimiento, la brevedad del plazo, la importancia del mismo, la complejidad de estas expropiaciones y la urgencia de atender a los afectados, hace que no sea de caducidad de los derechos ni de prescripción

22. COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 6.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 445.

23. CHALUD LILLO, E., “La expropiación que da lugar al traslado de poblaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 55, p. 320.

de las acciones administrativas o judiciales para ejercerlos si no se dispone expresamente por la ley o se deduce de su naturaleza (STS de 21 de febrero de 1997). Mientras que en el artículo 92 LEF se reconoce que “presentadas las solicitudes previstas en el artículo anterior, se fijará la indemnización abonable a cada interesado. Contra el acuerdo que al efecto se adopte se podrá reclamar en el plazo de quince días, contados desde el siguiente a la notificación del acuerdo, ante el Jurado Provincial de Expropiación, cuando se hayan aplicado indebidamente los tipos aprobados por el Consejo de Ministros”. Es perfectamente conocida la presunción de legalidad y acierto de que gozan los acuerdos de los jurados de expropiación forzosa, pero tal presunción no obliga a confirmar unos resultados valorativos para cuya determinación se ha aplicado indebidamente la ley. Otra cosa es que el resultado valorativo, aun utilizándose criterios legales erróneos, sea acertado (STS de 21 de diciembre de 2011). Y por lo que se refiere al coeficiente aplicado por este Jurado de Expropiación Forzosa, no debemos olvidar que este goza de una presunción de certeza y acierto en sus resoluciones que si bien es *iuris tantum* necesita de prueba en contra que la desvirtúe, lo que no acontece cuando un demandante se limita a manifestar su disconformidad con el estado de conservación, pero sin aportar prueba alguna que nos incline a considerar errónea la apreciación del Jurado, sin que lleve a cabo prueba alguna en el proceso tendente a acreditar dicho error del Jurado en sus criterios de valoración (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de junio de 2007). Según STS de 21 de junio de 1986, para fijar las indemnizaciones concretas abonables a cada perjudicado, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 86 y ss. LEF de acuerdo con los tipos aprobados por el Consejo de Ministros, tiene que proceder, previamente, la Comisión competente a reconocer el derecho a los beneficios otorgados para compensar a quienes, con el requisito básico de vecindad, sufran los menoscabos indemnizables, pronunciándose previa o incidentalmente sobre tales cuestiones.

Siguiéndose las normas generales para procederse al pago de la indemnización (artículo 93 LEF), se les brinda expresamente a los vecinos en el artículo 94 LEF que puedan “solicitar su instalación en el nuevo territorio de la entidad, al presentar la solicitud de indemnización a que se refiere el artículo 91. A tal efecto al publicarse el anuncio previsto en el mismo artículo se expresará la necesidad de que dentro del plazo en él fijado se presenten las solicitudes de los interesa-

dos acerca de tal extremo”. Como requisito de la solicitud de la reinstalación, y sin que tenga efectos irreversibles (artículo 116 REF), establece el artículo 114 REF que “para la amortización del valor de los bienes que se adjudiquen a cada una de las familias trasladadas el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario designará en primer término una cantidad comprendida entre el 80% y el importe total de lo que cada expropiado deba percibir como precio o indemnización de todos los bienes que se le expropien, entendiéndose subrogado el Instituto en los derechos de los expropiados que voluntariamente hubieren verificado el traslado a que se refiere el artículo 106, a cuyo efecto estos, al formular la petición, habrán de conferir por escrito a dicho organismo su representación, para que este actúe en nombre de los mismos en el expediente expropiatorio desde que se inicien las actuaciones para determinar el justo precio hasta el momento del pago, que habrá de hacerse directamente al Instituto” (Instituto Nacional de Colonización, sustituido por el IRYDA, según la Ley 35/1971, de 21 de julio). De manera que, siguiendo al artículo 95 LEF, “transcurrido el plazo a que se alude en el artículo anterior, se formará una relación de vecinos con descripción detallada de las viviendas que ocupaban y de las fincas que personal y directamente explotaban, la cual se expondrá al público por un plazo de quince días, a fin a que puedan rectificarse errores materiales. Hechas las rectificaciones a que en su caso hubiere lugar, se elevará la relación al Consejo de Ministros, para que, a través del I.R.Y.D.A., se proceda a la adquisición de fincas adecuadas para el establecimiento de los vecinos que así lo hayan solicitado y para la erección de la nueva entidad local que venga a sustituir a la desaparecida como consecuencia de las obras determinantes del traslado de la población”. Instituto de Reforma y de Desarrollo Agrario cuyas funciones fueron asumidas por el organismo autónomo Parques Nacionales, dependiente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional (STC de 1 de febrero de 1996) a la luz de la dimensión competencial que al Estado le brinda el artículo 149.1.23 CE, que le reconoce competencia exclusiva para promulgar la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. Al amparo del título competencial expuesto, se aprobó la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna

Silvestres (derogada por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad), que fue objeto de las SSTC 194/2004, 102/1995 y 36/2005. Y entre cuyas funciones fundamentales en estos procedimientos especiales de expropiación está (artículo 96 LEF) la de instalar a los vecinos en el nuevo territorio de la entidad, proporcionándose a cada uno de ellos, en arrendamiento o en propiedad, una vivienda o local de negocio de características similares a la que ocupaban en la zona expropiada. Además se les adjudicará también una finca o fincas de características análogas a las que como propietarios o a título distinto vinieren cultivando directa y personalmente, con la particularidad, para la nueva entidad local, de que su patrimonio nuevo estará integrado por la indemnización por las expropiaciones de la corporación local desaparecida como consecuencia de las obras determinantes del traslado de población.

En cuanto al procedimiento, apuntar que según el Tribunal Supremo (STS de 21 de octubre de 1980), para una recta aplicación de la nulidad del mismo, el empleo de los adverbios reflejados en la LRJPAC (total y absolutamente) recalca la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; es decir, para que se dé esta nulidad de pleno derecho es imprescindible no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total de procedimiento para dictar el acto. De manera que, apunta el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (Dictamen núm. 105/2012, de 30 de mayo), procede concurrir el motivo de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) LRJPAC, no solo cuando se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, sino también cuando el utilizado es otro distinto al exigido legalmente, o bien cuando, aun existiendo varios actos del procedimiento, se omite aquel que, por su carácter esencial o trascendental, es imprescindible para asegurar la identidad del procedimiento o garantizar los derechos del administrado. Y en caso de encontrarnos con un supuesto de órgano “manifiestamente incompetente”, significará evidencia y rotundidad; es decir, que de forma clara y notoria el órgano administrativo carezca de toda competencia respecto de una determinada materia (SSTS de 15 de junio de 1981 y de 24 de febrero de 1989).

### 3.3. La expropiación por razones de defensa nacional y seguridad del Estado (artículos 100 a 107 LEF y artículo 124 REF)

Este procedimiento expropiatorio especial por razón de su objeto, denominado en la Sección 1 del Capítulo VIII del Título III de la LEF expropiaciones por necesidades militares, nos obliga a una breve referencia a la defensa nacional, que por su importancia encuentra acomodo constitucional tanto en su preámbulo como en su articulado, como es el artículo 30 CE, al disponer que “Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”. Legalmente conviene mencionar la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en que reconociendo que la política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, su artículo 30 establece que “En las zonas del territorio nacional consideradas de interés para la defensa, en las que se encuentren constituidas o se constituyan zonas de seguridad de instalaciones, militares o civiles, declaradas de interés militar, así como en aquellas en que las exigencias de la defensa o el interés del Estado lo aconsejen, podrán limitarse los derechos sobre los bienes propiedad de nacionales y extranjeros situados en ellas, de acuerdo con lo que se determine por ley”. Defensa nacional que, en palabras del profesor Morillo-Velarde Pérez<sup>24</sup>, con toda su poderosa significación de cara a la existencia misma del Estado y su ingente peso en el gasto público estatal, es un importante referente a la hora de valorar las características y particularidades del régimen de sus bienes, que nos conecta con materias como el urbanismo y el patrimonio y la potestad expropiatoria.

En cuanto al urbanismo, señalar que “Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación, que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional deberán ser sometidos, respecto de esta incidencia, a informe vinculante de la Administración General del Estado con carácter previo a su aprobación. [...] No obstante lo dispuesto en esta Ley, los bienes afectados al Ministerio de Defensa o al uso de las Fuerzas Armadas y los puestos a disposición de los organismos públicos que dependan de aquel, están vinculados a los fines previstos en su legislación especial” (Disposición Adicional Segunda TRLS 2/2008); lo que nos lleva a

24. MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., “El destino de los inmuebles desafectados de la Defensa Nacional”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 76, julio-diciembre 2000, p. 20.

saber que cuando analizamos la referencia a los terrenos, edificaciones e instalaciones afectos a la defensa nacional, nos hallamos ante una expresión amplia<sup>25</sup> en la que deben ser incluidos todos los inmuebles que pertenezcan a los ejércitos o al Ministerio de Defensa. Se trata de lo que en la legislación sectorial de defensa tradicionalmente se conoce como acuartelamientos, cuarteles generales, capitanías y comandancias, parques, bases, arsenales, aeródromos, campos de tiro o maniobras, maestranzas, estaciones navales o establecimientos militares de cualquier tipo, y sin perjuicio de que cada una de estas instalaciones puedan ser a su vez subsumibles en alguna de las expresiones arriba citadas.

En cuanto al procedimiento especial de expropiación por necesidades militares, dispone el artículo 100 LEF que “cuando el Gobierno acuerde la adquisición de inmuebles situados en la zona militar de costas y fronteras, o por otras necesidades urgentes de la defensa y seguridad nacional, las expropiaciones que a tales fines fuere preciso realizar se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de esta Ley, y el expediente respectivo será tramitado por la Administración militar que corresponda en razón al ejército a cuyos servicios queden afectos los bienes ocupados y con sujeción al reglamento que se dicte en aplicación de esta Ley. En estas expropiaciones, el funcionario técnico comprendido en el apartado b) del artículo 32 será sustituido en el Jurado Provincial de Expropiación por un técnico militar del Departamento respectivo que formará parte de aquel como vocal siempre que al ser remitido el expediente, en cumplimiento del artículo 31, se comunique al mismo tiempo por el Gobierno Militar de la provincia el nombramiento correspondiente”. Precepto 31 que establece que “si el propietario rechazara el precio fundado ofrecido por la Administración, se pasará el expediente de justiprecio al Jurado Provincial de Expropiación”. Esta regulación hay que acompañarla por su reglamento, y en el artículo 124 REF se determina que “las expropiaciones y requisas que lleven a cabo las autoridades militares del Ministerio de Defensa se regularán por el Reglamento especial previsto en el artículo 107 de la Ley”.

El artículo 52 LEF reconoce que “excepcionalmente, y mediante acuerdo del Consejo de Ministros, podrá declararse urgente la ocupación de los bienes afectos

por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada. En el expediente que se eleve al Consejo de Ministros deberá figurar, necesariamente, la oportuna retención de crédito, con cargo al ejercicio en que se prevea la conclusión del expediente expropiatorio y la realización efectiva del pago, por el importe a que ascendería el justiprecio calculado en virtud de las reglas previstas para su determinación en esta Ley”. Mientras que el artículo 53 LEF habilita para que “el acta de ocupación que se entenderá a continuación del pago, acompañada de los justificantes del mismo, será título bastante para que en el Registro de la Propiedad y en los demás Registros Públicos se inscriba o tome razón de la transmisión de dominio y se verifique, en su caso, la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afectada la cosa expropiada. El acta de ocupación, acompañada del justificante de la consignación del precio o del correspondiente resguardo de depósito, surtirá iguales efectos. Los expresados documentos serán también títulos de inmatriculación en el Registro de la Propiedad”. Sin perjuicio de que si en un procedimiento expropiatorio que se haya iniciado de manera urgente no se efectúa la ocupación en cuatro años desde el depósito previo y determinada la pieza del justiprecio, se entenderá que se trata de un procedimiento ordinario (STS de 19 de julio de 1985). Así, en los supuestos de expropiación forzosa la alteración patrimonial debe considerarse producida cuando, fijado y pagado el justiprecio, se proceda a la consecuente ocupación del bien expropiado. Ahora bien, esta regla se rompe en el supuesto de expropiación por el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 52 LEF, ya que existe un derecho de ocupación inmediata tras el depósito o pago previo de una cantidad a favor del expropiado. Dicha cantidad se calcula mediante capitalización y no se considera justiprecio, puesto que el mismo se calculará posteriormente según las normas generales (Dirección General de Tributos, 1 de octubre de 2012). En este procedimiento urgente, aunque solo se diera audiencia al expropiado para rectificación de errores y no para mostrar su oposición a la expropiación, si el mismo ha sido en todo momento concededor del bien que le iba a ser expropiado, no puede estimarse que le haya sido causada indefensión si su intención no fuera oponerse a la expropiación (Dictamen del

25. RUIZ MANTECA, R., “El urbanismo y la legislación de defensa”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, julio-diciembre 2003, p. 91.

Consejo Consultivo de Andalucía de 19 de febrero de 2013).

En materia de requisas militares la ley las contempla en los artículos 101 a 107 LEF, para delimitar que “en tiempo de guerra y en caso de movilización total o parcial que no sea para maniobras, las autoridades militares podrán utilizar, previa requisas, toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, prestaciones personales y, en general, todo cuanto sirva directa o indirectamente a los fines militares, por parte de la autoridad militar reglamentariamente determinada y con la limitación y protección municipal por cuanto no se podrá exigir la requisas de recursos superiores a los que posean los municipios, debiéndoseles respetar siempre los víveres necesarios para alimentación civil durante un tiempo prudencial”. Institución de la requisas que encuentra parecidos con figuras como las servidumbres, decomiso, ocupación, restricciones, así como diferencias entre la expropiación y delimitación de la propiedad no indemnizable, de manera que mientras las expropiaciones tendrían un carácter singular, afectarían a una o varias personas determinadas, las delimitaciones constituirían una regulación de índole general, dirigida a una pluralidad indeterminada de sujetos<sup>26</sup> (SSTC 108/1986, de 29 de julio, y 100/1989, de 5 de junio), resultando definida por López-Nieto y Mallo<sup>27</sup> como la operación por la que la autoridad administrativa, de forma unilateral, compele a los particulares a proporcionar bienes a ella o a terceros, prestaciones de servicios, uso de inmuebles, o la propiedad o el uso de bienes muebles, en vista a la satisfacción de necesidades excepcionales y temporales reconocidas de interés general.

Manifestando el profesor Escuin Palop<sup>28</sup> que, en cuanto a las formalidades especiales, a la luz del artículo 102 LEF se prevé que, para el supuesto de requisas por vía de ensayo, solo puede tener lugar mediante decreto del Gobierno, especificándose en el Reglamento de 13 de enero de 1921, que definió el derecho de requisas, la exigencia de que para grandes maniobras se necesitaba aprobación del Consejo de Gobierno mediante real decreto, previo acuerdo del Consejo

de Ministros, a propuesta del antiguo de Guerra (actual de Defensa), fijándose los días en que empezaría y terminaría el ejercicio de dicho derecho, mientras que para los demás supuestos serán las autoridades competentes, sin exigirse formalidad alguna en los términos del artículo 104 LEF. A lo que añadir que, ante posibles abusos de requisas, se prevén sanciones en el artículo 74.1 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en estos términos: “será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años el militar que: requisare indebidamente o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado”.

Por lo que se refiere al importe de las indemnizaciones, se fijará por la Comisión Central de Valoraciones de Requisas y por las provinciales, y entre aquellas no se incluirá la prestación de alojamiento, tanto en casas particulares como en edificios públicos, de las Fuerzas de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, y demás personas afectas a los mismos, y se considerarán por el importe del servicio prestado, del valor objetivo de lo requisado o de los daños y desperfectos que por su causa se produzcan. No obstante, la STS de 6 de noviembre de 1979 sobre la valoración de las incautaciones de los bienes por las autoridades españolas en el Sahara e Ifni, aplicó la doctrina general sobre la carga de la prueba al solicitarse las indemnizaciones.

#### 4. Conclusión

Como señala el profesor Soriano García<sup>29</sup>, la expropiación se diferencia de la mera delimitación del contenido del derecho de propiedad, pues es cierto que no toda regulación es, sin más, limitativa de la propiedad, sino que muy bien puede constituir un mero elemento definitorio de su ámbito de actuación. Por tanto, existe un procedimiento general de expropiación al que añadir otros denominados especiales por su objeto o finalidad en la LEF en un marco legal donde es reconocida esta potestad expropiatoria a los municipios, las provincias y las islas en el artículo 4.1.d) de la Ley Regula-

26. DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *Revista para el Análisis del Derecho*, enero 2002.

27. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual de expropiación forzosa y otros supuestos expropiatorios*, 2.ª edición, Ed. Bayer Hnos., S.A., Barcelona, 1994, p. 137.

28. ESCUÍN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, op. cit., p. 808.

29. SORIANO GARCÍA, J. E., “Expropiación y competencia. Coincidencias y diferencias. La ruptura retroactiva de contratos lícitamente celebrados”, *Revista de Administración Pública*, núm. 159, septiembre-diciembre 2002, p. 76.

dora de las Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, y en el artículo 2.1 LEF<sup>30</sup>, en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias. Ello lleva a la Resolución de 8 de octubre de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y, en su virtud, aunque puedan beneficiarse de la expropiación, por causa de utilidad pública, las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición, las actas de pago y de ocupación que deben de ser presentadas en el Registro para la inscripción de un bien expropiado deben estar suscritas por el representante legal del organismo expropiante.

Estando prevista en el artículo 149.1.18 CE la exclusiva competencia del Estado acerca de la "legislación sobre expropiación forzosa", justificada también en los números 1 y 8 del propio artículo 149.1 (igualdad de derechos constitucionales y propiedad), hay que apuntar que, no obstante precepto tan inequívoco y tan rigurosamente justificado, en algunos estatutos aparecen competencias equívocas en materia expropiatoria [estatutos del País Vasco, artículo 1.1.1.b); de Galicia, artículo 28.1.2; de Andalucía, artículo 15.1.2; de Valencia, artículo 35.2, o Amejoramiento de Navarra, artículo 57]<sup>31</sup>. Así, si la Constitución remite la configuración concreta del estatuto jurídico de la propiedad privada a lo que dispongan en cada caso las leyes (artículos 33.2 y 53.1), prohíbe esta concreta

reserva de ley, apunta el profesor Leguina Villa<sup>32</sup>, toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración, para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, solo por vía reglamentaria pueden establecerse (STC 37/1987), con la consecuencia de la legitimidad de establecer, por medio de un planeamiento ajustado a la ley, diferentes restricciones, limitaciones, deberes y cargas urbanísticas, según cuál sea la localización de los predios. Aunque sin perder de vista, siguiendo al profesor Menéndez Rexach<sup>33</sup>, que ante las diferencias que pueden existir en el régimen jurídico del suelo en función del destino que se le asigne, a nadie se le oculta la extraordinaria importancia que adquiere la clasificación urbanística del mismo, y la necesidad de extremar el rigor y la motivación en las decisiones de planificados al incluir en una u otra categoría determinados terrenos. ■

30. ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J., *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local* (coord. Domingo ZABALLOS), Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 195 a 200, y CORRAL GARCÍA, E., *Expropiación Municipal*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2000, p. 18.

31. ALONSO HIGUERA, C., *Manual del secretario. Teoría y práctica del derecho municipal*, Tomo II, Ed. Atelier, Barcelona, 2002, p. 1899, y CORCHERO PÉREZ, M. A., *Derecho urbanístico de Extremadura, Tomo I*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 305 y 329.

32. LEGUINA VILLA, J., "El régimen constitucional de la propiedad privada", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, p. 16.

33. MENÉNDEZ REXACH, A., "La propiedad en la nueva Ley del Suelo", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, p. 100.

---

# Competencias locales y protección del medio ambiente: especial referencia al planeamiento urbanístico municipal\*

Verónica Yazmín García Morales

Abogada urbanista.

Personal investigador en formación de la Universidad Autónoma de Madrid

1. Planteamiento
  2. Aproximación al concepto de medio ambiente
  3. Determinación y alcance de las competencias locales en materia de medio ambiente a través de la legislación ambiental estatal y autonómica
  4. Potestad normativa: ordenanzas medioambientales
  5. Potestad sancionadora de las entidades locales en materia medioambiental
  6. Potestad planificadora: especial referencia al planeamiento urbanístico
  7. Conclusión
- Bibliografía

## Resumen

En el presente estudio se lleva a cabo un análisis general del régimen competencial de las entidades locales en materia de protección del medio ambiente, haciendo énfasis en el ámbito de la planificación urbanística por su especial incidencia en la configuración del medio ambiente urbano. Es, pues, la protección del medio ambiente en el entramado urbano uno de los pilares fundamentales para la consolidación de ciudades sostenibles. En este sentido, el planeamiento urbanístico es una herramienta que en gran medida posibilita conseguir el citado objetivo. Y no solo ya desde la perspectiva de la creación de nueva ciudad, sino especialmente, como en este momento se requiere, en el tratamiento de la ciudad existente. De aquí la necesidad de destacar la importante función que los municipios llevan a cabo en la protección del medio ambiente a través del ejercicio de sus respectivas competencias, tanto en el ámbito del medio ambiente como en el urbanístico.

Palabras clave: *competencias locales; medio ambiente; planificación urbanística.*

## *Local competences and the environmental protection: special reference to the urban planning*

### **Abstract**

*This article analyses the competences of local entities regarding environmental protection and focus on the urban planning tool because of its special impact on the urban environment. Therefore, the protection of the urban environment is an essential element of a sustainable city and the urban planning is a tool that is useful for achieving this aim not only regarding the design of a new city, but also in dealing with existing cities. In conclusion, it is relevant to point out the role of the cities in the field of the environmental protection and the urban development.*

Keywords: *local competences; environmental protection; urban planning.*

---

\* Este trabajo se desarrolla bajo la financiación del Programa de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación (FPU-MEC), España.

## 1. Planteamiento

Los procesos de urbanización se constituyen como fenómenos que transforman las ciudades a una gran velocidad, incidiendo de forma importante en la calidad de vida de sus habitantes –medio ambiente, salud, consumo, vida laboral, ocio, cultura, entre otros–. En el caso de España, dicho fenómeno tuvo en los años 90 una importante repercusión económica, que se hace visible en los constantes cambios normativos que se han venido desarrollando desde esa época. Estos se reflejan, fundamentalmente, en el establecimiento de medidas de liberalización del suelo con la finalidad de frenar la especulación urbanística y abaratar, así, el suelo y la vivienda<sup>1</sup>. A su vez, estas medidas de liberalización del suelo, especialmente por lo que se refiere a la flexibilización en la clasificación del suelo, han puesto sobre la mesa el debate sobre la imprescindible articulación entre urbanismo y medio ambiente en la configuración y tratamiento de las ciudades. Es, pues, “el gran desarrollo de las ciudades y de las formas de vida urbana uno de los fenómenos que mejor caracteriza nuestra civilización contemporánea”<sup>2</sup>, por lo que es deseable que la creación de nuestras ciudades se lleve a cabo de manera sostenible. Para que una ciudad sea sostenible tiene que cubrir tres pilares fundamentales, a saber, el ambiental, el económico y el de la cohesión social<sup>3</sup>. Para ello es importante contar con los instrumentos jurídicos que permitan tener un crecimiento urbano ordenado, que fomente actividades económicas respetuosas con el medio ambiente, y que en la creación del espacio público se establezcan verdaderos cauces de interacción entre todos los habitantes de la ciudad. Esta sostenibilidad debería ser la premisa de la que partir en todo momento; no obstante, parece que se han dejado de lado los factores más importantes de la vida de quienes habitan la ciudad que se construye para dar paso a intereses más lucrativos. Así alertan algunos periódicos con titulares como “los sabios piden frenar el crecimiento de la población y el consumo

voraz”<sup>4</sup>, donde la comunidad científica, con motivo de la Cumbre de la Tierra Río+20 que se celebró en 2012, advierte de que “si los habitantes de la Tierra no modifican radicalmente sus hábitos de consumo voraz y la población mundial continúa creciendo de manera descontrolada las consecuencias para la naturaleza y, consecuentemente, para las generaciones venideras serán nefastas”. En este sentido, las entidades locales tienen un papel trascendente en la protección del medio ambiente en general, y en el entramado de la ciudad en concreto. Por ello, se analiza el régimen competencial de las entidades locales desde dos ámbitos interrelacionados: el ambiental y el urbanístico.

## 2. Aproximación al concepto de medio ambiente

No es de la Constitución española, sino de la jurisprudencia constitucional, de donde se desprenden aquellos elementos que conforman el concepto de medio ambiente. Este va más allá del conjunto de recursos naturales como el suelo, agua, aire, flora y fauna, e incluye aspectos como historia, monumentos, paisaje, que no son solo una realidad objetiva, sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura. El Tribunal Constitucional señala expresamente en la sentencia 102/1995, fundamento jurídico 4, que “el medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida”; así, “el entorno urbano se incluye en la concepción constitucional del medio ambiente”<sup>5</sup>. En esta misma línea la Ley de Suelo, en su Exposición de Motivos, señala que “el suelo urbano –la ciudad ya hecha– tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso”<sup>6</sup>.

1. Un análisis detallado sobre las primeras medidas de liberalización del suelo y su evolución puede verse en BASSOLS COMA, M., “Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo y reapertura del debate sobre la competencia del Estado en materia urbanística: a propósito del Voto particular a la STC 137/2011, de 14 de septiembre”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 30, octubre de 2012, pp. 37-57.

2. CHUECA GOTILLA, F., *Breve historia del urbanismo*, Geografía Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 187.

3. Ver el Informe del Observatorio de la Sostenibilidad en España 2011.

4. BARÓN, F., *EL PAÍS*, 14 de junio de 2012, Sección Sociedad.  
[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/14/actualidad/1339702167\\_637098.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/14/actualidad/1339702167_637098.html)

5. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 7.ª edición, Dykinson, Madrid, 2006, p. 86.

6. Exposición de Motivos apartado II del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo.

Así, la protección del medio ambiente urbano adquiere especial relevancia en lo que respecta al ejercicio de competencias locales, sobre todo por el papel que los municipios desempeñan a través, entre otros instrumentos, de su planeamiento urbanístico.

### 3. Determinación y alcance de las competencias locales en materia de medio ambiente a través de la legislación ambiental estatal y autonómica

La distribución de competencias en materia de medio ambiente se fundamenta en los artículos 149.1.23.<sup>a</sup> y 148.1.9.<sup>a</sup> de la Constitución española, para el Estado y las comunidades autónomas respectivamente. Al Estado le corresponde establecer la legislación básica sobre protección del medio ambiente<sup>7</sup>, y a las comunidades autónomas la gestión en materia de protección del medio ambiente, así como la potestad de incorporar normas adicionales de protección. A su vez, las entidades locales, conforme a los artículos 40 de la Constitución española y 25.2.f de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y la normativa ambiental estatal y autonómica, tienen atribuidas competencias para la protección del medio ambiente. En este ámbito, la intervención de los tres niveles de Gobierno, Estado, comunidades autónomas y entidades locales, se justifica, en cierta medida, por el principio rector<sup>8</sup> previsto en el apartado segundo del artículo 45 de la Constitución española. Este precepto señala que los poderes públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales, para proteger, defender y restaurar el medio ambiente, lo que se traduce en una mejora para la calidad de vida. Así se entiende que

en todas las actuaciones que lleven a cabo los distintos entes territoriales, especialmente en aquellas que representen un impacto importante para el medio ambiente, deberán garantizar el cumplimiento del mandato constitucional anteriormente descrito<sup>9</sup>. Este ámbito competencial compartido, por decirlo de alguna forma, permite, o al menos debiera permitir, una protección efectiva del medio ambiente. No obstante, en la práctica se observa una compleja articulación de las distintas normas cuyo objetivo se centra en la protección del medio ambiente, especialmente a la hora de concretar y delimitar el ámbito de actuación que en esta materia corresponde a cada entidad territorial. En las líneas siguientes se destaca el importante papel que juegan las entidades locales, en concreto los municipios, en la protección y configuración de un medio ambiente urbano de calidad.

La potestad de las entidades locales de intervenir en asuntos de su interés se desprende de los artículos 137 y 140 de la Constitución española. Estos preceptos no son suficientes para concretar las competencias locales en materia de medio ambiente. Por tanto, atendiendo a esa garantía constitucional de mínimos de autonomía local, será en la legislación sectorial, tanto estatal como autonómica, donde se establezcan las competencias municipales en materia de protección del medio ambiente (artículos 2 y 25.2.f de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local)<sup>10</sup>. Debido al carácter polifacético del ámbito medioambiental, los asuntos municipales que tienen una estrecha relación con la protección del medio ambiente son diversos. Del contenido del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se pueden citar la extinción de incendios, ordenación urbanística, gestión de vivien-

7. STC 329/1993 fundamento jurídico 4: "en ocasiones excepcionales, el Estado, titular de la legislación básica, puede realizar actos de ejecución que sean precisos por la naturaleza de la materia, para evitar daños irreparables y para asegurar la consecución de la finalidad objetiva que corresponde a la competencia estatal sobre las bases".

8. En este sentido, ver VELASCO CABALLERO, F., "El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho subjetivo y/o principio rector?", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, julio-agosto-septiembre 1994, pp. 77-122.

9. Así se pone de manifiesto, por citar un ejemplo, en el apartado II, último párrafo, de la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, al señalar que: "el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente". De esta forma, lo que el legislador pretende es la protección del medio ambiente, tanto en la creación de nueva ciudad como en la regeneración de la existente.

10. En el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (versión de 18 de febrero de 2013) se prevé que la competencia local sobre protección del medio ambiente se sitúe exclusivamente en el ámbito urbano, "en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas". No obstante, una vez que las comunidades autónomas tienen competencias en materia de protección del medio ambiente, en la legislación ambiental autonómica se podrán establecer competencias locales en materia de protección del medio ambiente que van más allá del estricto ámbito urbano.

das, parques y jardines, patrimonio histórico-artístico, abastos, mataderos, salubridad pública, cementerios, suministro de agua, limpieza viaria, tratamiento de residuos, alcantarillado, aguas residuales, entre otros. Como es evidente, el cúmulo de materias que tiene conexión directa con el medio ambiente es de lo más variado. Por tanto, es indispensable localizar el núcleo competencial de las entidades locales en la materia específica del medio ambiente, dejando de lado, por ahora, todas aquellas materias con las que se interrelaciona.

El contenido y alcance de las competencias locales en materia de medio ambiente se determinan por la legislación ambiental, tanto estatal como autonómica. Conforme a la legislación ambiental básica, los municipios tienen la posibilidad de “establecer medidas normativas o administrativas adicionales de conservación del patrimonio natural y la biodiversidad” (disposición adicional segunda de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad). De esta forma, pueden mejorar aspectos ya regulados en la legislación estatal sectorial a través de ordenanzas medioambientales. Sin embargo, esta potestad normativa, que no desarrolla la Ley, sino que la complementa, sigue el esquema clásico Ley previa-ordenanza local de desarrollo, pues, conforme a criterios jurisprudenciales, se entiende que no pueden aprobar normas reglamentarias a partir de la legislación básica estatal cuando su desarrollo esté expresamente atribuido a las comunidades autónomas. Sin embargo, si estas no lo han llevado a cabo, las entidades locales pueden establecer su regulación mediante ordenanzas medioam-

bientales<sup>11</sup> (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2001, recurso núm. 70/1994; de 29 de septiembre de 2003, recurso núm. 5167/1998; de 30 de enero de 2008, fundamento jurídico 8, recurso núm. 1346/2004; de 17 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 3, recurso núm. 1168/2008, y de 9 de diciembre de 2009, fundamento jurídico 3, recurso núm. 2989/2008)<sup>12</sup>. Por tanto, es posible la actuación de las entidades locales sin previa habilitación legal autonómica, en este supuesto, para dictar ordenanzas medioambientales, siempre y cuando dichas ordenanzas no contradigan ni vulneren la legislación sectorial existente<sup>13</sup>. Así, la potestad normativa municipal en materia de medio ambiente tiene como límite el ejercicio de competencias autonómicas; no obstante, aun cuando a las entidades locales les ha sido reconocida potestad normativa autónoma, en caso de inactividad legal autonómica, esto no se traduce en una facultad tan amplia de contenido que merme las competencias autonómicas (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de junio de 2008, recurso núm. 235/2008, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 7 de octubre de 2003, recurso núm. 59/2002).

El papel que desempeña la legislación ambiental autonómica en la concreción de las competencias locales en este ámbito es fundamental, ya que es a través de aquella donde, fundamentalmente, se establece, de forma concreta y precisa, el desarrollo de la normativa básica ambiental. Además, aun cuando algunas comunidades autónomas han previsto en el mismo estatuto de autonomía<sup>14</sup> facultar a las entidades locales en el

11. “Pues es impensable que en una localidad en la que existe una fuerte contaminación atmosférica mediante la emisión al aire de olores que perjudican a la salud de los vecinos y en el que la autoridad que posee competencias para controlar esas emisiones no las ejercita, no pueda el ente local activar los medios para efectuar ese control siempre que respete el mandato legal y se ajuste a la legislación vigente”. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, fundamento jurídico 8, recurso núm. 1346/2004.

12. “Las corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local”.

13. Así, el artículo 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en cuanto a la posibilidad de los municipios de realizar actividades complementarias, “constituye el título habilitante de la potestad reglamentaria local en las materias que expresamente cita, sin necesidad de que el legislador sectorial, sea el estatal o autonómico, otorgue expresa habilitación”. QUINTANA LÓPEZ, T., “Titularidad y ejercicio de competencias en materia de protección ambiental en Castilla y León”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *Derecho ambiental en Castilla y León*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 68. Por su parte, la disposición transitoria segunda de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, opera como cláusula residual prevista a favor de los municipios, al señalar que estos ostentarán, además, en las materias a que se refiere el artículo 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por dicha legislación sectorial a otras Administraciones Públicas.

14. Andalucía: artículo 92.2.h de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. Cataluña: artículo 84.2.j de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

ámbito de la protección del medio ambiente, no es posible extraer de este solo texto el alcance de dicha competencia local. Así, de los diversos aspectos que integran el medio ambiente, la legislación autonómica confiere competencias a las entidades locales para regular, mediante ordenanzas medioambientales, aquellos aspectos que inciden directamente en el ámbito municipal.

#### 4. Potestad normativa: ordenanzas medioambientales

La Administración local es competente para llevar a cabo la aprobación de ordenanzas municipales de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones (contaminación acústica, artículos 5 y 7 de la Ley 7/2010, de 18 de noviembre, de Contaminación Acústica de Aragón), reglamentos u ordenanzas de vertidos al alcantarillado (calidad del medio hídrico, artículo 27.2.c.3 de la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de Aguas de Galicia), ordenanzas y planes de gestión de residuos urbanos (artículo 5.2 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Residuos de Madrid), entre otros (artículos 69, 81.2.b, 98.2 y 104.4, respectivamente, de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía). En algunos supuestos, la legislación ambiental autonómica ha previsto la elaboración y aprobación de una ordenanza general de protección ambiental, que será de aplicación en todos los municipios que carezcan de una ordenanza específica (artículo 36 de la Ley de Cantabria 17/2006, de 11 de diciembre, de Control Ambiental Integrado), garantizando así la efectiva protección del medio ambiente. De esta forma, las comunidades autónomas, principalmente, delimitan el ámbito de actuación de las entidades locales en cuanto a la protección del medio ambiente.

#### 5. Potestad sancionadora de las entidades locales en materia medioambiental

Las competencias locales en materia de protección del medio ambiente no se traducen únicamente en esa

potestad normativa descrita anteriormente. Esta potestad reglamentaria está estrechamente relacionada con la potestad sancionadora que en la misma materia se atribuye a las entidades locales (artículos 4.1.f y 139-141 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local). No tendría sentido dotar de potestad normativa a las entidades locales si estas no pueden garantizar, a través del establecimiento de infracciones y sanciones, su cumplimiento. La potestad sancionadora de las entidades locales parte, en general, de los criterios establecidos en la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, donde se establece que la reserva legal que exige el artículo 25.1 de la Constitución española para el establecimiento de infracciones y sanciones es, en cierta medida y con determinados límites, más flexible en el ámbito local. Esta flexibilidad se justifica por la presencia del interés local, en este caso del medio ambiente, que implica un amplio campo para la regulación municipal<sup>15</sup>. Sin embargo, esto no se traduce en inhibición del legislador, ya que en todo caso la cobertura legal para la tipificación de infracciones y sanciones es indispensable, aun cuando su exigencia sea menor (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, fundamento jurídico 5, recurso núm. 1346/2004, y de 30 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 3, recurso núm. 5179/2008). La legislación ambiental, estatal y autonómica, fija los criterios mínimos de antijuricidad, así como las clases de sanciones que pueden establecerse mediante ordenanzas (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003, fundamento jurídico 5.b, recurso núm. 2829/2001), mas no una regulación detallada de cada una de ellas, dejando margen a las entidades locales para que las establezcan conforme a sus circunstancias particulares. Así, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, reconoce en su artículo 37 la potestad sancionadora de las entidades locales. A su vez, la legislación ambiental autonómica prevé, al igual que en el ámbito normativo, la potestad de las entidades locales para tipificar infracciones y sanciones en materia de protección del medio ambiente (artículos 43, 81.2.c y 98.c de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía).

15. En este sentido, ver TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., "Protección del medio ambiente. Sanciones administrativas y competencias locales", en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, segunda edición, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, p. 168.

## 6. Potestad planificadora: especial referencia al planeamiento urbanístico

Las potestades normativa y sancionadora de las entidades locales son fundamentales para la protección del medio ambiente; sin embargo, es en su potestad de planificación, en concreto en la urbanística, donde estas tienen un mayor margen de actuación para formular políticas medioambientales propias. En este sentido, la estrecha relación que surge entre medio ambiente y urbanismo es la base sobre la cual, desde un particular punto de vista, se cimientan las actuaciones de la Administración local encaminadas a lograr una efectiva protección del medio ambiente urbano. La exigencia de llevar a cabo un urbanismo sostenible<sup>16</sup>, desde el punto de vista medioambiental, social y económico, es evidente en la legislación autonómica vigente. Esta señala como fines específicos de la actividad urbanística el “conseguir un desarrollo sostenible y cohesionado de las ciudades y del territorio en términos sociales, culturales, económicos y ambientales, con el objetivo fundamental de mantener y mejorar las condiciones de calidad de vida” de sus habitantes (artículos 3.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; 3.1 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria; 4.c de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana; 4.f de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura; 4.e de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia; 3.2.b de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid; 2.3.b de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, y 3 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco). Es decir, “vincular los usos del suelo a la utilización racional y sostenible de todos los elementos culturales y medioambien-

tales” (artículo 4.f del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias). Así, la planificación urbanística, en el ámbito local, se instaura como el instrumento idóneo para la protección del medio ambiente urbano. Es oportuno señalar que también la planificación territorial autonómica, al igual que la urbanística municipal, tiene como objetivo fundamental lograr una ordenación equilibrada y sostenible de los usos del suelo; no obstante, las comunidades autónomas cuentan con instrumentos de planificación específicos para la protección del medio ambiente. En el caso de las entidades locales, la planificación urbanística cobra especial importancia en el momento de introducir previsiones que van más allá del mero mandato de ordenar ciudad, pues además logran que esta sea sostenible, obteniendo así una efectiva protección del entorno natural y urbano. Las técnicas urbanísticas que se aplican en el planeamiento urbanístico están vinculadas directamente con la protección del medio ambiente. Así, por ejemplo, cuando en los planes urbanísticos se establece la clasificación y calificación de los usos del suelo, densidades, alturas, volúmenes, dotaciones públicas, actividades productivas, comerciales, de transporte, ocio, turísticas, entre otras, se está conformando no solo un modelo de ciudad, sino que, según los criterios que se adopten en la implementación de dichas técnicas urbanísticas, también se configuran políticas de protección del medio ambiente, ya que estos criterios tendrán efectos sobre los recursos ambientales: agua, aire, energía, recursos naturales, etc. La extensión del urbanismo en España, con las urbanizaciones para segunda residencia y el auge del turismo en zonas de costa, no se ha llevado a cabo siempre de forma sostenible, es decir, con equilibrio entre ciudad y territorio<sup>17</sup>. En este sentido, y teniendo en cuenta que el suelo es un recurso natural escaso, especial atención merece la técnica urbanística de clasifica-

16. Exigencia que se plasma en la normativa comunitaria (artículo 2 del Tratado de la Comunidad Europea), estatal (artículos 2 y 15 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo) y, fundamentalmente, urbanística autonómica. La normativa comunitaria en materia de medio ambiente incide directamente en la ordenación del territorio y urbanismo, y pone de manifiesto que “la dimensión territorial del desarrollo sostenible está hoy en primera línea de las preocupaciones de las instituciones europeas y ello no solo como expresión de una determinada orientación política, sino en cumplimiento de las exigencias normativas de los Tratados de la Unión”. MENÉNDEZ REXACH, A., “Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 200, marzo 2003, p. 140.

17. Este hecho se pone de manifiesto en el Informe del Parlamento Europeo (ponente Margrete Auken) de 26 de marzo de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del derecho comunitario.

ción del suelo<sup>18</sup>. En cuanto al suelo urbano, una vez que la ciudad se encuentra consolidada, se apuesta por técnicas de regeneración y rehabilitación urbana<sup>19</sup> que permitan mejorar el medio ambiente urbano existente<sup>20</sup>, evitando, en la medida de lo posible, transformar nuevos suelos para atender a las demandas actuales de la población. Por su parte, cuando el planeamiento urbanístico municipal clasifica suelo como urbanizable, posibilita el equilibrio entre el crecimiento de la ciudad y la ocupación del suelo, ya que se considera que dicho suelo es apto para su transformación. Finalmente, y quizá este sea el aspecto más sobresaliente en cuanto a la protección ambiental del suelo, el planeamiento urbanístico clasifica como suelo no urbanizable aquellos que por sus características naturales y valores medioambientales deban estar sujetos a un régimen de protección especial para evitar su transformación urbanística (artículos 13 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; 46 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; 16 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y 16 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana)<sup>21</sup>. Es, pues, “la calificación de un suelo como no urbanizable la primera y fundamental forma de protección ambiental que pueden acometer las normas y planes urbanísticos”<sup>22</sup>. Así, a través del planeamiento urbanístico municipal se puede llevar a cabo una protección medioambiental, tanto del entorno natural como del urbano; no obstante, esta protec-

ción no es a escala territorial, como en el caso de los planes ambientales autonómicos, razón por la que las entidades locales, en lo que respecta a suelo no urbanizable, no crean un modelo propio de protección, sino más bien ejecutan las directrices territoriales y sectoriales del Estado y las comunidades autónomas. Es así como en el planeamiento urbanístico se introducen determinaciones, ya sean propias o impuestas por la normativa autonómica y estatal, que permiten una efectiva protección del medio ambiente, por lo que su protagonismo en este ámbito, junto al planeamiento territorial, es evidente<sup>23</sup>.

## 7. Conclusión

Del esquema de distribución de competencias en materia de medio ambiente<sup>24</sup>, se deduce la complicada tarea de articular las actuaciones que llevan a cabo el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales, y no solo en este ámbito en concreto, sino, además, en aquellos que tienen una conexión directa con el medio ambiente, que como ha quedado expuesto son diversos. Todas las entidades territoriales regulan lo referente a la protección del medio ambiente, ya sea a través de título competencial propio en la materia, como en el caso del Estado y las comunidades autónomas, o bien, primordialmente, mediante otros títulos competenciales estrechamente relacionados, tal es el caso de las entidades locales a través de su potestad de planificación urbanística. Así, la ordenación del territorio y urbanis-

18. En este sentido, ver MENÉNDEZ REXACH, Á., “Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas”, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

19. “La rehabilitación tiene una clara vocación urbanística, y esa vocación urbanística se hace efectiva a través del planeamiento”. GARCÍA GARCÍA, M. J., “Desarrollo urbano sostenible versus crecimiento descontrolado: una vuelta a la rehabilitación urbana”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 33, diciembre 2008, p. 229.

20. “La regeneración de la imagen y las funciones urbanas desde una perspectiva ambiental aparece como uno de los principales retos de la planificación urbanística de nuestros días”. BASSOLS COMA, M., “La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible”, en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, segunda edición, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, p. 702.

21. “La clasificación de los terrenos como suelo no urbanizable constituye una relevante técnica de protección del medio ambiente, en cuanto viene a preservar el espacio rural de transformación física”. RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A., “La integración entre urbanismo y medio ambiente: hacia un urbanismo sostenible”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 42, 2006, p. 66.

22. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, *op. cit.*, p. 401.

23. “Los instrumentos de planeamiento urbanístico y territorial se convierten, por tanto, en protagonistas principales para el logro del objetivo de protección ambiental”. MONTERO FERNÁNDEZ, J. A., “Medio Ambiente y Urbanismo”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 82, 2005, p. 26.

24. Este esquema competencial se considera “coherente con el principio de subsidiariedad que aplica el derecho comunitario a este ámbito concreto, pretendiendo que actúe en cada caso la instancia territorial que tenga sus respectivos intereses más afectados y que pueda responder con mayor eficacia y que solo en el caso de que una actuación en esta materia exceda del ámbito de competencias de la instancia territorial más cercana al ciudadano actúe la instancia administrativa superior”. TORRES MARTÍNEZ, J., “El urbanismo y el medio ambiente”, en SAN CRISTÓBAL REALES, S. (coord.), *Manual de Derecho de la Construcción*, La Ley, Madrid, 2008, p. 1150.

mo son, desde una perspectiva particular, de las competencias que mayor interconexión guardan con el medio ambiente y, a su vez, mayor complejidad reportan para la efectiva articulación de estas competencias. Esto por dos razones fundamentales: la primera, porque al tener la ordenación del territorio y urbanismo por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial (STC 77/1984, FJ 2), se superpone con la finalidad de la competencia medioambiental en cuanto a la protección del suelo como recurso natural escaso, por lo que al existir una amplia regulación sobre la materia se dificulta la articulación de las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas, aun cuando su finalidad sea la misma: proteger el medio ambiente. La segunda razón se debe a que estos títulos competenciales, medio ambiente, urbanismo y ordenación del territorio, se proyectan sobre un mismo espacio físico, por lo que es necesaria la colaboración de las distintas entidades territoriales, ya que de lo contrario se aplican criterios de prevalencia que no siempre garantizan esa efectiva articulación de competencias. Por tanto, la importancia de delimitar el ámbito competencial de cada entidad territorial es crucial en cuanto a la incidencia que el ejercicio de las potestades sobre medio ambiente ejerce respecto de otras competencias, en este caso la ordenación del territorio y urbanismo. Aunque, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, en el ámbito local, la planificación urbanística es el eje central a partir del cual se inserta la vertiente ambiental.

## Bibliografía

- BASSOLS COMA, M., "Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo y reapertura del debate sobre la competencia del Estado en materia urbanística: a propósito del Voto particular a la STC 137/2011, de 14 de septiembre", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 30, octubre de 2012, pp. 37-57.
- BASSOLS COMA, M., "La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible", en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, segunda edición, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, pp. 677-710.
- CHUECA GOTILLA, F., *Breve historia del urbanismo*, Geografía Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- GARCÍA GARCÍA, M. J., "Desarrollo urbano sostenible versus crecimiento descontrolado: una vuelta a la rehabilitación urbana", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 33, diciembre 2008, pp. 217-246.
- LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 7.ª edición, Dykinson, Madrid, 2006.
- MENÉNDEZ REXACH, A., "Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 200, marzo 2003, pp. 135-198.
- MONTERO FERNÁNDEZ, J. A., "Medio Ambiente y Urbanismo", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 82, 2005, pp. 13-48.
- QUINTANA LÓPEZ, T., "Titularidad y ejercicio de competencias en materia de protección ambiental en Castilla y León", en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *Derecho ambiental en Castilla y León*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 27-83.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A., "La integración entre urbanismo y medio ambiente: hacia un urbanismo sostenible", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 42, 2006, pp. 55-92.
- TORRES MARTÍNEZ, J., "El urbanismo y el medio ambiente", en SAN CRISTÓBAL REALES, S. (coord.), *Manual de Derecho de la Construcción*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 1143-1188.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., "Protección del medio ambiente. Sanciones administrativas y competencias locales", en ESTEVE PARDO, J. (coordinador), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, segunda edición, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, pp. 159-200.
- VELASCO CABALLERO, F., "El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho subjetivo y/o principio rector?", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, julio-agosto-septiembre 1994, pp. 77-122. ■

---

# Morosidad en el sector público local (novedades en el régimen de responsabilidades)\*

Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urríes

*Magistrado especialista en lo Contencioso-Administrativo y Fiscal, en excedencia.*

*Abogado*

*santi.milans@cuatrecasas.com*

## 1. Morosidad y transparencia en el sector público local

- 1.1. Normativa administrativa
- 1.2. Responsabilidades
- 1.3. Infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria
- 1.4. Infracciones disciplinarias
- 1.5. Prevaricación
- 1.6. Malversación
- 1.7. Estafa
- 1.8. Falsedad contable

## 2. Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad penal del empleado público y de la empresa pública

- 2.1. Actuación en nombre de otro
- 2.2. Omisión
- 2.3. Personas jurídicas
- 2.4. Conflictos de interés

## Resumen

El presente trabajo, partiendo del problema del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones dinerarias en que el actual estado de crisis económica ha situado a la sociedad española –también a las Administraciones Públicas–, trata de dos temas fundamentales, a juicio del autor, que, bien tratados, coadyuvarían a salir de esta situación provocada por la crisis de valores en la relaciones (sociales, comerciales, financieras, etc.) y la opacidad de la Administración, como son los códigos de ética y de buen gobierno (objeto de una ponencia en el Seminario de derecho local de 2012) y la Ley de Transparencia administrativa, en los que, con lealtad institucional, hagan sentirse al ciudadano como partícipe, al menos con conocimiento, de la *res publica* y su administración.

El trabajo trata también del tipo de responsabilidad –corporativa y personal– anudada al incumplimiento de las obligaciones presupuestarias y contables con incidencia en las responsabilidades disciplinarias y penales, tanto para las personas físicas como, las segundas, también para las empresas públicas, y en los conflictos de interés que surgen en defensa y representación de las anteriores ante los tribunales de justicia.

Palabras clave: *morosidad sector público; endeudamiento local; estabilidad presupuestaria; sostenibilidad financiera; responsabilidades obligaciones presupuestarias y contables; transparencia, acceso a la información y buen gobierno; infracciones disciplinarias; prevaricación; malversación; responsabilidad penal empleado público; responsabilidad penal empresa pública; conflictos de interés.*

---

\* Ponencia presentada en el Primer Seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2013*, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 25 de enero de 2013.

## *Delay in payment in the local public sector (changes in the accountability regime)*

### **Abstract**

*The economic and financial crisis has created an important problem related to the breach or defective compliance with financial obligations in the Spanish society in general and particularly in the Public Administration. This article deals with two fundamental topics that may help to overcome the crisis of values in the relationships (social, commercial, financial, etc.) and the opacity of the Administration: the Ethical and Good Governance Codes (discussed in the Seminar of Local Law of 2012) and the Administrative Transparency legislation. Thanks to these tools and also with the due respect to the principle of institutional loyalty, citizens will be sufficient informed and be able to participate in the res publica and the Public Administration affairs. This article also deals with administrative and criminal accountability –corporate and personal, involving both individuals and public companies– that derives from the breach of budget and accounting obligations and conflicts of interests between them and courts.*

Keywords: *delay in payment in the local public sector; debt of local Administration; budget stability; financial sustainability; budget and accounting obligations; transparency, access to information and good government; administrative sanctions; corruption practices; misappropriation; criminal accountability of civil servants; criminal accountability of public companies; conflicts of interests.*

## **1. Morosidad y transparencia en el sector público local**

“Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”. De la definición dada por el artículo 1100 del Código Civil podemos extraer que la morosidad es el estado en que se encuentra el deudor requerido para el cumplimiento de una obligación, que, en el caso de este trabajo, se refiere al derivado de la obligación de pago por parte de la Administración local y sus empresas públicas, es decir, aquellas en las que las entidades locales puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen.

Así las cosas, nos referiremos a la morosidad por el endeudamiento de la entidad local –y sus empresas– que no puede cumplir sus obligaciones de pago en el tiempo pactado<sup>1</sup>, que suele tener su origen en la práctica de contraer obligaciones al margen del presupuesto. A la postre, si esto tiene lugar por estas razones, no deja de ser, por mucho que se juegue al nombre con

normativa presupuestaria y contable, un supuesto de “fraude presupuestario” y, en suma, de ocultamiento del endeudamiento público local, lo que es sintomático, una vez más, de la falta de transparencia en el sector público y de la transgresión de la normativa presupuestaria y contable.

### **1.1. Normativa administrativa**

En esta materia cobran singular importancia los cambios legislativos tenidos lugar últimamente o anunciados como próximos.

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, establece los principios rectores que vinculan a todos los poderes públicos, a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público orientada a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, como garantía del crecimiento económico sostenido y la creación de empleo.

Asimismo, se establecen los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva de los principios de

1. En este trabajo no nos vamos a referir a los supuestos de insolvencias de la Administración en relación con la ejecución de sentencias, que fueron objeto de exposición en este mismo Seminario el año pasado. Vid. PARICIO RALLO, Eduardo, “La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 30, octubre de 2012.

estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, en los que se garantiza: la participación de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera; el establecimiento de los límites de déficit y deuda, los supuestos excepcionales en que pueden superarse y los mecanismos de corrección de las desviaciones; y los instrumentos para hacer efectiva la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución española y en el marco de la normativa europea.

La anterior Ley remarca el principio de transparencia y lealtad institucional, que ya tuvo una importante regulación en referencia a las relaciones financieras entre las Administraciones Públicas estatales, autonómicas o locales, y las empresas públicas en la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia financiera<sup>2</sup>, que tiene por objeto garantizar la transparencia a través del suministro de información sobre la puesta a disposición de fondos, directa o indirectamente, por parte de las Administraciones Públicas a estas empresas, así como su motivación y utilización efectiva en la gestión de un servicio de interés económico general o la realización de actividades en virtud de la concesión de derechos especiales o exclusivos a cualquier empresa, cuando esta realice además otras actividades distintas de las anteriores, actúe en régimen de competencia y reciba cualquier tipo de compensación por el servicio público, todo ello con el objetivo fundamental de evitar los abusos de posición dominante por parte de las empresas que tengan concedidos derechos especiales o exclusivos, o que se encuentren encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, y al mismo tiempo reciban cualquier tipo de compensación por el servicio público, y que realicen también otras actividades.

Aparte de lo anterior, en la actualidad está tramitándose la elaboración de una nueva ley de transparencia, publicada como Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,

que fue aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012<sup>3</sup>, al que haremos referencia por la introducción del régimen sancionador ligado al incumplimiento de las medidas que se indican.

Y por lo que se refiere a la morosidad en el pago de sus obligaciones económicas por parte de las entidades locales y sus empresas –y también el resto del sector público–, la novedad legislativa la constituye la reforma de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad<sup>4</sup>, tenida lugar por la Ley 15/2010, de 5 de julio. El artículo 3 de la Ley de lucha contra la morosidad 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 los realizados entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas”.

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, 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.

“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,

2. Dicha Ley 4/2007 transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas.

3. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) núm. 19-1, de 7 de septiembre de 2012.

4. Dicha Ley 3/2004 incorpora 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, y ha sido, como se ha anticipado, parcialmente modificada. A su vez, ha de tenerse en cuenta que la Directiva 2000/35/CE ha sido derogada a partir del 16 de marzo de 2013 por el artículo 13 de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

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 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.

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

“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, modificadora de la de 2004, de medidas de lucha contra la morosidad, 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).

## 1.2. Responsabilidades

Es importante para acabar con el lastre de la morosidad cumplir con las obligaciones presupuestarias y contables y, al mismo tiempo, dar una respuesta efectiva a los incumplimientos a través de un régimen efectivo de responsabilidad personal además de la pública para la entidad local –y resto de Administraciones–.

Respecto a la responsabilidad pública, ya el artículo 8 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece que “Las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado”, a través de un proceso en el que se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración o entidad afectada.

Pero aparte de las medidas coercitivas o de cumplimiento forzoso previstas en la anterior Ley, dirigidas a la Administración incumplidora, existe una responsabilidad personal en la autoridad o funcionario por el incumplimiento –o cumplimiento defectuoso– de sus obligaciones, entre las que se incluyen las establecidas en la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La responsabilidad administrativa de la autoridad o funcionario incumplidor por dolo o negligencia, está previsto que se regule en el texto de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno –actualmente<sup>5</sup> en fase de Proyecto, en discusión parlamentaria–, que recoge un cuadro de infracciones en materia de conflictos de intereses, gestión económico-presupuestaria (muy graves) y disciplinarias (graves y leves), todo ello sin perjuicio de la posibilidad de otros tipos de responsabilidad, entre los que cobra especial importancia la responsabilidad contable y la penal, tanto en la elaboración o aprobación del presupuesto público, contraviniendo a sabiendas la ley, como en la realización de transacciones u operaciones comerciales que hubieran sido fruto del engaño derivado de una práctica que, conforme a la ley, se creía acorde a los principios de transparencia y confianza legítima, no siéndolo en realidad por la conducta maliciosa o desidia de la autoridad o empleado público, que incumple

5. Este texto está escrito el 21 de marzo de 2013.

las obligaciones legales con afectación a bienes jurídico-penalmente protegidos. Así las cosas, no es descartable, como la práctica forense viene mostrando, que en este ámbito puedan tener cabida diversos tipos penales, principalmente: la prevaricación, la malversación, la estafa y la falsedad contable.

### 1.3. Infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria

Por lo que se refiere a las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, el artículo 25 del Proyecto de Ley de transparencia recoge como infracciones “muy graves” una serie de conductas, entre las que cabe destacar, a los efectos de este trabajo, las siguientes: (i) la incursión en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos; (ii) la administración de los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujeción a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro; (iii) los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable; (iv) el incumplimiento deliberado de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; (v) la no formulación del plan económico-financiero y del plan de equilibrio exigido por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril; y (vi) el incumplimiento deliberado e injustificado de las obligaciones de suministro de información o de justificación de desviaciones en el cumplimiento de medidas y planes previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

### 1.4. Infracciones disciplinarias

Por su parte, las infracciones disciplinarias previstas en este Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se tipifican en infracciones muy graves, infracciones graves e infracciones leves.

En lo que interesa a este trabajo, son infracciones muy graves: i) la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos; ii) el notorio incumplimiento

de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas; y iii) la prevalencia de la condición de alto cargo para obtener un beneficio indebido para sí o para otro. Por su parte, se tipifican como infracciones graves en el Proyecto de Ley de transparencia: i) el abuso de autoridad en el ejercicio del cargo; ii) la emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio, a la Administración o a los ciudadanos, y no constituyan infracción muy grave; iii) no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilicen en provecho propio; y iv) el haber sido sancionado por la comisión de tres infracciones leves en el plazo de un año.

Como se puede apreciar, muchas de las infracciones previstas pueden encajar en los supuestos de los tipos penales indicados y en otras infracciones previstas en normas especiales. Por ello el Proyecto aludido establece en su artículo 27 que cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pondrá los hechos en conocimiento del fiscal general del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal.

Al mismo tiempo, cuando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, se dará cuenta de los mismos a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel, no considerándose normativa especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de las infracciones previstas en el artículo 25, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador.

Vamos a tratar seguidamente, ante la “colisión de tipificaciones”, algunos delitos típicos que pudieran relacionarse con la actividad presupuestaria y mercantil del sector público al albur de la Ley de Morosidad.

### 1.5. Prevaricación

Dice el artículo 404 del Código Penal que comete prevaricación la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria, es decir, clamorosamente no adecuada a la legalidad, por uso torticero del derecho, en un asunto administrativo.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>) de 21 de mayo de 2012, citando otras anteriores, “[...] por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos”. En el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedido de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el *thema decidendi*. Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como “actos de trámite”, lo que, como recuerda el alto Tribunal, “[...] no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto. Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común impone a la Administración la obligación de ‘dictar resolución expresa en todos los procedimientos’ (art. 42,1). Y en su art. 82,1, afirma que ‘a efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán [...] informes’. Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de ‘la resolución’ como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al contenido de las resoluciones administrativas, dice que la resolución ‘decidirá todas las cuestiones planteadas’ y que la decisión será motivada”.

A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal “resolución” del artículo 404 del Código Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse, que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de “autoridad[es] o funcionario[s] público[s]”, que son las

categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito –especial propio– de que se trata.

Por otra parte, abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de “arbitraria”, para que pueda considerarse típica, haya sido dictada “a sabiendas de su injusticia”. De donde se infiere que la misma deberá estar dotada de cierto contenido material. Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que resulta que, a los efectos del actual artículo 404 del Código Penal, “resolución” es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva.

Podría cometer este delito –en el que no se reprende la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad– la autoridad o funcionario que ordenara o acordara la asunción de obligaciones económicas para una Administración, al margen del presupuesto, sin que exista crédito suficiente, en contra de los informes o advertencias pertinentes o porque en la elaboración y ejecución de los presupuestos no se aplicaron con seriedad y rigor los principios básicos del derecho presupuestario. La arbitrariedad ha de ser cometida por una autoridad o funcionario que tenga capacidad para dictar resoluciones administrativas (o haya cooperado a su consecución). Esta conducta (“fraude presupuestario”) –puede ser una acción positiva o por omisión– es la que constituye la auténtica lacra del sector público autonómico y local.

Si el gasto público, sin crédito presupuestario, no se apunta ni siquiera en los libros de contabilidad, tal opacidad oficial no es más que la constatación de una conducta al margen de la ley por cuantos intervinieren en la misma, por acción u omisión, lo que es especialmente significativo a la vista de los informes de auditoría, de los principios contables o de los dictados establecidos en el nuevo Plan General de Contabilidad Pública –aprobado por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril–, lo que le dotaría de carácter arbitrario propio de la prevaricación.

El delito se puede referir también a la negativa a cumplir con el deber de información, de promover el Código de buenas prácticas, de crear el registro de facturas, de cumplir las obligaciones de requerimiento, de la prohibición de contraer obligaciones al margen del presupuesto, etc., lo que es causante del endeudamiento, de la morosidad y, a la postre, de la desconianza de los mercados, colaboradores y víctimas de las crisis económicas.

## 1.6. Malversación

El Código Penal (CP) regula tres modalidades de malversación de caudales públicos, según se trate de sustracción, distracción o dación de otra finalidad a los fondos públicos.

El artículo 432.1 CP tipifica el delito de malversación, castigando a “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones”. Este artículo ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios. En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga.

Por su parte, el artículo 433.1 castiga a “La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones”. Y, finalmente, el artículo 434.1 CP se refiere a “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o entidad estatal, autonómica o local u organismos dependientes de alguna de ellas”.

En las tres modalidades es común el menoscabo o daño intencionado del patrimonio público (dinero, bienes muebles con valor económico o deudas que forman el activo patrimonial) precisamente por la autoridad o funcionario que ostenta facultades –y obligaciones– de velar por su buen uso y finalidad, no siendo necesario que hayan ingresado en el erario público, sino que basta con que tengan un derecho expectante a que se les otorgue tal destino, debiendo entenderse que el nacimiento de la expectativa se produce en el momento de la recepción de los caudales por la autoridad o funcionario, fundamentándose dicho criterio en que no sería lógico dejar al arbitrio del sujeto responsable la calificación de los bienes como caudal público por el mero hecho de evitar su ingreso efectivo o la contabilización real de los mismos.

Como se ha expuesto, como regla general, no pueden incluirse como objeto material del delito de malversación los bienes inmuebles, ya que dicha interpretación supondría desvirtuar el sentido del objeto material típico, a salvo del caso del tipo previsto en el artículo 434, que sanciona con una pena de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, la aplicación privada tanto de bienes muebles como inmuebles, siempre que pertenezcan a cualquier Administración o entidad estatal, autonómica o local, u organismo dependiente de alguna de ellas, referencia a los inmuebles que ha sido introducida *ex novo* en nuestro Código Penal, aunque tan solo relativa a la malversación de uso. En estos casos, el verbo “pertenecer” ha de ser interpretado en sentido amplio, para no dejar impunes conductas esencialmente iguales, por lo que la aplicación privada de un inmueble afecto a un destino público se cometerá tanto este sea propiedad de la Administración como cuando lo tenga simplemente arrendado.

Si el funcionario se ha valido de engaño para llevar a cabo la malversación, procede aplicar un concurso de leyes del artículo 8 CP, entre el delito de malversación y el de estafa, condenando por el primero; sin embargo, se habrá de apreciar un concurso ideal medial de los delitos cuando se haya incurrido en prevaricación como vía para realizar la malversación, o cuando se haya cometido una falsedad documental para poder practicar la malversación, en cuyo caso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 77 CP, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondiere aplicar si se penaran separadamente las infracciones, aunque si la falsificación de documentos hubiera sido un mecanismo para ocultar la malversación, nos hallaremos ante un concurso real de los delitos, imponiendo la pena de cada uno de ellos (artículo 73 CP).

## 1.7. Estafa

El artículo 248 CP establece que “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilicen engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”, estando este delito especialmente agravado en cuanto a la penalidad cuando lo comete una autoridad o funcionario público, abusando de su cargo –artículo 438 CP–.

La contratación, escrita o verbal, asumiendo compromisos de gastos y obligaciones de pago sin crédito presupuestario, al margen de la ley, induciendo a un error debido al engaño, provocando un acto de disposición y produciendo un perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición, puede dar lugar a la comisión de un delito de estafa, que podría estar en concurso con otros (prevaricación, falsificación o cohecho), del que sería responsable no solo la persona física, sino, en el caso de las empresas públicas, también la persona jurídica –artículo 251 bis CP– en los supuestos legalmente establecidos, según prevé el artículo 31 bis CP.

Téngase en cuenta que el artículo 25 del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, recoge como infracción en materia de gestión económico-financiera “los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos [...]”, lo que sin duda guarda relación con la conducta delictiva si hubiera existido engaño para perjudicar a un tercero.

El engaño ha de ser “bastante”, es decir, ponderadamente suficiente, con entidad necesaria como para producir en la persona engañada un error o representación mental que no coincide con la realidad, que le provoca a disponer del patrimonio. Por su naturaleza, el engaño puede ser omisivo, por ocultación o deformación de hechos verdaderos, que sería lo más habitual en los casos a que se refiere este trabajo, referido a los supuestos en que al autor del hecho le afecta la obligación, consecuencia de la buena fe contractual, de poner de manifiesto a la otra parte contratante una información (sin ocultar datos significativos decisivos en la contratación) exigida legalmente y que de forma ordenada se recoge en el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

### 1.8. Falsedad contable

Prevé el artículo 290 CP que los administradores de hecho o de derecho “que falsean las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, o alguno de sus socios, o a un tercero”, cometen esta modalidad de delito societario, que puede estar en concurso con el delito de administración desleal –artículo 295 CP–.

El falseamiento y ocultación de datos contables puede ser el medio para las prácticas relacionadas con la lucha contra la corrupción, teniendo un tratamiento muy particularizado en la próxima Ley de transparencia, actualmente en fase de Proyecto legislativo.

Respecto al concepto de documento sobre el que recae el tipo ha de tenerse en cuenta que se trata de una definición legal de *numerus apertus*, que indudablemente incluye el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria; y también, como recuerda el Tribunal Supremo, “los libros de contabilidad y los libros de actas”, todo ello sin olvidar que el artículo 26 CP establece que “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

## 2. Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad penal del empleado público y de la empresa pública

De las conductas ilícitas descritas en el anterior epígrafe, responden personalmente quienes con beneficio propio o ajeno –o, incluso, sin él– realizan las mismas. Dicha responsabilidad ha de depurarse en el marco de un procedimiento con todas las garantías y respeto a los principios informadores del derecho penal.

En este epígrafe vamos a tratar, por su gran trascendencia social, diversas cuestiones –muchas de ellas novedosas– atinentes a la responsabilidad penal en esta materia.

El empleado público –autoridad, funcionario o trabajador, cualquiera que sea su régimen de vinculación, que presta sus servicios profesionales a favor de una Administración–, como cualquier ciudadano, puede ser sujeto activo de los delitos previstos en el Código Penal, por acciones u omisiones directamente realizadas por él o en el seno de una persona jurídica, de la que es administrador de hecho o de derecho en el supuesto de los delitos “especiales”, o cuando actúa en nombre o representación, legal o voluntaria, de otra persona.

El concepto de autoridad o funcionario, a efectos penales, es distinto –más amplio– del conferido por las normas administrativas, incluyendo cargos políticos, funcionarios de plantilla, internos sustitutos o laborales. El artículo 24 CP establece en su párrafo primero que “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corpora-

ción, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”, y recoge en el párrafo segundo que “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

## 2.1. Actuación en nombre de otro

En cuanto a la actuación en nombre o representación de otro o de una persona jurídica, dice el artículo 31 CP que “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Este precepto establece la responsabilidad de las personas físicas que están “detrás” de la sociedad (gestionando su funcionamiento) o de la persona física que resulta ser sujeto activo del delito, siempre que en el mismo pueda predicarse el principio de culpabilidad que informa el derecho penal (es decir, es necesario que el sujeto haya actuado con dolo o, en los casos que contempla expresamente el CP, con imprudencia)<sup>6</sup>.

Es importante destacar que, en el caso de las personas jurídicas, el artículo 31 CP determina la responsabilidad no solo para los administradores de derecho, es decir, los nombrados por acuerdo de la Junta e inscritos en el Registro Mercantil, sino también para los administradores de hecho (aquellos que sin ser nombrados de la manera antes mencionada actúan como tales, por ser quienes realmente están a cargo de la empresa o sociedad).

La responsabilidad penal de la autoridad o del funcionario público puede serlo por su condición de autor

directo o “indirecto” del hecho delictivo, al realizarlo “por medio de otro del que se sirve de instrumento” o mediante un acto de inducción, cooperación necesaria (sin la cual no se habría efectuado) o complicidad<sup>7</sup>.

## 2.2. Omisión

Esta actuación puede ser tanto por acción como por omisión (en los supuestos previstos en el artículo 11 CP), modalidades equiparadas cuando se trate de delitos que consistan en la producción de un resultado “cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”, estableciendo el texto punitivo que a tal efecto se equiparará la omisión a la acción: (i) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, y (ii) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Esto significa que para que un administrador quede exculpado penalmente no basta con no haber participado directamente en el delito, sino que además debe hacer todo lo posible para evitar que el mismo se cometa (posición de garante y deber de cuidado). A veces la práctica forense llega a alcanzar supuestos rayanos con la responsabilidad objetiva, proscritos por el artículo 5 CP, anteriormente citado, y transcritos, como se desprende del *obiter dicta* de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 1193/2010, de 24 de febrero, que se refiere a cuestiones relativas a la posición de garante que ostentan los administradores y directivos en la evitación de la comisión de delitos por sus subordinados, y a las posibilidades de atribuirles responsabilidad por omisión, cuando incumplan su deber jurídico de vigilar a aquellos de cuya conducta pueden derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos. Por su interés, se transcribe a continuación lo que dice dicha sentencia a este respecto:

“[...] no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último

6. Dice el artículo 5 CP: “No hay pena sin dolo o imprudencia”.

7. Dice el artículo 28 CP: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solo, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) los que inducen directamente a otro a ejecutarlo; b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría ejecutado”. Y el artículo 29 CP establece que “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. O dicho con otras palabras, elige permanecer pasivo sin requerir más información y sin ejercer sus facultades superiores.

“En la STS nº 234/2010, de 11 de marzo, en la que se citaba la STS nº 257/2009 sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, se advertía que ‘...las actividades peligrosas pueden exigir de los superiores una mayor vigilancia respecto al cumplimiento de las normas y de las órdenes emitidas para evitar el daño manteniendo el riesgo dentro de los límites permitidos, que aquellas otras que ordinariamente no son creadoras de riesgo para intereses ajenos. Aun en estos casos puede establecerse una excepción cuando existan datos que indiquen al superior un incremento del peligro que lo sitúe en el marco de lo no permitido’. Es decir, que aun cuando se tratara de actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del jurídicamente permitido, no puede escudarse en la pasividad para salvar su responsabilidad.

“Por lo tanto, el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado y su actividad, o no actúa para impedirlo.

“[...]

“Por otra parte, el ejercicio de aquellas facultades de control sobre la conducta del subordinado no son renunciables unilateralmente. Esta Sala ya advirtió en la STS de 23 de abril de 1992, que ‘los alcances del deber de garantía dependen de la Ley que los impone y no de la voluntad de aceptarlos limitadamente de aquel al que tales deberes incumben’”.

La sentencia, cuyo fundamento se ha transcrito, advierte cuál es o ha de ser el alcance de la posición de garante y del deber de cuidado, que no permite “mirar para otro lado” cuando se sabe de la infracción legal cometida por los subordinados, ya que en estos casos la omisión se equipara a la acción.

## 2.3. Personas jurídicas

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<sup>8</sup>. Esta responsabilidad es independiente –y acumulativa– a la de las personas físicas, tanto por acción u omisión directa como por acción u omisión indirecta en los términos indicados del artículo 31 CP, ya referidos.

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 dicho artículo 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.

Tampoco todas las personas jurídicas son susceptibles de ser inculpidadas penalmente. En lo que interesa a este trabajo, el CP ha excluido de forma expresa la responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas mencionadas, con mejor o peor acierto, en el apartado 5 del artículo 31 bis, que, como se ha adelantado, ha sido modificado por la reciente Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

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 las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando

8. Este artículo 31 bis ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. La modificación se refiere a la inclusión de los partidos políticos como sujetos penalmente responsables.

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. 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 –y que esta no ha sido modificada en este aspecto por la Ley Orgánica 7/2012–, 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 cometerse 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.

En este sentido se manifiesta la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, que al tratar este tema dice: “En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto. La misma interpretación

teleológica a la que se hacía referencia con anterioridad, obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiendo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, en las condiciones ya apuntadas, las sociedades autonómicas, provinciales y locales”.

## 2.4. Conflictos de interés

La exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica –piénsese en una empresa mixta municipal– reclama, obviamente, la atribución a la misma del *status* de parte pasivamente legitimada para ejercer su derecho de defensa, junto con la persona física (si también contra ella se dirige el proceso) o en solitario. Así pues, la persona jurídica habrá de figurar como “imputada” y luego como “acusada” para poder ser “condenada”.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) ha sido reformada en este sentido por la Ley 37/2011, de agilización procesal, que recoge en su artículo 119 lo referente a la imputación de la persona jurídica en los siguientes términos:

“Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con esta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades: a) la citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como abogado y procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado; b) la comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el abogado de la entidad; c) el juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al abogado, de los hechos que se imputan a esta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada; d) la designación del procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practi-

cándose con el procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada”.

La persona jurídica, desde que se dirija contra ella la investigación, podrá personarse en la causa y conocer las actuaciones e intervenir en ellas. Es más, habrá de ser llamada al proceso, pues la salvaguarda de su derecho de defensa exige que por el Juzgado de Instrucción se le comunique la imputación (artículo 118 LECrim), de forma que: i) en el “proceso abreviado” se le reciba la declaración prevista por el artículo 775 LECrim, como presupuesto necesario para la continuación del procedimiento contra ella; ii) en el “proceso común para delitos muy graves” se dicte auto de procesamiento frente a la misma y se le reciba declaración indagatoria (artículo 384 LECrim); iii) en el “proceso ante el Tribunal del Jurado” se le ponga en conocimiento de la imputación y se la convoque a la comparecencia para concretarla (artículo 25 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado); y iv) también en el curso de las diligencias preliminares de la Fiscalía, la persona jurídica investigada ostentará el derecho de defensa que el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal reconoce al “sospechoso”.

Como una persona jurídica constituye una ficción, su presencia en el proceso será virtual, si bien su declaración en fase de instrucción y juicio habrá de prestarse por un representante que encarne su capacidad de comunicación, para contestar a las preguntas o guardar silencio. Ello sin perjuicio de su representación por procurador y la asistencia letrada (“abogado de la entidad”). Así las cosas, el representante especialmente designado será el reflejo de la persona jurídica durante

la tramitación del proceso penal, siendo su primera intervención la comparecencia en calidad de imputado en el modo y forma previsto en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero con la especial circunstancia de que la incomparecencia del representante designado por la persona jurídica permitirá la práctica de la declaración, entendiéndose que la persona especialmente designada se acoge a su derecho a no declarar si no comparece, tal y como se prevé en el nuevo artículo 409 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Surge aquí el problema del posible conflicto de interés entre la defensa de la autoridad o funcionario imputado y la de la persona jurídica imputada, ya que esta puede alegar en su defensa que el hecho delictivo no fue cometido por su representante legal o administrador de hecho o de derecho “en nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho”, o por cualquier empleado “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas o pese a haberse ejercido sobre los mismos el debido control”, lo que supondría hacer recaer la responsabilidad penal exclusivamente en la persona física, lo que comporta, igualmente, la responsabilidad civil directa (sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria en los casos en que cabe, según lo expuesto más arriba).

Ello supone no solo la existencia de un conflicto de interés en la defensa penal, sino también en la civil directa (salvo que la defensa pase por negar los hechos imputados o determinar la exención de responsabilidad penal por cualquiera de los medios admitidos en derecho) y, sobre todo, en la responsabilidad civil subsidiaria, cuando la misma se intente fundamentar en el ejercicio del cargo o función pública del agente causante del daño derivado de una conducta ilícita. ■

---

# El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales

Eduardo Paricio Rallo

Magistrado

## 1. Introducción

## 2. Tipología básica de la actividad prestacional de las Administraciones locales en el derecho interno

2.1. Los perfiles generales en las formas de prestación de los servicios locales. La repercusión del artículo 128 CE

2.1.1. El servicio público

2.1.2. La actividad económica

2.1.3. La reserva de recursos y servicios esenciales

2.2. Reconstrucción del sistema

## 3. El impacto del derecho europeo. El servicio de interés económico general

3.1. Planteamiento general

3.2. El concepto de servicio de interés económico general –SIEG–

3.3. Exclusiones

3.4. Requisitos formales en la constitución de un SIEG

## 4. Epílogo

## Resumen

En este trabajo se pone de manifiesto la dificultad de encaje entre las categorías tradicionales de servicio público y actividad económica que perviven en nuestro ordenamiento local, con el principio de libre competencia y con el concepto de servicio reservado que en su momento introdujo la Constitución española.

A su vez, se pone de manifiesto cómo ha irrumpido en nuestro panorama jurídico la idea europea del servicio de interés económico general, concepto este que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo está imponiendo con creciente intensidad, y que cuestiona seriamente nuestra idea tradicional de servicio público. Por ello, se considera que es ya urgente reordenar nuestro derecho, dando cabida al concepto SIEG y abriendo los canales jurídicos que permitan su aplicación por parte de las Administraciones locales españolas.

Palabras clave: *servicio público local; actividad económica; iniciativa pública; reserva de sectores y servicios; servicio de interés económico general: concepto y requisitos.*

## *The European concept of a service of general interest and municipal services*

### **Abstract**

*This article points out the difficulties in trying to reconcile the traditional categories of public service and economic activity that are still alive in Spanish local law and the principles of free market competition and the concept of reserving a service in favour of Public Administrations that introduced the Spanish Constitution. Moreover, this article describes how the European concept of service of general interest has invaded our legal system, specially, because of the task of the Court of Justice of the European Union. This concept is a serious challenge for the Spanish traditional concept of public service and must be faced without delay. Thus, this article proposes a change in the Spanish legal system: it should incorporate the concept of service of general interest and allow its implementation by Spanish Public Administrations.*

Keywords: local public service; economic activity; public initiative; reservation of sectors or services in favor of Public Administrations; service of general interest: concept and requisites.

## **1. Introducción**

Buena parte de los servicios municipales actúan en mercados económicos en concurrencia con la iniciativa privada: ferias, servicios funerarios, aparcamientos, servicios sociales, tratamiento de residuos, enseñanza, instalaciones deportivas o culturales, construcción y promoción de viviendas sociales, transportes, mercados municipales, etc. Incluso en sectores intrínsecamente públicos como el de la seguridad se ha introducido la iniciativa privada, de forma que lo que antes era una prestación en solitario de los poderes públicos es ahora un mercado económico.

En términos generales esta concurrencia público-privada no ha comportado hasta ahora problemas significativos en nuestro ordenamiento, incluso cuando la intervención pública va acompañada de privilegios financieros o de otra índole que afectan a la competitividad de las empresas que concurren en el mercado afectado.

Ciertamente en nuestro país rige el principio de libre competencia, principio estrechamente vinculado a la libertad de empresa. Ahora bien, por el momento tal principio no ha limitado la libertad con la que los servicios públicos operan en los mercados económicos.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido en ocasiones la necesidad de respetar las reglas de la competencia, pero se ha mostrado condescendiente con las iniciativas locales que inciden en el mercado en la medida en que no se demuestre que generan efectivamente daños reales y efectivos a la libre competencia, desequilibrios que no encuentren justificación en el perfil social

o público de la intervención (Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, secc. 4.<sup>a</sup>, sentencia de 26 de febrero de 2002, rec. núm. 3050/1996). Un planteamiento que sin embargo no comparte la jurisprudencia europea que, como se verá, impone a las iniciativas públicas y a cualquier forma de intervención un requisito de formalización y justificación previa del interés público, trasladando a la Administración la carga de probar la no afectación del mercado más allá de lo estrictamente indispensable para justificar el interés público comprometido [Tribunal de Justicia (CE) Pleno, sentencia de 23 de octubre de 1997, procedimiento núm. C-157/1994].

Hasta ahora, nuestra concepción de servicio público y una idea simplista de la economía mixta de mercado, han sido datos suficientes para justificar la iniciativa pública de prestación de servicios con despreocupación de sus efectos sobre el mercado.

Sin embargo esta situación queda cuestionada por el ordenamiento europeo que, progresivamente, ha ido delimitando la iniciativa pública en función de su impacto sobre los mercados. Una idea esta que sin embargo ya se encontraba en nuestra Constitución. En efecto, el artículo 128 CE define los perfiles de la actividad prestacional de las Administraciones Públicas en función de su incidencia sobre la libertad de empresa y el principio de competencia. No obstante, tal planteamiento no ha llegado a desarrollarse plenamente en la legislación postconstitucional que, al igual que nuestra jurisprudencia, ha mantenido por inercia la idea tradicional del servicio público.

Las cosas se podían haber mantenido así de forma indefinida, pero, como se verá, el ordenamiento co-

munitario, y singularmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, nos fuerzan a replantear los perfiles de la actividad de las Administraciones Públicas en tanto que operadores en los mercados económicos, y, en definitiva, la misma idea central de servicio público que hasta ahora hemos mantenido.

## 2. Tipología básica de la actividad prestacional de las Administraciones locales en el derecho interno

### 2.1. Los perfiles generales en las formas de prestación de los servicios locales. La repercusión del artículo 128 CE

Servicio público, actividad económica, iniciativa pública, reserva de recursos y servicios esenciales. Se trata de categorías elementales referidas a los diversos perfiles que adopta la actividad prestacional de las Administraciones locales y, sin embargo, todavía no hemos conseguido ponernos de acuerdo sobre su significado preciso. Ni la ley, ni la jurisprudencia ni la doctrina ofrecen una sistematización clara y unívoca sobre el alcance de tales conceptos. Veamos:

#### 2.1.1. El servicio público

El servicio público queda conceptuado en los artículos 25.1 y 85.1 de la Ley de bases del régimen local –LRBRL– como una actividad de prestación que los municipios pueden llevar a cabo en los ámbitos competenciales que les corresponden, con el objetivo de satisfacer las aspiraciones de la comunidad vecinal:

“Artículo 25

“1. El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”.

“Artículo 85

“1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”.

Este es un planteamiento que responde a la idea tradicional del servicio público; esto es, un concepto cuyo alcance se define en función de la persona jurídica que lo ejerce, persona que por otro lado asume la titularidad del servicio (artículo 159.3 del Regla-

mento de obras, actividades y servicios de las entidades locales –ROAS–, aprobado por el Decreto catalán 179/1995).

Según se desprende de los preceptos reproducidos, la actividad de servicio público queda vinculada de forma genérica a las competencias locales. Este planteamiento no comporta inicialmente un monopolio del prestador público, de forma que ordinariamente la actividad pública de servicio concurre con la iniciativa privada.

Ni la Ley de bases ni la Ley municipal y de régimen local de Cataluña –LMRLC– disponen que el servicio público local deba respetar la libre competencia, aunque se proyecte en un mercado. Ello es así en nuestro ordenamiento porque hemos entendido que hay muchos servicios que no pueden considerarse económicos o empresariales en sentido estricto. En ámbitos como la enseñanza, iniciativas culturales, servicios sanitarios u otros similares, el servicio municipal concurre en el correspondiente mercado con la iniciativa privada. Sin embargo, consideramos razonable que la Administración actúe al margen de las reglas estrictas de la libre competencia en atención a los objetivos y el perfil de la intervención.

No obstante, el artículo 162 ROAS impone la libre competencia a todos los servicios públicos locales, con la única excepción de los reservados en régimen de monopolio. Un planteamiento que deviene retórico, puesto que en la práctica difícilmente puede hablarse de libre competencia cuando las ayudas y privilegios que la Administración otorga al servicio del que es titular son habituales. No solo ayudas financieras, sino también otras como por ejemplo la utilización de las prerrogativas inherentes a los entes públicos en los casos de gestión directa –potestad tributaria y apremio, potestad expropiatoria, ejecución forzosa de decisiones, prerrogativas de la Hacienda Pública, potestad sancionadora, recepción obligatoria del servicio por los usuarios, etc.–. Un utilaje de intervención que abrumba a cualquier competidor privado.

#### 2.1.2. La actividad económica

La actividad económica responde, en cambio, a una iniciativa materialmente industrial o comercial que los municipios emprenden en términos empresariales, en un riguroso contexto de libre competencia. Una actividad que no requiere una competencia for-

malmente atribuida al municipio, como sucede en el caso de los servicios públicos. Es suficiente con que la iniciativa responda a un fin genérico en beneficio de los habitantes del municipio. Así lo expresa el artículo 136 del Reglamento de obras y servicios de los entes locales:

“Artículo 136. Iniciativa de actividades económicas

“136.1. Las entidades locales pueden ejercer la iniciativa para el desarrollo de actividades económicas en régimen de libre concurrencia en el marco de la economía de mercado.

“136.2. Dicha actividad tendrá que responder, en todo caso, al interés público local”.

Como se ha apuntado ya, esta actividad queda sometida estrictamente al principio de libre competencia en el mercado en el que se proyecta, de forma que no resulta admisible ninguna ayuda o ventaja que pueda falsear la competencia. Ello no excluye la posibilidad de aportaciones de la Administración si las mismas se corresponden con el comportamiento ordinario de un empresario, ni la compensación de los sobrecostes asociados al cumplimiento de finalidades de interés público. El artículo 138 ROAS es explícito en este sentido:

“Artículo 138. Respeto al principio de libre concurrencia

“138.1. Las entidades jurídicas que, en su caso, se constituyeren para el ejercicio de actividades económicas, se someterán a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado, no pudiendo percibir ningún tipo de ayuda o ventaja económica gratuita, ya sea en forma de prestaciones positivas o mediante intervenciones que rebajen o minoran las cargas que graven el presupuesto de la entidad jurídica que supongan preferencia respecto de las demás empresas del sector, ni utilizar prerrogativas de la Administración.

“138.2. No obstante, cuando la entidad tenga una minoración de los ingresos de explotación y un aumento de los costes de producción como consecuencia de la imposición de obligaciones de interés público por parte de la entidad local de la cual dependan que supongan una desventaja respecto del resto de empresas del sector, se le concederá algún tipo de ayuda económica para compensar la diferencia”.

Por otro lado, el principio de libre competencia se proyecta en este caso en la imposición de las formas de gestión que utilizan el derecho privado en las relaciones de mercado –artículo 243.3 LMRLC–, circunstancia que permite el ejercicio de la actividad en términos de igualdad con los prestadores particulares.

### 2.1.3. La reserva de recursos y servicios esenciales

Este es un concepto introducido por la Constitución en su artículo 128, concepto que queda recogido junto con el de iniciativa pública en el artículo 86 de la Ley de bases del régimen local:

“Artículo 86

“1. Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 de la Constitución.

“2. Cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

“3. Se declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: Abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros. El Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

“La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la comunidad autónoma”.

Estamos, pues, ante un planteamiento constitucional que introduce un criterio de ordenación de la actividad pública ajeno al binomio servicio público-actividad económica.

Nótese que la Constitución no incluye ninguna referencia general al servicio público como tal, se limita a aludir ocasionalmente a una actividad prestacional específica de los poderes públicos para garantizar determinados derechos puntuales como el de enseñanza –artículo 27–, el de sanidad –artículo 43–, o la protección a la tercera edad –artículo 50–.

El artículo 128 CE ha sido objeto de múltiples interpretaciones, desde la que entiende que el precepto no añade nada nuevo a la idea de servicio público, de forma que servicio público y reserva coinciden, hasta la visión del servicio reservado como una quintaesencia del servicio público que, no obstante, sigue existiendo al margen de la reserva. También hay diversidad de opiniones sobre la titularidad del servicio en uno y otro caso; esto es, si la titularidad por parte de la Adminis-

tración es exclusiva de la reserva, o se mantiene también en el caso de servicios públicos no reservados.

Pues bien, el artículo 128 CE se limita a ordenar la acción pública por contraste con la libertad de empresa y la libre competencia. Ese es el criterio central del planteamiento constitucional. Tal ordenación abarca toda la actividad materialmente económica de la Administración; esto es, la que incide en un mercado determinado, independientemente de que se configure o no como un servicio público.

En ese sentido, la reserva lo es respecto a determinados recursos o servicios que se consideran esenciales. Por consiguiente, estamos ante una reserva –al sector público– de un mercado determinado. De ahí se puede deducir que en tales mercados la libertad de empresa queda debilitada en favor de una intervención pública más o menos intensa. En este sentido, el artículo 128 admite una actuación monopolística o no monopolística de la Administración, pero en todo caso al margen de la libre competencia en sentido puro.

En definitiva, si en el servicio público tradicional estábamos ante la titularidad municipal de un concreto servicio, en el caso de la reserva estamos ante la titularidad de un sector del mercado, con la consiguiente mediatización pública del mismo.

Ciertamente, el artículo 245 de la Ley municipal y de régimen local establece que en un sector reservado la iniciativa municipal se rige por la libre competencia si no se ha establecido el monopolio. Tal planteamiento resulta incoherente, puesto que asimila la posición municipal en un sector reservado sin monopolio a la situación ordinaria del municipio en el ejercicio de actividades económicas en general, de forma que la reserva deviene inútil y superflua. Por ello, cabe entender que en los casos de reserva sin monopolio la libre competencia es, en todo caso, un imperativo debilitado.

## 2.2. Reconstrucción del sistema

Como se ha visto, en nuestro sistema legal pervive la antigua distinción servicio público-actividad económica, y en ella se ha insertado un planteamiento nuevo que aporta la Constitución como es la reserva de recursos y servicios esenciales, sin que el encaje haya sido resuelto todavía.

La distinción clásica servicio público-actividad económica podía ser pacífica en su momento, pero ya no es así.

Debemos aislar en primer lugar los servicios públicos que se corresponden con el ejercicio de la autoridad pública. Hay en el artículo 25 de la Ley de bases muchos ámbitos de actuación que responden a dicho perfil: seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico, protección civil, prevención de incendios, disciplina urbanística, protección del medio ambiente, defensa de consumidores, etc.

Otro ámbito que no plantea problemas especiales es el referido a los servicios públicos vinculados al dominio público como, por ejemplo, la conservación de las vías y espacios públicos.

Las dificultades surgen en lo que se refiere a actividades prestacionales no vinculadas al ejercicio de autoridad.

En efecto, en primer lugar no es posible diferenciar claramente entre servicio público y actividad económica desde la perspectiva de su naturaleza material. El artículo 25 LRRL incluye actividades muy variadas, buena parte de las cuales tienen un contenido económico o empresarial: promoción y gestión de viviendas, abastecimientos, mataderos, mercados municipales, servicios funerarios o servicios sociales.

Tampoco es posible la diferenciación desde la perspectiva de la existencia o no de mercado en el ámbito en el que se proyecta la intervención pública, puesto que si bien históricamente era frecuente que la Administración fuera la única prestadora en muchos sectores, ahora es habitual que exista una prestación privada de servicios –esto es, un mercado económico– en casi todos los ámbitos en los que actúa la Administración. Así ha sucedido en sectores como los servicios sociales, instalaciones e iniciativas culturales o deportivas, aparcamientos, ferias, cementerios, tratamiento de residuos, mataderos, o transporte de viajeros.

Por otro lado, el concepto de competencia local se ha expandido hasta límites ciertamente difusos. En este sentido, el artículo 4 de la Carta Europea de Autonomía Local atribuye a las entidades locales una capacidad de intervención de carácter residual; esto es, en toda materia no excluida o atribuida a otra Administración. El artículo 28 LRRL abunda en esta idea; el artículo 25 no incluye propiamente un listado de competencias, sino una remisión a la legislación sectorial. Asimismo, el artículo 66.2 LRRL establece genéricamente la competencia de los entes locales en campos tan amplios como la sostenibilidad ambiental, la gestión territorial, la cohesión social, las infraestructuras de movilidad, la conectividad, la tecnología de la información y de la comunicación, o abastecimientos ener-

géticos. Por consiguiente, la vinculación del servicio público local al ejercicio de una competencia formalmente reconocida como tal, no es un buen parámetro de diferenciación con la actividad económica si resulta que el concepto de competencia se ha vuelto tan difuso. Es más, el artículo 66.1 LMRLC vincula el servicio público local no ya a la actividad que se corresponde con una competencia, sino a la relacionada con la realización de actividades que “contribuyan a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de la comunidad de vecinos”, de forma que diluye la diferencia entre servicio público y actividad económica.

Por consiguiente, y a pesar del planteamiento de los artículos 25.1 y 85 LRBRL, resulta poco operativo el criterio de distinción de los servicios públicos locales respecto a la actividad económica de la Administración, en el sentido de que los primeros son los vinculados al ejercicio de las competencias municipales, mientras que los segundos se corresponden con los demás supuestos de iniciativa pública.

El caso es que la Ley de bases del régimen local y la normativa municipal en su conjunto mantienen las tres categorías con sustantividad propia: el servicio público, referido a las competencias genéricamente atribuidas a los municipios; la actividad económica, para finalidades que beneficien a los vecinos, y la reserva de recursos o sectores, con carácter restringido a unos pocos servicios.

La jurisprudencia, aunque de forma vacilante, se ha hecho eco de este planteamiento canónico. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 admite la libertad municipal para ejercer la actividad económica respecto a iniciativas de interés público, sometiéndola en este caso a un régimen estricto de libertad de mercado. El mismo Tribunal establece la sustantividad propia de las categorías de servicio público y actividad económica, quedando la primera vinculada a las competencias municipales, aunque entiende que, al menos en el ámbito local, el servicio público no comporta la titularidad del sector en el que se interviene (Tribunal Supremo, sentencia de 23 de mayo de 1997 –rec. núm. 6813/1991–).

Ahora bien, la jurisprudencia ha admitido también que la naturaleza materialmente económica del servicio público es una circunstancia que impone la necesidad de seguir el procedimiento propio de la iniciativa pública, y exige asimismo respeto a las reglas de la libre competencia con la iniciativa privada (Tribunal Supremo, sentencias de 1 y 26 de febrero de 2002, recursos núm. 6139/1996 y núm. 3050/1996, respectivamen-

te). Otra cosa es si esas reglas rigen con la misma intensidad que en el caso de la actividad económica.

De ello se desprende que la condición materialmente económica del servicio público lo sitúa en la órbita de la iniciativa pública, y, consiguientemente, lo somete a los requisitos procedimentales correspondientes para su instauración, imponiéndole un funcionamiento respetuoso con el mercado.

En este mismo sentido puede interpretarse el artículo 95 del texto refundido de régimen local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986:

“Artículo 95

“1. Los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. [...]”.

Así pues, en este momento los servicios públicos locales de contenido materialmente económico quedan sometidos a la lógica de la iniciativa pública y, eventualmente, a la dinámica del artículo 128 CE. De acuerdo con este planteamiento, solo serían admisibles las restricciones a la libre competencia en los sectores que han sido objeto de reserva legal.

En este contexto puede establecerse la siguiente categorización:

\* Actividad económica: se corresponde con la consecución de fines públicos en general. Requiere el procedimiento de iniciativa pública –artículo 86.1 LRBRL– y queda sometida estrictamente a las reglas de libertad de mercado.

\* Servicio público local: se corresponde en un sentido amplio con el ejercicio de competencias reconocidas al ente local:

➤ Para el ejercicio de funciones de autoridad o el ejercicio de actividad no económica: no se insertan en el mercado. Libertad de configuración.

➤ Para el ejercicio de actividades económicas. Artículo 128 CE y 86 LRBRL: procedimiento de iniciativa pública:

- En general: libertad de mercado estricta.
- Reserva simple: concurrencia, libertad de mercado relativa.
- Reserva monopolística: no concurrencia de la iniciativa privada.

Ciertamente este es un planteamiento que tiene dificultades de encaje en la dinámica actual de nuestro ordenamiento infraconstitucional, puesto que la legislación ha efectuado una reserva de sectores en favor de las entidades locales en términos muy restrictivos. En consecuencia, el grueso de los servicios públicos lo-

cales se encontraría ahora en una situación de libre mercado. Así sucedería con la promoción y gestión de viviendas, sanidad, servicios sociales o instalaciones culturales, deportivas o de ocio. Unos servicios a los que la Administración no podría otorgar ningún privilegio susceptible de falsear la competencia.

Por ello, un planteamiento como el descrito requiere para su operatividad la revisión del listado de sectores reservados a la actividad local.

### 3. El impacto del derecho europeo. El servicio de interés económico general

#### 3.1. Planteamiento general

Sea como fuere, el perfil de la intervención de las Administraciones Públicas queda notablemente afectado por el derecho europeo en la rápida evolución que en este aspecto ha experimentado durante los últimos años.

En efecto, el pilar básico en la construcción europea es la consecución del mercado único. Objetivo que, a su vez, se fundamenta en el principio de libre competencia. Este principio se proyecta en la libertad de establecimiento y en la libertad de prestación de servicios, con la consiguiente prohibición de restricciones. Véanse los siguientes artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–:

“Artículo 49

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

“[...]

“Artículo 56

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

“[...]

“Artículo 57

“Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no

se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

“Los servicios comprenderán, en particular:

“a) actividades de carácter industrial;

“b) actividades de carácter mercantil;

“c) actividades artesanales;

“d) actividades propias de las profesiones liberales”.

El caso es que la progresión legislativa y, sobre todo, la jurisprudencia desarrollada a partir de los citados principios cuestionan seriamente la concepción del servicio público que mantenemos todavía en nuestro país.

En efecto, para nosotros el servicio público se identifica esencialmente con una organización pública prestadora del servicio. Una organización que puede operar en el mercado cargada de privilegios, con abstracción de los efectos que pueda producir sobre la libre competencia de los operadores privados. Esta es una concepción subjetiva del servicio público, paralela a una concepción también marcadamente subjetiva del derecho administrativo en general. Sin embargo, y como veremos, el derecho europeo ha impuesto ya una concepción estrictamente objetiva del servicio público.

Ciertamente los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios quedan inicialmente referidos en el Tratado a las relaciones transnacionales; esto es, a la libertad de los prestadores de un país para ejercer su actividad en otro país de la Unión. Ahora bien, progresivamente tales libertades se han generalizado, de forma que operan también en el ámbito interno de los Estados miembros (TJUE, sentencia de 20 de febrero de 2001, núm. C-205/1999). La Directiva de servicios es un ejemplo en este sentido, en la medida en que no se limita a proteger a los prestadores de servicios que provengan de otros Estados, sino a todos los operadores, internos o externos.

La Unión Europea es consciente de la relevancia de los servicios de interés general y del papel que tales servicios desempeñan en aspectos tan esenciales como la cohesión social. Unos servicios que quedan explícitamente reconocidos en el Tratado –artículo 14 y protocolo núm. 26–. En este contexto, la Unión se impone el objetivo de conciliar la consecución de los objetivos de servicio público con el principio estructural de libre competencia.

A partir de este planteamiento, los órganos de la Unión han desarrollado una intensa actividad con el objetivo de establecer un modelo que armonice tales valores. En este sentido, desde finales de los años no-

venta se han sucedido diversos actos y decisiones de la Comisión, singularmente los libros blanco y verde sobre los servicios de interés general de 2003 y 2004, la decisión y el marco SIEG de 2005, la guía de los servicios de interés económico general de 2010, o la reciente comunicación 2012 C 8-02.

Paralelamente, el TJUE ha desarrollado una intensa jurisprudencia en esta materia, jurisprudencia que está operando como una auténtica locomotora en la progresión del nuevo modelo.

El punto de apoyo sobre el que ha pivotado la jurisprudencia del Tribunal es el artículo 107 TFUE, y la restricción que dicho precepto establece respecto a las ayudas o las ventajas concedidas por los poderes públicos a las empresas propias o ajenas:

“Artículo 107

“1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

### 3.2. El concepto de servicio de interés económico general –SIEG–

La idea central del modelo europeo es el servicio de interés económico general. Un concepto que responde a los siguientes parámetros:

– La Unión reconoce a los Estados libertad para definir servicios de interés general.

Con excepción de los sectores sometidos a una regularización impuesta por la UE –correos, telecomunicaciones, transportes o energía–, la UE no puede fiscalizar tal decisión, excepto en los casos de “error manifiesto”.

– Así pues, los poderes públicos de los Estados miembros pueden considerar ciertos servicios como servicios de interés general, aunque tengan un contenido económico e incidan en el mercado. En ese contexto, si entienden que la oferta del mercado no es satisfactoria, pueden definir determinadas prestaciones en forma de obligaciones de servicio –misiones de servicio público–. La misión de servicio público constituye propiamente el concepto de servicio público para el derecho comunitario; un concepto de carácter estrictamente objetivo.

Hasta ahora, los órganos de la UE han respetado la libertad de los Estados para intervenir mediante la creación de un SIEG independientemente de la existencia de una necesidad objetiva.

Sin embargo, la Comunicación de la Comisión UE C 8/02 (DOUE de 11 de enero de 2012) introduce un condicionante para la creación del SIEG, en el sentido de que los objetivos de interés público que la Administración se propone no estén ya cubiertos por la iniciativa privada:

“48. Por tanto, la Comisión considera que no sería adecuado vincular obligaciones específicas de servicio público a una actividad que ya efectúan, o pueden efectuar satisfactoriamente y en condiciones, tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado. En cuanto a si un servicio puede ser prestado por el mercado, la evaluación de la Comisión se limita a comprobar si el Estado miembro ha cometido un error manifiesto”.

Se trata de un planteamiento tomado de la sentencia del TJCE de 20 de febrero de 2001 (asunto C-205/1999). Si esta idea se consolida, parece que estamos abocados a una posición de subsidiariedad de los poderes públicos en la economía, planteamiento histórico que habíamos abandonado ya en nuestro derecho.

– La misión de servicio público paradigmática es el servicio universal; concepto este que responde al objetivo de garantizar el acceso de todos los ciudadanos al servicio en cuestión. El servicio universal impone a los proveedores la obligación de prestar servicios concretos en determinadas condiciones; esto es, con una cobertura territorial completa, unos niveles de calidad mínimos y a un precio asequible.

– La misión de servicio público puede ser considerada como una obligación de carácter general y, por tanto, encomendada al conjunto de operadores; o bien puede ser atribuida exclusivamente a uno o varios operadores.

– Correlativamente, la financiación del servicio de interés económico general –esto es, de la misión de interés general– puede imputarse al conjunto de operadores como una carga, manteniendo de esa manera su neutralidad desde la perspectiva de la competencia, o bien puede ser asumida por la Administración compensando a los operadores –respetándose igualmente la neutralidad de la financiación–.

– Asimismo, cuando la garantía del servicio de interés general así lo requiera, los poderes públicos pueden introducir otras restricciones en la medida en que las mismas puedan resultar necesarias para financiar el servicio o, en general, para garantizar la consecución de la misión de interés general. Así, la jurisprudencia europea ha admitido limitaciones como la imposición de una autorización a los operadores privados (TJCE, sentencia de 20 de febrero de 2001, asunto C-205/1999), el establecimiento de derechos especiales o exclusivos en favor de los prestadores que asumen las misiones de interés general (TPICE, sentencia “BUPA” de 12 de febrero de 2008, asunto T-289/2003), incluso la imposición de los precios o tarifas de la prestación (TJCE, sentencia de 20 de abril de 2010, asunto C-265/08).

– En todo caso, la financiación pública o cualquier otra forma de ayuda queda restringida al coste de la misión más un beneficio industrial razonable.

Las ayudas o privilegios solo son admisibles si resultan proporcionales a los sobrecostes que ocasiona la misión de interés general. Por el contrario, resultarán inadmisibles en la medida en que excedan lo necesario para garantizar el cumplimiento de dicha misión de interés general.

Tal equilibrio queda igualmente recogido en el artículo 138.2 ROAS antes citado, al vincular las eventuales ayudas o ventajas a los sobrecostes derivados de la imposición de obligaciones de interés público.

– A este respecto, se considera ayuda no solo la aportación financiera, sino cualquier otra medida de apoyo susceptible de mejorar la competitividad de la empresa favorecida y, en consecuencia, falsear la competencia. En este punto es indiferente que la medida persiga objetivos sociales o similares (TJCE, sentencia de 26 de septiembre de 1996, asunto 241/94).

La jurisprudencia ha considerado como ayudas no solo las subvenciones, sino también la concesión de créditos en condiciones favorables, la prestación de garantías por parte de la Administración a la empresa operadora, el reconocimiento de beneficios tributarios, la aportación de capitales más allá de lo que se correspondería con el comportamiento normal de un inversor privado (TJCE, sentencia de 14 de septiembre de 1994, asunto C-42/93), y cualquier otra medida de efecto equivalente.

– El régimen descrito resulta independiente de la naturaleza pública o privada de la empresa gestora del servicio –principio de neutralidad–. En este aspecto el derecho europeo difiere de nuestra tradición jurídica,

tradición en que la naturaleza pública del operador ha sido razón suficiente para justificar los privilegios con los que opera y los desequilibrios del mercado y de la libre competencia que puedan resultar.

Este principio de neutralidad y la sumisión de las empresas públicas a las reglas de la libre competencia es la punta de lanza que desestabiliza nuestra concepción tradicional del servicio público, y genera un cambio de paradigma al que habrá que adaptarse.

Como puede comprobarse, la idea de servicio público implícita en el concepto SIEG es objetiva; esto es, se define por referencia al objetivo de la intervención, con total abstracción del sujeto que la protagoniza. Por otro lado, estamos ante una concepción esencialmente ligera de la intervención, que debe ser la mínima indispensable para la consecución del objetivo, al menos en lo que afecta al mercado. En definitiva, un servicio público que podemos calificar como minimalista.

### 3.3. Exclusiones

Quedan fuera de las reglas de competencia y, por tanto, del anterior planteamiento los siguientes sectores de la actividad pública:

A/ Las regalías o prerrogativas mediante las cuales el Estado ejerce su soberanía o actúa como tal Estado. En este caso están los servicios de autoridad en general, Policía, Justicia, Asuntos Exteriores o la inspección de actividades privadas.

B/ Los servicios no económicos de interés general, concebidos como servicios en los que el Estado cumple su función en los campos social, cultural o educativo; unos servicios que se prestan a la población y que no tienen un carácter predominantemente económico; esto es, los que se nutren esencialmente de la financiación del Estado o de la aportación solidaria de los ciudadanos, de forma que la contraprestación eventualmente abonada por el usuario no es significativa. En términos generales se encuentran en este caso servicios como la seguridad social, la educación o los sistemas nacionales de salud.

No es fácil establecer una frontera clara entre el servicio de interés general y el servicio de interés económico general. En el ámbito del derecho de competencia, el TJUE ha establecido que debe considerarse como actividad económica –por tanto, sujeta a la libre competencia– cualquier actividad consistente en ofrecer por parte de una empresa bienes o servicios en un determinado mercado a cambio de remuneración, con

independencia del carácter de la empresa y de su modo de financiación (TJUE, sentencia de 3 de marzo de 2011, procedimiento C-437/09).

El caso es que ofrecer bienes y servicios en el mercado es precisamente lo que hacen la mayor parte de nuestros servicios públicos. De ello se deduce que la práctica totalidad de los servicios prestacionales asumidos por nuestras Administraciones locales pueden considerarse “actividades económicas” en el sentido de los artículos 43 y 49 del Tratado CE.

En este contexto, el criterio de la existencia de remuneración o contraprestación significativa para distinguir el Servicio de Interés General del SIEG no es muy útil, puesto que en nuestro país es frecuente que los servicios públicos sean financiados de forma significativa por los usuarios mediante tasas y precios públicos.

Desde un punto de vista casuístico, el Tribunal ha establecido el carácter de servicio no económico de interés general en determinados ámbitos como la enseñanza o la seguridad social, valorando en este último caso la función de solidaridad y la no equivalencia entre cotizaciones y prestaciones (sentencia “Pucet”, de 17 de febrero de 1973, C-159/91). Ahora bien, en otros servicios prestacionales típicamente públicos la jurisprudencia europea ha considerado que tenían el carácter de servicio económico de interés general. Así ha sucedido parcialmente en materia de sanidad (sentencia “Smits-Peerbooms”, de 12 de julio de 2001, C-157/99, y sentencia TPI de 7 de noviembre de 2011, T-137/10), en materia de oficinas de colocación (sentencia “Höfner”, de 25 de abril de 1991, C-41/90), o incluso en materia de gestión de dominio público (TPI-CE, sentencia de 12 de diciembre de 2000, T-128/98).

En definitiva, no es fácil determinar la frontera entre el servicio de interés general y el servicio de interés económico general. La naturaleza o la finalidad del servicio no son en este sentido datos determinantes. Por otro lado, el hecho de que el objetivo del servicio sea esencialmente social no excluye su calificación como servicio de interés económico general. La comunicación de la Comisión UE de 26 de abril de 2006 se refiere a los servicios sociales de interés general, que define como aquellos que responden al principio de solidaridad y se caracterizan por la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones. Unos servicios cuyo objeto es garantizar determinados derechos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables, servicios en los que no hay ánimo de lucro. En este ámbito la Comisión admite la plena libertad de los Estados miembros para definir misiones de interés

general; aunque, cuando se trata de servicios de carácter económico, “también debe garantizarse la compatibilidad de sus modalidades de organización con otros ámbitos del derecho comunitario, en particular, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento y el derecho de competencia”, recordando en este sentido que “el Tribunal ha estipulado que deberán considerarse como actividades económicas, en el sentido del Tratado, las prestaciones ofrecidas normalmente a cambio de remuneración... De ello se deduce que la práctica totalidad de los servicios prestados en el ámbito social pueden considerarse ‘actividades económicas’ en el sentido de los artículos 43 y 49 del Tratado de la UE”.

C/ Las “ayudas de *mínimis*”.

El caso es que el derecho europeo de la competencia, en general, y las libertades de establecimiento y de libre prestación de servicios, en particular, quedan referidos a un ámbito interestatal; esto es, que se proyectan en el establecimiento o la prestación de servicios por parte de las empresas de un Estado determinado en otro Estado diferente.

En este contexto, la primera cuestión que se plantea es si tales principios operan exclusivamente a partir de un cierto volumen, de forma que las restricciones que por su cuantía no tengan la capacidad de afectar los flujos entre Estados puedan subsistir como una peculiaridad de derecho interno inmune a las imposiciones del derecho europeo. Una situación en la que podrían refugiarse buena parte de los servicios locales, si no todos.

En este sentido cabe recordar que, al establecer los límites de las ayudas estatales, el artículo 107 del Tratado solo se refiere a aquellas ayudas susceptibles de afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros:

“Artículo 107

“1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, [...]”.

Pues bien, en este punto la Comisión Europea se ha esforzado por poner límites a la expansión del derecho europeo de la competencia al ámbito de los servicios públicos, excluyendo en todo caso las ayudas prestadas por los poderes públicos que no superen determinado umbral económico. En este sentido, el Reglamento (CE) 1998/2006 fija un límite para las ayudas de 200 000 euros en el plazo de tres años, o su equivalen-

te si no se trata de una ayuda en dinero. Límite que el Reglamento UE 360/2012 eleva en lo que se refiere a las empresas que prestan servicios de interés económico general, a 500 000 euros en el mismo periodo de tres años.

Ahora bien, tanto la Comunicación de la Comisión UE de 26 de abril de 2006 sobre servicios sociales de interés general como la Decisión 2012/21/UE establecen que, para que operen los límites de *minimis*, las ayudas deben ser transparentes; lo que significa que deben quedar atribuidas formalmente mediante uno o varios actos del poder público en los términos que más adelante se indicarán.

Sin embargo, aunque la Comisión parte de la base de que las ayudas inferiores no afectan a los intercambios comunitarios, la exclusión lo es solo respecto al deber de comunicación de la ayuda, pero no afecta a la obligación de cumplir los requisitos inherentes a los SIEG, con la eventual ilegalidad de la ayuda o de las restricciones en caso contrario (Comunicación de la Comisión UE de 23 de marzo de 2011).

Por otro lado, a pesar de que la normativa europea formula inicialmente las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en un ámbito interestatal, tales libertades se extienden inevitablemente por vía de las legislaciones internas de transposición y también por vía jurisprudencial, de forma que acaban protegiendo también a los operadores nacionales frente a las intromisiones del propio Estado. La Directiva de servicios es un ejemplo en tal sentido.

Finalmente, por lo que se refiere a las ayudas, la jurisprudencia europea se ha mostrado particularmente beligerante en cuanto a los límites de *minimis*, res-tándolos trascendencia práctica:

Sentencia "Altmark Trans", de 24 de julio de 2003, núm. C-280/2000:

"81. Por último, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no existe un umbral o porcentaje por debajo del cual puede considerarse que los intercambios entre Estados miembros no se ven afectados. En efecto, la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen a priori la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros (véanse las sentencias Tubemeuse, apartado 43, y España/Comisión, apartado 42).

"82. Por tanto, el segundo requisito para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado, según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados miembros, no depende del carácter local o

regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate".

### 3.4. Requisitos formales en la constitución de un SIEG

Como se ha dicho, los poderes públicos disponen de un amplio margen de libertad para definir los servicios públicos o, en terminología europea, los servicios de interés general. Si tales servicios tienen un contenido económico en los términos expuestos, su configuración debe respetar determinados requisitos formales, sin los cuales no resultan admisibles sea cual fuere su cuantía.

El primer requisito es la previa definición formal de la misión o misiones de interés general.

En segundo lugar, la Administración debe atribuir dichas misiones a un prestador, sea público o privado, a varios de ellos o a todos los prestadores que operen en el mercado, en este último caso en calidad de obligación general. No es necesario que el encargo se efectúe mediante una norma; es suficiente en este sentido una resolución singular, como por ejemplo un contrato de concesión.

En la configuración del servicio la Administración debe determinar, asimismo, en qué medida la consecución de la misión de interés general requiere determinadas limitaciones en el mercado, como por ejemplo el otorgamiento de derechos especiales o exclusivos a los operadores encargados del SIEG, la imposición de tarifas, la concesión de determinadas ayudas u otras medidas de apoyo que resulten justificadas y proporcionales.

Tales obligaciones formales resultan ineludibles independientemente del régimen jurídico relativo a las ayudas estatales.

En cuanto a la concesión de ayudas, la citada sentencia "Altmark Trans", de 24 de julio de 2003, establece, además, unos requisitos complementarios:

"89. En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. [...]

"90. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras.

"91. Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

"92. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.

"93. En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones".

La Decisión 2012/21/UE define la configuración del SIEG en los siguientes términos:

"Artículo 4. Atribución

"El funcionamiento del servicio de interés económico general deberá atribuirse a la empresa en cuestión por medio de uno o varios actos cuya forma podrá ser determinada por cada Estado miembro. Estos actos deberán indicar, en particular:

"a) el contenido y la duración de las obligaciones de servicio público;

"b) las empresas afectadas y, si procede, el territorio afectado;

"c) la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas por la autoridad otorgante;

"d) una descripción del mecanismo de compensación y los parámetros aplicados al cálculo, control y revisión de la compensación;

"e) las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas, y

"f) una referencia a la presente Decisión.

"Artículo 5. Compensación

"El importe de la compensación no superará lo necesario para cubrir el coste neto derivado del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, incluido un beneficio razonable".

En este último sentido, las empresas designadas deberán llevar una contabilidad interna que indique por separado los costes e ingresos asociados al servicio de interés económico general.

Pero es que, en la más reciente doctrina de la Comisión de la Unión Europea, ese sistema de control de las ayudas estatales no es solo aplicable en los ámbitos de actuación pública en los que existe un mercado, sino también en los casos en los que el mercado se haya reservado a una única empresa (Comunicación de la Comisión UE 2012 8/02, apartado 2.3).

## 4. Epílogo

El derecho de la Unión Europea ha experimentado una rápida evolución, evolución que le ha llevado desde un planteamiento inicial de respeto a las diversas concepciones nacionales sobre la intervención de los poderes públicos en los mercados económicos, hasta una progresiva delimitación de las reglas del juego. Como se ha apuntado ya, en esa evolución la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha sido determinante.

Ahora nos encontramos ya en una nueva situación que nos obliga a adaptar nuestro ordenamiento interno. Una adaptación que comporta el salto cualitativo a un concepto objetivo y predeterminado del servicio público.

La construcción del concepto de servicio de interés económico general resulta determinante para nuestro derecho público en una doble dimensión: tanto por lo que se refiere a la actividad prestacional ejercida desde el poder público, como también en lo relativo a los parámetros del control administrativo sobre las actividades privadas.

Sin embargo, nuestro derecho no ha recibido todavía el concepto de servicio de interés económico general. Seguimos instalados confortablemente en nuestra idea tradicional del servicio público.

El planteamiento de la legislación general de régimen local sigue respondiendo al binomio clásico servicio público-actividad económica, un binomio que ha quedado superado por la normativa europea. En mi opinión ni siquiera hemos llegado a desarrollar adecuadamente el planteamiento del artículo 128 de la Constitución española. Dicho precepto sitúa las cosas precisamente en la misma lógica que informa el derecho europeo; esto es, en la lógica del equilibrio entre una intervención pública necesaria para la consecución del Estado social y los principios de libertad de empresa y libre competencia.

Como se ha apuntado, la adaptación habrá de comportar muchas limitaciones en contraste con la libertad que hasta ahora hemos tenido en este país respecto a la configuración y la actividad de los servicios públicos locales. Ahora bien, la construcción del SIEG también aporta algunas ventajas respecto a la actuación de las Administraciones Públicas en mercados liberalizados, y permite un margen de actuación que sería inaceptable en un modelo puro de mercado. El problema es que, en buena medida, la falta de recepción de este nuevo paradigma en nuestro ordenamiento interno nos impide disfrutar de una parte importante de los aspectos positivos de esta construcción.

Muestra de la falta de permeabilidad de nuestro sistema jurídico al concepto SIEG es la adaptación de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior. En efecto, dicha norma europea ha establecido las reglas del juego inherentes a la libertad de establecimiento y, al hacerlo, ha matizado el alcance de la liberalización en el caso de los sectores en los que operan servicios de interés económico general. En este sentido, la exposición de motivos advierte lo siguiente:

“Respecto a los SIEG, la Directiva establece que su aplicación no tiene que comportar la liberalización del SIEG ni la privatización de la entidad pública prestadora del servicio (artículo 1.1). El artículo 15.4 admite, en el caso de los servicios de interés general, un margen relativamente amplio para introducir restricciones cuantitativas, territoriales, imposición de servicios de prestación obligatoria, de tarifas u otros”.

El mismo artículo 15.4 permite en el caso de los servicios de interés económico general unas limitaciones a la actividad privada que inicialmente no resultan admisibles en el resto de mercados. Así, la Directiva admite en este caso la introducción de límites cuantitativos o territoriales en el establecimiento de actividades privadas, la imposición a la empresa prestadora de una

forma jurídica determinada, la exigencia de determinados requisitos respecto al capital, la reserva de determinadas prestaciones a operadores concretos, la obligación de disponer de un establecimiento en el término municipal, la imposición de un número mínimo de empleados, la fijación de las tarifas, o la obligación de efectuar prestaciones complementarias. Unas medidas que en el caso de los SIEG no quedan necesariamente vinculadas a alguna de las razones imperiosas de interés general restrictivamente establecidas, siendo admisibles si resultan convenientes o necesarias para la consecución de la misión de interés público definida por la Administración.

Entre tales medidas se encuentra la exigencia de licencia, sin que en este caso resulte necesario apelar a una razón imperiosa de interés general si así lo impone el cumplimiento de la misión de interés general (TSJCE, sentencia de 20 de febrero de 2001, procedimiento núm. C-205/99). La construcción SIEG permite incluso establecer derechos especiales o exclusivos a favor del operador designado, o el control de los precios.

Así pues, la configuración del servicio de interés económico general abre las puertas a la introducción de limitaciones en la actividad de operadores privados que inicialmente están vedadas, y, a su vez, justifica la posibilidad de ayudas a los operadores –públicos o privados–, ayudas que de otra forma resultarían inadmisibles de acuerdo con el ordenamiento europeo.

Sin embargo, como se ha apuntado ya, los efectos positivos que pueden extraerse del concepto de servicio de interés económico general encuentran en nuestro caso un obstáculo, puesto que la normativa de transposición no ha incorporado las referencias a este concepto que incluye la Directiva de servicios. En este sentido, los artículos 9, 11 y 13.1 de la Ley 17/09 omiten las matizaciones que con respecto al SIEG efectuaban los correlativos artículos 15.4 y 17.1 de la Directiva.

En definitiva, entiendo que estamos ante la necesidad de reordenar nuestro derecho interno, de definir adecuadamente el perfil general de nuestros servicios públicos por referencia a los principios de libertad de prestación de servicios, libertad de establecimiento de los operadores privados y libre competencia. En todo caso, nuestro ordenamiento debe abrir los canales jurídicos que permitan aplicar plenamente el concepto de servicio de interés económico general.

En otro orden de cosas, la idea del SIEG puede ser útil para avanzar en una interpretación adecuada del concepto de reserva de sectores y servicios. En efecto,

como se ha dicho, la reserva queda definida en la Constitución para los supuestos en los que la intervención pública afecta la libre competencia. La configuración del SIEG tiene precisamente el efecto de reducir al mínimo indispensable y aislar el efecto perturbador de la intervención de las Administraciones Públicas en el mercado, neutralizando su impacto sobre la libre competencia. Por consiguiente, un servicio definido en los términos SIEG no tiene por qué afectar significativa-

mente a la competencia, al menos en los supuestos en los que no se utilizan técnicas pesadas de intervención como el establecimiento de derechos reservados o exclusivos o el control de precios. Un SIEG así definido podría escapar por tanto a la necesidad de reserva en la medida en que no afecta a la libertad de empresa y la libre competencia, abriendo de este modo un nuevo espacio para el servicio público entre la mera iniciativa económica y la reserva de servicios. ■

32<sub>QDL</sub>

**Jurisprudencia**





---

## Crónica de jurisprudencia (de 1 de febrero a 30 de junio de 2013)

Antonio Descalzo González

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

### Jurisprudencia constitucional

**Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, de 25 de abril de 2013, por la que se declara inconstitucional y nulo, en los términos establecidos en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia, el inciso “El alcalde podrá nombrar como miembros de la Junta de Gobierno Local a personas que no ostenten la condición de concejales, siempre que su número no supere un tercio de sus miembros, excluido el alcalde”, del párrafo segundo del artículo 126.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada al mismo por el artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, y se declara constitucional el artículo 130.1.B de la misma Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada al mismo por el artículo primero de la indicada Ley 57/2003, de 16 de diciembre, siempre que se interprete de acuerdo con lo señalado en el fundamento jurídico 5.J) de la Sentencia, así como la disposición final primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto le atribuye carácter básico.**

#### Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad núm. 1523/2004, planteado por el Parlamento de Cataluña contra la disposición final primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en la medida en que declara básicos determinados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, según la redacción dada por el artículo primero de la propia Ley, por no respetar las competencias de la Generalidad de Cataluña en materia de régimen local, y por vulnerar la autonomía local.

Ponente: Doña Encarnación Roca Trías.

#### Extracto de doctrina

“[...]”

“4. Como quiera que la impugnación se basa, en una buena parte, en motivos competenciales, resulta necesario determinar cuáles son los títulos competenciales de aplicación, cuestión en la que ambas partes coinciden. No así en su alcance.

“En efecto, tanto el Parlamento de Cataluña como el Estado invocan la competencia sobre régimen local que atribuía a la Generalitat el art. 9.8 del Estatuto de Autonomía vigente cuando interpuso el recurso de inconstitucionalidad y la competencia del Estado para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. A este respecto, una temprana doctrina constitucional precisó que la competencia que atribuye al Estado el art. 149.1.18 CE, comprende la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado, (i) por ser el Estado un concepto que comprende todas las organizaciones propias de las nacionalidades y otros entes territoriales autónomos, (ii) por vincular sus principios por igual a todas las organizaciones que forman parte del mismo y (iii) por ser la garantía constitucional de la autonomía local de carácter general y configuradora de un modelo de Estado (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5).

“Esto es, la legislación básica comprende los principios o bases, relativos a los aspectos institucionales — organizativos y funcionales— y a las competencias locales (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FFJJ 1 y 4), pudiendo las comunidades autónomas legislar libremente en el respeto a esas condiciones básicas. Esta es la interpretación, afirma la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5, que debe darse al art. 149.1.18 CE, interpretación que, por lo demás, es la única compatible con el tenor literal de estos preceptos y la que, desde otra perspectiva, permite armonizar los principios de unidad y autonomía que la Constitución consagra.

“Así pues, desde la consideración de la autonomía local como una garantía general del modelo territorial

del Estado y de la condición de Administración Pública atribuida por la norma fundamental a los entes locales, no resultaría constitucionalmente legítimo que el diseño legislativo de la autonomía local quedara excluido de las reglas de distribución competencial que resultan de los arts. 148.1 y 149.1 CE y comprendida en la del art. 149.3 CE. Consecuencia de lo anterior, es que las competencias autonómicas en materia de régimen local tienen que serlo de desarrollo de las bases estatales que, tal y como se puede colegir de la STC 240/2006, de 20 de julio, FJ 8, tienen los dos cometidos de concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de los entes locales directamente regulados por la Constitución, en primer lugar, y, en segundo lugar, de concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que son, en definitiva, Administraciones Públicas.

“El Estatuto de Autonomía de Cataluña ha sido modificado con posterioridad a la interposición de este recurso de inconstitucionalidad por la Ley Orgánica 6/2006, siendo ahora el art. 160 el que atribuye a la Generalitat competencias exclusivas y compartidas en materia de régimen local. Son competencias exclusivas, de acuerdo con su apartado primero, las ejercidas sobre las relaciones entre las instituciones de la Generalitat y los entes locales, las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre estos y la Administración de la Generalitat, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales; la determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el artículo 84; el régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos; la determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Generalitat y el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos y, finalmente, el régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales. También el apartado tercero atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de régimen electoral de los entes locales creados por aquella, con la excepción de los constitucionalmente garantizados. El resto de competencias en materia de régimen local son compartidas de acuerdo con lo establecido en el art. 160.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC).

“Ello no significa, sin embargo, que el título competencial del Estado para la regulación del régimen local se haya visto eliminado por la reforma estatutaria pues, tal y como tenemos señalado en la STC 31/2010, de 28 de junio, las previsiones estatutarias deben respetar en todo caso ‘[l]a competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE, por cuanto la expresión *bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas* engloba a las Administraciones locales’ (FJ 36), de donde concluimos, ya en relación al art. 160.1 EAC, que ‘al reconocer a la Comunidad Autónoma las competencias examinadas en *exclusividad*, lo hace de manera impropia y no impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1.18 CE (en los términos ya expuestos en los fundamentos jurídicos 60 y 64)’ (FJ 100).

“Por esta misma razón, al analizar el capítulo del Estatuto dedicado al gobierno local dijimos que ‘en modo alguno cuestionan los recurrentes que las comunidades autónomas y, en concreto, la Comunidad Autónoma de Cataluña, al amparo de las previsiones del art. 149.1.18 CE puedan asumir, como efectivamente esta Comunidad Autónoma ha hecho (art. 160 EAC), competencias en materia de *régimen local*, expresión esta que hemos identificado con el *régimen jurídico de las Administraciones locales* (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 1). Siendo ello así, como efectivamente lo es, en principio ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, en tanto que su norma institucional básica, contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial, con el fin de vincular al legislador autonómico, del régimen local en el ámbito territorial la Comunidad Autónoma, debiendo respetar en todo caso las previsiones estatutarias, como es obvio, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE, por cuanto la expresión *bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas* engloba a las Administraciones locales (*ibidem*)’ (FJ 36).

“Es pues, a partir de la doctrina que este Tribunal tiene acuñada sobre la legislación básica en materia de régimen local, que debemos afrontar el análisis de la controversia competencial que late en la impugnación de la disposición final primera de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL).

“5. Siguiendo la sistemática que anticipamos en el fundamento jurídico 2, analizaremos en primer lugar la

constitucionalidad de aquellos preceptos que se han impugnado mediante la impugnación de la disposición final primera.

“a) En primer lugar, se impugnan los arts. 4.3, párrafo segundo y el último inciso del art. 4.2 LBRL, en la redacción que les da la Ley de medidas para la modernización del gobierno local. Dice el art. 4 LBRL:

“1. En su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas:

“a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.

“b) Las potestades tributaria y financiera.

“c) La potestad de programación o planificación.

“d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.

“e) La presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos.

“f) Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.

“g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.

“h) Las prelación y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las comunidades autónomas; así como la inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes.

“2. Lo dispuesto en el número precedente podrá ser de aplicación a las entidades territoriales de ámbito inferior al municipal y, asimismo, a las comarcas, áreas metropolitanas y demás entidades locales, debiendo las leyes de las comunidades autónomas concretar cuáles de aquellas potestades serán de aplicación, excepto en el supuesto de las mancomunidades, que se rigen por lo dispuesto en el apartado siguiente.

“3. Corresponden a las mancomunidades de municipios, para la prestación de los servicios o la ejecución de las obras de su competencia, las potestades señaladas en el apartado 1 de este artículo que determinen sus Estatutos. En defecto de previsión estatutaria, les corresponderán todas las potestades enumeradas en dicho apartado, siempre que sean precisas para el cumplimiento de su finalidad, y de acuerdo con la legislación aplicable a cada una de dichas potestades, en ambos casos’.

“La representación letrada del Parlamento de Cataluña entiende que la atribución de potestades sujetas a la condición de que sean necesarias para cumplir su fin

supone establecer un requisito que no corresponde valorar ni supervisar al Estado, señalando, además, que la STC 214/1989, de 21 de diciembre, en su fundamento jurídico 4 c), declaró que el Estado no puede atribuir competencias a las entidades locales distintas de las constitucionalmente garantizadas y por tanto, tampoco potestades, ni estaría habilitado para determinar el contenido de los estatutos. Entiende, además, que el establecimiento de la norma supletoria que entra en vigor automáticamente vulnera la autonomía local. Por su parte el abogado del Estado alega que tanto la atribución a los municipios constituyentes de la facultad para determinar sus potestades como también la regla supletoria que rige en ausencia de previsión estatutaria, son estrictamente necesarias para garantizar la autonomía de la entidad local constituida por la asociación de municipios, motivo por el cual no habría exceso en la base y tampoco, por tanto, invasión de las competencias autonómicas.

“Pues bien, tras la modificación operada por la norma impugnada, se ha roto el tratamiento uniforme, en cuanto a potestades, que anteriormente tenían todas las entidades locales distintas de las constitucionalmente garantizadas. Las mancomunidades de municipios son, ahora, objeto de una regulación específica y distinta en el apartado tercero. Tal y como señala la exposición de motivos de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, con ello se ha pretendido reforzar el papel de las mancomunidades de municipios en nuestro sistema local, para lo cual el apartado tercero del art. 4 LBRL permite a las mancomunidades asumir todas las que ostentan los entes locales constitucionalmente reconocidos.

“Ello implica, en primer lugar, que son los municipios constituyentes los que, al aprobar los estatutos, determinan el régimen jurídico de las mancomunidades que crean, pues el reconocimiento de potestades implica, a la postre, la aplicación de un régimen exorbitante del derecho privado. Pero, en segundo lugar, ello supone que las comunidades autónomas no pueden ya concretar, para limitarlas, como ocurre para el resto de entidades locales distintas de las constitucionalmente garantizadas, qué potestades corresponden a las mancomunidades. Como complemento de lo anterior, el apartado tercero del art. 4 LBRL contiene una regla supletoria de directa aplicación cuando no haya previsión expresa en los estatutos sobre las potestades atribuidas a la mancomunidad, regla según la cual, las mancomunidades tendrán todas las potestades siempre que sean necesarias para el cumplimiento de sus

finés, que no pueden ser otros que la prestación de servicios o la ejecución de obras. De esta forma, también con respecto a la regla supletoria, ha quedado desplazada la competencia autonómica de desarrollo legislativo de las bases, pues aun cuando no quepa rechazar que las comunidades autónomas pudieran en sus leyes de desarrollo especificar en qué supuestos cada una de las potestades son necesarias para el cumplimiento de los fines, el desarrollo de esta labor tendría más que ver con una potestad legislativa similar a la reglamentaria que con la posibilidad de legislar libremente con sometimiento a la base establecida por el Estado.

“Como señala la representación del Parlamento, en nuestra STC 214/1989, de 21 de diciembre, al analizar el alcance del título estatal para determinar las competencias de las entidades locales tuvimos en cuenta la distinción entre las constitucionalmente consagradas y el resto de entidades locales. Y no cabe duda de que lo señalado para las competencias resulta también aplicable a las potestades pues, tal y como también dijimos en nuestra Sentencia 252/2005, 11 de octubre, FJ 4, para el ejercicio de la participación en el gobierno y administración de los asuntos en que consiste la autonomía local y que les atañen, y que constituye el contenido mínimo que el legislador debe respetar, las entidades locales han de estar dotadas de las potestades, sin las que no es posible una actuación autónoma.

“Así, en cuanto a las entidades locales reconocidas por la Constitución, dijimos en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FFJJ 3 y 4, que las leyes básicas pueden decir qué competencias corresponden en una materia compartida por ser ello necesario para garantizarles su autonomía (arts. 137 y 140 CE) y solo si excedieran de lo necesario para garantizar esta institución, se habrían invadido competencias comunitarias, mientras que con relación a las entidades territoriales de ámbito inferior al municipal, comarcas, áreas metropolitanas y demás entidades locales, afirmamos que, puesto que el Estado estaría incidiendo en entidades locales que solo las comunidades autónomas pueden crear, este carecería de título competencial para determinar el nivel mínimo de competencias que les corresponden. Estas últimas son entidades con un fuerte grado de ‘interiorización’ autonómica, por lo que corresponde a las comunidades autónomas determinar y fijar las competencias de las entidades locales que procedan a crear en sus respectivos ámbitos territoriales.

“Debe repararse, sin embargo, en que si bien las mancomunidades de municipios no son entidades lo-

cales constitucionalmente consagradas, tampoco han sido configuradas por el legislador básico como entidades cuya existencia dependa de la voluntad de las comunidades autónomas. El art. 44.1 LBRL, reconoce a los municipios el derecho a asociarse en su doble vertiente de libertad de creación de mancomunidades y libertad de no ser obligados a asociarse o a permanecer en ellas, en línea con lo establecido en el art. 19 de la Carta europea de autonomía local, ratificada por España el 20 de enero de 1988, que reconoce el derecho de las entidades locales a cooperar y asociarse con otras entidades locales. Este reconocimiento del derecho de asociación para la prestación de servicios concretos y la ejecución de obras de competencia y responsabilidad de los municipios asociados, también reconocido en el art. 87.2 EAC vigente, determina la necesaria participación de los municipios constituyentes en la elaboración de los estatutos o normas que rigen el funcionamiento de la mancomunidad mediante una asamblea integrada por los concejales de los municipios afectados, y que su aprobación se atribuya a los Plenos de los Ayuntamientos (art. 44.3 LBRL).

“El hecho de que las mancomunidades se creen para la gestión de competencias municipales determina, también, que los órganos de gobierno sean representativos de los ayuntamientos mancomunados (art. 44.2 LBRL). Así pues, las mancomunidades son entidades locales, pues así las califica la Ley de bases de régimen local al incluir su regulación dentro del título IV, dotadas de personalidad y capacidad independiente de la de los ayuntamientos mancomunados para el cumplimiento de los fines, pero, en la medida en que no son titulares de otros intereses que los de los municipios encomendantes, participan de la autonomía que constitucionalmente se predica de los entes locales que las forman. Esta es, sin duda, la concepción que late en las SSTC 4/1981, 2 de febrero, FJ 7, y 214/1989, FJ 14. En la primera de ellas, en atención a los fines de la mancomunidad, declaramos la inconstitucionalidad de la facultad del Gobierno para denegar la aprobación de los estatutos por razones de interés público, por tratarse de un control de oportunidad pero, al contrario, confirmamos la constitucionalidad del control de legalidad que podía ejercerse a través de su aprobación. Posteriormente, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 14, señalamos que la eliminación de la facultad de aprobación de los estatutos por la Administración de tutela tenía cabida en el art. 149.1.18. CE por cuanto el legislador básico había considerado preferible, dentro de las soluciones constitucionalmente

posibles, erradicar esa manifestación de tutela optando por ampliar el alcance y contenido de la autonomía municipal, sin que pudiera imputarse exceso competencial de ningún tipo.

“Tal y como recordamos en las SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 19; 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 2, existe una conexión entre la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 141 y 142 CE) y la competencia que ostenta el Estado sobre ‘las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas’ (art. 149.1.18 CE), de tal forma que debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, con cobertura en el art. 149.1.18 CE. En aplicación de esta doctrina solo podría concluirse que la regulación estatal impugnada excede del ámbito material de lo básico, si no fuera necesaria para garantizar la autonomía de los municipios mancomunados. Resulta, sin embargo, que, reconocido por la legislación básica el derecho de los municipios a asociarse y establecidos por esta los fines de la mancomunidad, la determinación de las potestades mínimas que requiere la prestación del servicio concreto, o la ejecución de la obra de competencia de los municipios constituyentes, es un instrumento necesario para que la mancomunidad, e indirectamente los ayuntamientos que la constituyen, pueda cumplir sus fines de la misma forma que las potestades atribuidas a los municipios por el apartado primero del art. 4 LBRL constituyen una garantía de su autonomía. Debemos, por ello, descartar la vulneración de la competencia de la Generalitat de Cataluña en este punto, y por tanto la inconstitucionalidad de los apartados 3 y 2 en el inciso ‘excepto en el supuesto de las mancomunidades, que se rigen por lo dispuesto en el apartado siguiente’, ambos del art. 4 LBRL y de la disposición final primera en cuanto los declara básicos.

“Entiende, además, el letrado del Parlamento de Cataluña que vulnera la autonomía local el establecimiento de una regla supletoria que entra en vigor automáticamente en ausencia de previsión estatutaria expresa. Tal y como tenemos señalado, no resulta posible definir a priori en qué consiste ese contenido o núcleo esencial de la autonomía local con el que se pretende preservar la institución en ‘términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar’. Se desconoce si dicha garantía le priva prácticamente de sus posibilidades de

existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Por ello, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace (STC 32/1981, 28 de julio, FJ 3).

“Los estatutos de la mancomunidad, adoptados por acuerdo de los ayuntamientos constituyentes rigen, según el art. 44.2 LBRL, el funcionamiento de las mancomunidades, por lo que son los municipios quienes, en ejercicio de su autonomía para la elaboración y aprobación de los estatutos, determinan qué potestades de las contempladas en el art. 4.1 LBRL son necesarias para el cumplimiento de los fines encomendados a las mancomunidades por ellos creadas, con el único límite de las leyes reguladoras de cada una. Solo en el caso de que los estatutos no contengan previsión alguna, entraría en vigor la regla supletoria que garantiza que las mancomunidades contarán con las potestades que tienen atribuidas los municipios para el ejercicio de sus competencias, siempre que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines, regla que podrá convertirse nuevamente en supletoria si los municipios mancomunados decidieran modificar los estatutos de la entidad local.

“Así pues, como quiera que tanto el contenido de la regla principal como la entrada en vigor de la supletoria dependen de la voluntad de los ayuntamientos mancomunados, debemos descartar que se haya vulnerado el contenido esencial de la autonomía municipal, pues ha quedado garantizada la facultad de elección de los municipios.

“En definitiva, debemos rechazar la inconstitucionalidad del apartado 3, párrafo segundo y el último inciso del apartado segundo ambos del art. 4 LBRL, pues no vulneran las competencias de las comunidades autónomas ni infringen la autonomía local.

“b) El art. 13.3 LBRL dispone que ‘sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas, el Estado, atendiendo a criterios geográficos, sociales, económicos y culturales, podrá establecer medidas que tiendan a fomentar la fusión de municipios con el fin de mejorar la capacidad de gestión de los asuntos locales’.

“Razona el letrado del Parlamento de Cataluña que este precepto vulnera la competencia exclusiva autonómica para alterar los términos municipales pues, aunque no discute que, dentro de sus competencias, el

Estado pueda legítimamente establecer el objetivo de mejorar la capacidad de gestión de los asuntos públicos, considera que no puede hacerlo mediante medidas de fomento encaminadas a propiciar la fusión municipal, por cuanto la alteración de términos municipales es una competencia autonómica exclusiva. Estos objetivos se pueden cumplir utilizando otras técnicas asociativas que requieran el acuerdo entre las entidades locales y la Generalidad de Cataluña.

“Antes de pronunciarnos sobre la controversia competencial planteada en torno al art. 13.3 LBRL, debemos analizar la cuestión previa de la extemporaneidad del recurso pues, como reconoce la representación del Parlamento, aunque el art. 13 LBRL ha sido incluido entre los artículos que ha venido a modificar la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, el apartado tercero mantiene su redacción primitiva y no fue en su día impugnado por el Parlamento de Cataluña. Como quiera que formalmente se trata de una nueva ley, y que es doctrina reiterada de este Tribunal que el recurso de inconstitucionalidad es abstracto y dirigido a la depuración del ordenamiento, de forma que con el mismo no se defiende un interés propio de los recurrentes sino el interés general y la supremacía de la Constitución (por todas, STC 1/2012, de 13 de enero FJ 3), procede abordar el fondo de la impugnación realizada (STC 103/1999, de 3 de junio, FJ 2), sin que, por la misma razón, resulte aplicable la fuerza de cosa juzgada de las sentencias desestimatorias de los recursos de inconstitucionalidad que impone el art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

“En nuestra Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 9, resolvimos la impugnación que de este mismo apartado del art. 13 LBRL plantearon el Parlamento y la Junta de Galicia, por entender que se había vulnerado la competencia exclusiva autonómica para la alteración de términos municipales, declarando la constitucionalidad del apartado, ahora nuevamente impugnado, al estimar que la actividad de fomento no debe asociarse necesariamente a la competencia ejecutiva, pues no siempre excluye la intervención del legislador, y que esta es legítima cuando el Estado dispone de la competencia para fijar los criterios básicos a los que debe sujetar la Comunidad Autónoma el ejercicio de sus competencias. Indicamos entonces que esta actividad de fomento no limita la competencia autonómica para la alteración de términos municipales que pueden acordar conforme a lo establecido en su legislación y con los únicos límites impuestos por los apartados primero y segundo del mismo artículo 13

LBRL, siendo así que esta actividad de fomento está dirigida no solo a los municipios sino también a las comunidades autónomas que son quienes tienen la competencia para materializar estas alteraciones territoriales. A pesar del tiempo transcurrido desde aquella Sentencia, no hay razones que nos lleven a modificar o matizar lo entonces afirmado.

“Como dijimos en las SSTC 159/2001, de 5 de julio FJ 4; 52/2004, de 13 de abril, FJ 9, y 252/2005, de 11 de octubre, FJ 4, el constituyente no ha predeterminado el contenido concreto de la autonomía local, por lo que es el legislador constitucionalmente habilitado quien puede ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, con el único límite de que no establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE. Corresponde al legislador estatal, con carácter general, fijar los principios o bases relativos a los aspectos institucionales, organizativos y funcionales y a las competencias de las entidades locales constitucionalmente garantizadas (STC 240/2006, 20 de julio FJ 8). En consecuencia, el Estado debe regular, en el ámbito del art. 149.1.18 CE, los elementos que permiten definir el modelo municipal común entre los que se encuentran el territorio, la población y la organización, como recoge el art. 11.2 LBRL.

“Por ello, sin perjuicio de la competencia exclusiva que el art. 148.1.3 CE atribuye a las comunidades autónomas para la alteración de los términos municipales comprendidos en su territorio, forma parte de la competencia estatal la regulación del elemento territorial y su relación con el resto de los elementos que componen la estructura municipal para configurar un modelo municipal común, competencia básica que, por otra parte, no rechaza de plano el Parlamento autonómico en su demanda, al admitir expresamente la competencia del Estado para regular las bases del procedimiento de alteración de los términos municipales. Resulta de lo expuesto que corresponde al Estado optar, de entre los posibles, por un determinado modelo municipal. Así, el Estado podía haberse inclinado por un modelo minifundista, basado en la existencia de núcleos de población sin exigencia alguna de un mínimo territorial, o por un modelo basado en mayores exigencias de población y territorio, si es que lo hubiera considerado necesario para garantizar la viabilidad del ejercicio de las competencias que se atribuyen a los municipios y con ello su autonomía, o por una combinación de ambos en función de la realidad existente o, finalmente, por un modelo que dejase un amplio margen de deci-

sión a las comunidades autónomas para configurar el elemento territorial de los municipios. Pues bien, esta última es la opción por la que se inclinó el legislador estatal en 1985 y ha confirmado la Ley de medidas para la modernización del gobierno local.

“El art. 13 LBRL, distinguiendo entre municipios de nueva creación y los ya existentes, remite a la legislación autonómica la regulación de la creación de municipios, con las dos únicas condiciones de que exista un núcleo de población territorialmente diferenciado y cuente con capacidad económica para el ejercicio de sus competencias, requisitos cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 8. De ahí que corresponda al legislador autonómico establecer, a su arbitrio, mayores exigencias de territorio y población para los municipios de nueva creación. En cuanto a la supresión de municipios y a la alteración de términos municipales, el legislador básico se ha limitado a regular las bases del procedimiento y reservarse la posibilidad de establecer medidas que tiendan a fomentar la fusión de municipios, en aquellos casos en que la adecuada capacidad de gestión de los asuntos públicos requiera de mayores exigencias de población y territorio; pero sigue dejando en manos de las comunidades autónomas, como en el caso de los municipios de nueva creación, la regulación de la fusión de municipios en función del modelo municipal por el que hayan optado.

“Por ello, debemos rechazar la inconstitucionalidad del art. 13.3 LBRL y, en consecuencia, también de la disposición final primera en lo que a este se refiere.

“c) Se impugna el art. 36.1 c) LBRL que atribuye a las diputaciones provinciales la prestación de servicios de carácter supramunicipal. Considera el letrado del Parlamento de Cataluña que la atribución de esta competencia a las diputaciones, sin contar con el consentimiento de los entes locales afectados, en aquellos campos en que los municipios y consejos comarcales tienen plenas competencias, supone la reducción de la autonomía de estos entes locales por parte de una institución pensada para darles apoyo. Esta nueva competencia no tiene cobertura en la garantía constitucional de la autonomía provincial, en los términos en que esta ha sido definida por la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2. Asimismo considera que vulnera la competencia de la Comunidad Autónoma al quedar desplazado el legislador autonómico. En contra de lo argumentado por el Parlamento, alega el abogado del Estado que corresponde al Estado determinar las competencias que considera imprescindibles para garanti-

zar la autonomía provincial, siendo así que, posteriormente, cada legislador autonómico podrá completar la regulación básica en uno u otro sentido.

“Dice el art. 36.1 c) LBRL que ‘son competencias propias de la Diputación las que les atribuyan, en este concepto, las leyes del Estado y de las comunidades autónomas en los diferentes sectores de la acción pública y en todo caso... la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal o supracomarcal’. La impugnación, como se viene de anticipar, se fundamenta no solo en el aspecto competencial o desplazamiento de la competencia normativa de las comunidades autónomas, sino también en la vulneración de la autonomía de municipios y comarcas. Dijimos en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 2, que el Estado tiene competencia para fijar los principios básicos en orden a las competencias que deba reconocerse a las entidades locales, garantizando, su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, y fijando al respecto unas directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias. También la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 3, se pronunció sobre los apartados a y b) del art. 36 LBRL, que atribuyen competencias, reconociendo que la delimitación de las atribuciones y la regulación de la actividad instrumental para su ejercicio tenía el carácter material de legislación básica, pues servían para delimitar concretamente el régimen local autónomo que resulta de aplicación directa en todo el territorio nacional. La atribución de una nueva competencia obedece al reforzamiento del papel de las entidades provinciales que persigue la Ley de medidas para la modernización del gobierno local y de ahí su necesidad para la definición del modelo de autonomía provincial, modelo que, en contra de lo que afirma el recurrente, no queda limitado única y exclusivamente al desarrollo del contenido esencial de la garantía institucional que comprende la función de cooperación económica a la realización de obras y servicios municipales, o el apoyo a los municipios, según afirmamos en la STC 109/1998, de 21 de julio, sino que se extiende a aquello que resulte necesario para la definición del modelo común de autonomía provincial, con independencia del posterior desarrollo normativo de las bases que en todo caso corresponde a las comunidades autónomas. Es cierto, y con ello abordamos la segunda de las cuestiones planteadas, que la ampliación de las competencias provinciales podría incidir en el ámbito de autonomía que tienen legalmente consagrada municipios y consejos comarcales, pero también lo es que la atribución de

la nueva competencia afecta directamente al círculo de los intereses provinciales. Al existir distintas entidades locales superpuestas sobre una misma base territorial, la definición del modelo de autonomía de cada una de ellas incidirá, necesariamente, en el resto, sin que desde el punto de vista constitucional, haya más limitaciones a la hora de configurar el modelo básico de autonomía que las que vienen determinadas por el respeto al contenido esencial de la autonomía provincial, y el respeto al contenido esencial de la autonomía de esas otras entidades locales en las que inciden que, para el caso de las comarcas, no es una autonomía constitucionalmente garantizada en cuanto que la decisión sobre su propia existencia no depende de la Constitución sino de las comunidades autónomas. El precepto impugnado no puede considerarse, en modo alguno, contrario a la garantía constitucional de la autonomía provincial, pues esta no solo no se ha eliminado, sino que se ha ampliado con la atribución de una nueva competencia; pero tampoco, tal y como aparece legalmente formulada, vulnera el núcleo esencial de la autonomía del resto de los entes locales, cuyas competencias no se han visto modificadas.

“En consecuencia, debemos rechazar su inconstitucionalidad del art. 36.1 c) LBRL, así como la de la disposición final primera en lo que a este se refiere.

“d) Dicen los apartados 1 y 2 del art. 85 bis LBRL:

“1. La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resultase de aplicación, con las siguientes especialidades:

“a) Su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán quedar adscritas a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, si bien, en el caso de las entidades públicas empresariales, también podrán estarlo a un organismo autónomo local.

“Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.

“b) El titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones Públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos ca-

sos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo. En los municipios señalados en el título X, tendrá la consideración de órgano directivo.

“c) En los organismos autónomos locales deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos.

“d) En las entidades públicas empresariales locales deberá existir un consejo de administración, cuya composición se determinará en sus estatutos.

“El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.

“e) La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno, según corresponda.

“f) Estarán sometidos a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes concejalías, áreas u órganos equivalentes de la entidad local.

“g) Su inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local.

“h) Será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquella.

“i) Estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos.

“j) Cualquier otra referencia a órganos estatales efectuada en la Ley 6/1997, de 14 de abril, y demás normativa estatal aplicable, se entenderá realizada a los órganos competentes de la entidad local.

“Las referencias efectuadas en el presente artículo a la Junta de Gobierno, se entenderán efectuadas al Pleno en los municipios en que no exista aquella.

“2. Los estatutos de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales comprenderán los siguientes extremos:

“a) La determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con respeto en todo caso a lo dispuesto en el apartado anterior, con indicación de aquellos actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.

“b) Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que este puede ejercitar.

“c) En el caso de las entidades públicas empresariales, los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de las potestades administrativas.

“d) El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar el organismo.

“e) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.

“f) El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia, que serán, en todo caso, conformes con la legislación sobre las Haciendas locales y con lo dispuesto en el capítulo III del título X de esta Ley.

“3. Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público correspondiente’.

“Entiende el letrado del Parlamento de Cataluña que si el primer apartado de este precepto se hubiera limitado a señalar que la gestión directa de los servicios de la competencia local se regirán respectivamente por lo dispuesto en los art. 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE), en lo que les resulte de aplicación, y no hubiera contemplado de forma tan detallada la regulación de las especialidades para los servicios locales, la mencionada regulación reuniría las condiciones de lo básico. Al no haberlo hecho así, solicita la declaración de inconstitucionalidad de la disposición final primera, en relación con el art. 85 bis LBRL, en su primer párrafo, a partir de ‘con las siguientes especialidades’ hasta el final, y del apartado segundo de este mismo precepto, que regula el contenido de los Estatutos de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales. Existe, en su opinión, una vinculación directa entre la libertad de elección por la entidad local de la forma concreta de prestación de los servicios municipales, la potestad de autoorganización y a la autonomía local, pues la forma en que se deben prestar los servicios esenciales está vinculada a su razón de ser, que no es otra que la satisfacción de los intereses de los vecinos que deben poder participar a la hora de elegir la forma societaria concreta para gestionar un servicio público, tal y como establece el art. 244 del Decreto Legislativo catalán 2/2003, de 28 de abril.

Por otra parte, la regulación de las especialidades relativas al ámbito local y al contenido de los estatutos de las entidades instrumentales, forma parte de la competencia del legislador autonómico sobre desarrollo de las bases. Por el contrario, entiende el abogado del Estado que el art. 149.1.18 CE otorga al Estado una competencia para regular aquellos aspectos que permitan que este tipo de entes puedan ser reconocidos como tales, no siendo desproporcionado ninguno de los requisitos exigidos en relación a la imagen que se tiene de ellos en el derecho administrativo, sin que se impida el desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas y menos aún la libertad de elección de las entidades locales entre las distintas formas de gestión, ni su competencia autoorganizativa, que se manifiesta también en la aprobación de los estatutos.

“Debemos rechazar la alegación según la cual, se habría vulnerado la autonomía local por la eliminación de la capacidad de las entidades locales para elegir una forma u otra de gestión de los servicios de su competencia, sin que se ofrezca razón alguna más allá del carácter pormenorizado de la regulación estatal en lo relativo a las especialidades de estos organismos en el ámbito local y al contenido necesario de los estatutos. Tal y como alega el abogado del Estado, ninguna de las determinaciones del art. 85 bis.1 LBRL impide a las entidades locales elegir la forma de gestión que estimen más adecuada para la prestación de los servicios de su competencia. El art. 85 bis.1 a) LBRL se limita a señalar que la creación de organismos autónomos y entidades públicas empresariales se acordará por el Pleno de la entidad también competente para aprobar sus estatutos, quedando en sus manos la elección, a la vista de las reglas de organización que el legislador establece para las entidades instrumentales locales, entre las formas de gestión directa o indirecta a las que se refiere el art. 85.2 LBRL, y configurar el régimen de sus entidades instrumentales, dentro del marco legalmente establecido, mediante la aprobación de los estatutos. Todo ello, sin que el letrado del Parlamento haya intentado siquiera justificar cuáles de estas reglas o por qué todas ellas en su conjunto vulneran el contenido esencial que constituye ese núcleo irreductible de la autonomía local que les hace reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 109/1998, FJ 2) y garantiza el gobierno de los intereses que les son propios.

“En consecuencia, debemos rechazar la inconstitucionalidad del art. 85 bis.1, primer párrafo a partir de ‘con las siguientes especialidades’ hasta el final del

apartado 1 y el artículo 85 bis.2 LBRL, apartados 1 y 2 del art. 85 bis LBRL por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local.

“Se plantea, en segundo lugar, la vulneración de las competencias autonómicas por una legislación básica que se remite a la LOFAGE para la regulación de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales locales y, después, regula sus especialidades. Lo que se niega es, pues, la competencia del Estado para establecer las especialidades de los organismos públicos locales. Forma parte de la competencia estatal para regular la organización de las entidades instrumentales locales, ex art. 149.1.18 CE, aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados, sin que exista razón alguna, que tampoco alega la representación del Parlamento de Cataluña, que permita afirmar que la competencia del Estado solo alcanza el establecimiento de un modelo, común para el Estado y las entidades locales —mediante la técnica de la remisión a la LOFAGE—, debiendo ser las comunidades autónomas las que, en ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo de las bases estatales, lo modulen para las entidades locales. Como quiera que la demanda carece de cualquier tipo de argumentación sobre el exceso en que habría incurrido el Estado al regular cada una de las especialidades del apartado impugnado, no podemos desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley impugnadas (STC 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 1).

“Debemos, en consecuencia, rechazar la inconstitucionalidad del inciso, del primer párrafo, del apartado 1 del art. 85 bis.1 LBRL, desde ‘con las siguientes especialidades’ hasta el final, así como la de la disposición final primera en lo que a este se refiere.

“e) Se analizará a continuación, por razones de sistemática, la impugnación de una serie de preceptos que regulan determinados órganos de los municipios de gran población que compartirían, en opinión del Parlamento catalán, las mismas causas de inconstitucionalidad. Se trata, en concreto, de los arts. 20.1 d) y 132 LBRL, que se refieren a la comisión especial de sugerencias y reclamaciones; 128 LBRL, que regula los distritos municipales; 129 LBRL, relativo a la asesoría jurídica; 130 LBRL, sobre órganos superiores y directivos; 131 LBRL, que regula el consejo social de la ciudad y, finalmente, por conexión con los anteriores, el art. 123.1 c) LBRL

“La razón invocada por el letrado del Parlamento autonómico es, en esencia, que el diseño acabado que

impone la Ley de medidas para la modernización del gobierno local de los órganos municipales, en los municipios de gran población, no deja margen para el desarrollo legislativo de la estructura organizativa por parte de las comunidades autónomas y tampoco para la potestad de autoorganización de las entidades locales. En esta crítica de inconstitucionalidad subyace el reproche de la contradicción que existiría entre el propósito anunciado en la exposición de motivos de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local de terminar con el criterio uniformista del régimen local tradicional, estableciendo un régimen especial para las grandes urbes o municipios de gran población, y el incremento de la densidad normativa de las bases estatales sobre los órganos de los grandes municipios.

“La reforma operada por la Ley de medidas para la modernización del gobierno local en el modelo de organización municipal pretende, según su exposición de motivos, dar respuesta a las necesidades de los municipios altamente poblados para los que resulta insuficiente el modelo municipal existente, necesidades que fueron puestas de manifiesto en el acuerdo del Pleno del Senado de 27 de marzo de 2003 (‘Boletín Oficial de las Cortes Generales’ núm. 628, de 31 de marzo de 2003) por el que se aprueba el dictamen de la Comisión de las Entidades Locales en relación con el informe sobre las grandes ciudades y las áreas de influencia urbanas. En dicho acuerdo se pone el acento en la necesidad de acercar la política local a los ciudadanos y de reforzar su estructura y funcionamiento. En él se destaca, en lo que en este momento interesa, el interés en potenciar los mecanismos de participación ciudadana y de protección de los derechos de los vecinos frente a la Administración, para lo que se recomienda la creación de órganos específicos como el consejo social de la ciudad y, en segundo lugar, la necesidad de intensificar el acercamiento de la Administración al ciudadano, creando divisiones territoriales internas en aquellos municipios en que por su tamaño, dispersión o diversidad, sea necesario garantizar que los problemas de cada zona del territorio tienen cabida en la política municipal, facilitando la participación vecinal. Para ello, se establece un nuevo diseño organizativo, caracterizado por la ampliación de los órganos básicos de existencia preceptiva en los municipios de gran población.

“El diseño básico de la organización municipal había comprendido tradicionalmente, los órganos de gobierno y de representación directamente enraizados en el art. 140 CE: alcalde, tenientes de alcalde, Pleno, Comisión de gobierno y, en ausencia de regulación auto-

nómica, un órgano representativo de estudio, informe o consulta de los asuntos del Pleno y seguimiento del ejecutivo local. La organización complementaria correspondía diseñarla a las comunidades autónomas. Tras la reforma operada por la Ley de medidas para la modernización del gobierno local en los municipios de gran población, el elenco de órganos que componen esta organización básica se ha ampliado, con la correlativa disminución de la organización complementaria cuya regulación corresponde a las comunidades autónomas y a la potestad organizativa de los entes locales.

“Este Tribunal se ha pronunciado ya sobre el alcance de las competencias estatales y autonómicas en materia de organización local. Así, en la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5, señalamos que aun cuando la garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, pues corresponde a este fijar los principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado, debe permitir opciones diversas, pues la potestad normativa de las comunidades autónomas no es en estos supuestos de ‘carácter reglamentario’. Asimismo, con motivo de la impugnación del artículo 20.3 LBRL que remitía a los reglamentos orgánicos la regulación de órganos complementarios municipales en el marco de la regulación básica, dijimos que en materia organizativa local la Constitución contempla tres ámbitos normativos —Estado, comunidades autónomas y municipios— y, de acuerdo con este modelo constitucional, entendimos que si bien el reconocimiento a los municipios de la potestad de autoorganización no plantea problema constitucional alguno, el límite no puede venir dado por el respeto de los órganos necesarios establecidos por la ley básica estatal, debiéndose reconocer un espacio normativo para el desarrollo autonómico en materia de organización municipal (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 6). Por último, en relación al título competencial del art. 149.1.18 CE, tenemos señalado que la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual, las comunidades autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses. Por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deje espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo,

margen del legislador estatal que resulta menor en aquellas cuestiones que se refieran a organización y funcionamiento internos de los órganos que en aquellas otras que inciden en su actividad externa y sobre todo cuando afectan a la esfera de los derechos de los administrados (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3).

“De la doctrina expuesta se puede concluir que la normativa básica en materia de régimen local debe ir dirigida a identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado y que esta definición solo debe incluir aquellos aspectos que sean necesarios, sin que quepa agotar todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organización y funcionamiento interno de los órganos.

“f) Se impugnan los arts. 20.1 d) y 132 LBRL que se refieren a la comisión especial de sugerencias y reclamaciones, cuya existencia es preceptiva en los municipios de gran población y puede crearse en aquellos otros en que así lo prevea el Reglamento orgánico o se apruebe con el voto favorable de la mitad más uno del número legal de los miembros del Pleno, y el art. 131 LBRL, que consagra la existencia necesaria en estos municipios del consejo social.

“El letrado del Parlamento de Cataluña justifica la inconstitucionalidad de estos preceptos, en que la existencia necesaria de estos órganos, con el detalle con que se ha regulado, elimina la posibilidad de desarrollo legislativo autonómico, y la potestad de autoorganización de los entes locales, cuya autonomía exige que pudieran optar por una amplia diversidad de fórmulas de entre las establecidas por la legislación autonómica. De ahí que debemos concluir que la duda de inconstitucionalidad solo se refiere a la regulación de la comisión especial de sugerencias y reclamaciones en los municipios de gran población, pero no se extiende a aquellos otros en que su creación se deja a la voluntad municipal.

“Por su parte, el abogado del Estado insiste en la extensión de las bases, cuando se refieren a las relaciones de las entidades locales con los administrados, y considera que la composición y funcionamiento de estos órganos puede ser desarrollada por la legislación autonómica o por las normas de autoorganización de las corporaciones locales.

“Los preceptos impugnados prevén lo siguiente:

“Art. 20.

“1. La organización municipal responde a las siguientes reglas: ...: d) La Comisión Especial de Suge-

rencias y Reclamaciones existe en los municipios señalados en el título X, y en aquellos otros en que el Pleno así lo acuerde, por el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, o así lo disponga su Reglamento orgánico’.

“Art 132. Defensa de los derechos de los vecinos.

“1. Para la defensa de los derechos de los vecinos ante la Administración municipal, el Pleno creará una Comisión especial de Sugerencias y Reclamaciones, cuyo funcionamiento se regulará en normas de carácter orgánico.

“2. La Comisión especial de Sugerencias y Reclamaciones estará formada por representantes de todos los grupos que integren el Pleno, de forma proporcional al número de miembros que tengan en el mismo.

“3. La citada Comisión podrá supervisar la actividad de la Administración municipal, y deberá dar cuenta al Pleno, mediante un informe anual, de las quejas presentadas y de las deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios municipales, con especificación de las sugerencias o recomendaciones no admitidas por la Administración municipal. No obstante, también podrá realizar informes extraordinarios cuando la gravedad o la urgencia de los hechos lo aconsejen.

“4. Para el desarrollo de sus funciones, todos los órganos de Gobierno y de la Administración municipal están obligados a colaborar con la Comisión de Sugerencias y Reclamaciones’.

“Art.131. El Consejo Social de la Ciudad.

“1. En los municipios señalados en este título, existirá un Consejo Social de la Ciudad, integrado por representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos más representativas.

“2. Corresponderá a este Consejo, además de las funciones que determine el Pleno mediante normas orgánicas, la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos’.

“Pues bien, más allá de lo establecido para los municipios de régimen general, uno de los objetivos de la nueva regulación orgánica de los municipios de gran población es el reforzamiento de la participación y la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente necesaria cuanto mayor es la población, pues la organización municipal se hace más compleja y se difumina, en buena medida, la proximidad a los administrados. La definición de estos objetivos, y en especial, la necesidad de reforzar, más allá de los ya existentes, los instrumentos de protección de los derechos de los

administrados en municipios con necesidades específicas, forma parte de la competencia estatal para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, lo que ni siquiera discute la representación letrada del Parlamento de Cataluña.

“Para el cumplimiento de este objetivo básico, el legislador estatal ha optado por un modelo de protección de derechos que se caracteriza por estar concentrado en un único órgano, cuya función viene a completar el sistema de distribución de atribuciones entre órganos de gobierno en los municipios de gran población.

“El Pleno ha quedado configurado en este tipo de municipios como un órgano con potestad normativa, de debate de las grandes políticas locales, de adopción de decisiones estratégicas y de control del poder ‘ejecutivo’, función esta última en la que se enmarca la competencia de informe de este órgano y la obligación que se le impone de presentar al Pleno sus informes. En efecto, el art. 132.3 LBRL regula el contenido del informe anual, que incluirá las quejas presentadas, las deficiencias observadas y las sugerencias que no han sido admitidas por la Administración, y contempla la existencia de informes extraordinarios, con un contenido que no se especifica, en situaciones de especial urgencia o necesidad. La regulación del contenido del informe ordinario y la previsión de informes extraordinarios garantiza que, en todos los municipios, el Pleno cuente con la información que le permita ejercer su función de control, sin perjuicio de aquellos otros contenidos que puedan establecerse por la legislación autonómica de desarrollo o por las entidades locales.

“En cuanto a su composición, el art. 132.2 LBRL prevé que estará formada por los grupos políticos, con representación proporcional a la que tienen en el Pleno, a diferencia de lo que establece, por ejemplo, el art. 59 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña al regular el síndic municipal de greuges. La atribución de la función de control a un órgano integrado por concejales, así como la exigencia de que la representación de los grupos políticos sea proporcional a la que ostentan en el Pleno, encuentran cobertura en el título del art. 149.1.18 CE, pues inciden directamente en las atribuciones de los representantes electos y definen la regla de formación de la voluntad del órgano que se considera más acorde con el principio del mandato representativo.

“La regulación de esta comisión se completa con la obligación de colaboración de todos los órganos de

gobierno y administración, que es necesaria para garantizar el correcto ejercicio de la función que tiene atribuida y la previsión según la cual las normas que regulan el funcionamiento de este órgano deben tener naturaleza orgánica (art. 132.1 LBRL), lo que conlleva la exigencia de un especial consenso entre los grupos políticos para su aprobación. La exigencia de mayoría absoluta no es sino una regla de funcionamiento del Pleno, pues afecta a la formación de la voluntad de este órgano de gobierno municipal, siendo así que tal y como señalamos en nuestra Sentencia 33/1993, de 1 de febrero, FJ 3, 'es evidente que uno de los aspectos sustanciales 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 acuerdos de los órganos colegiados superiores, ya que los preceptos relativos a estas cuestiones definen precisamente un modelo de democracia local'.

"A la vista de lo expuesto, debemos concluir que la existencia preceptiva de un órgano específico con el que se pretende obtener un nivel adecuado de protección de los derechos de los vecinos en aquellos municipios en que, por sus especiales características, resulta necesario establecer mecanismos especiales que intensifiquen dicha protección, así como las normas que regulan su composición, funcionamiento, funciones y sus relaciones con el Pleno, responden a la finalidad de la competencia estatal, que no es otra que identificar el núcleo de elementos comunes o uniformes del modelo de autonomía municipal, en función de los intereses generales de los que el Estado es exponente. Esta competencia estatal alcanza a la regulación de la 'composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones Públicas' (SSTC 32/1981, FJ 6 y 50/1999, de 6 de abril, FJ 3), teniendo en cuenta que, por tratarse de un órgano cuya función principal consiste en la protección de los derechos de terceros, en atender sus reclamaciones y hacer las correspondientes sugerencias a la Administración municipal (art. 132.1 y 3 LBRL), resulta necesaria una mayor intensidad de regulación para garantizar un tratamiento común de los administrados. Además, no se ve impedida la competencia del legislador autonómico para desarrollar la regulación básica, pues ni se excluye la competencia de las comunidades autónomas para la regulación de la organización complementaria de los municipios de gran población en la medida en que el art. 20.2 LBRL, aplicable a todo tipo de municipios, no ha sido modifi-

cado, ni la atribución al Pleno de la competencia de autoorganización para regular este órgano excluye la competencia autonómica para el desarrollo legislativo, pues el art. 123.1 c) LBRL se limita a atribuir al Pleno la regulación de la comisión especial de sugerencias y reclamaciones, sin exigir que ello se realice en el marco exclusivo de la legislación básica.

"Debemos, por las mismas razones, descartar que la existencia preceptiva del consejo social de la ciudad vulnere la competencia autonómica para el desarrollo de las bases. Como decíamos, es objetivo prioritario reforzar la participación de los ciudadanos en el gobierno y administración municipal, propósito que si bien se extiende a todos los municipios, adquiere una mayor intensidad en los de gran población. El legislador parte de la idea de que los mecanismos de participación de la LBRL eran insuficientes y que es necesario establecer otros de carácter vinculante que garanticen unos niveles mínimos comunes de participación. Así lo señala la exposición de motivos de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local al afirmar que 'se ha manifestado como insuficiente, por su carácter meramente declarativo, el tratamiento que de la participación ciudadana se hace en la ley de bases de régimen local ... y si bien es cierto que en este ámbito hay que conceder amplios márgenes a la potestad de autoorganización de las entidades locales, también lo es que la legislación básica estatal debe permitir contener unos estándares mínimos concretos que permitan la efectividad de dicha participación ... siendo los diversos mecanismos participativos creados e impulsados por la ley, tanto con carácter general como los que más adelante se señalarán para los municipios a los que resulta de aplicación el título X de la ley, colocan a nuestro régimen local en la línea avanzada de promoción de la participación que está adquiriendo cuerpo en todo el continente, impulsada por el Consejo de Europa, y de la que es una importante manifestación la Recomendación de su Comité de Ministros Rec (2001) 19, que ha servido de fuente de inspiración para esta reforma'.

"En este sentido, además de la participación funcional que exige la ley estatal para todo tipo de municipios (art. 70 bis LBRL), el legislador estatal ha optado por imponer una participación orgánica en los de gran población, que consiste en la incorporación de los ciudadanos a órganos que intervienen de forma activa en la toma de decisiones. Y para definir este elemento común, resulta imprescindible determinar su forma y alcance, esto es, la composición mínima del órgano en el

que se integran y sus funciones. En este sentido, la legislación básica ha recogido la participación directa de los ciudadanos a través de organizaciones representativas de los intereses económicos, sociales, profesionales y vecinales en la adopción de determinadas decisiones que tienen una especial incidencia en la política urbana, y ha limitado su participación a una función meramente consultiva a través del informe, estudio y propuesta en materia de desarrollo económico y social, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos. Por otra parte, ni el art. 131 ni el 123 LBRL establecen la directa subordinación a la legislación básica de la regulación que de este órgano realice el reglamento orgánico, pues la remisión a la regulación municipal no excluye expresamente la posibilidad de desarrollo de estas bases por el legislador autonómico. En definitiva, la regulación que el precepto destina a este órgano consultivo, sirve a la finalidad de garantizar un nivel común de participación de la sociedad en las grandes decisiones de la política urbana sin que supongan una normativa pormenorizada que excluya, a priori, la posibilidad de desarrollo por parte del legislador autonómico.

“En cuanto a la alegada vulneración de la autonomía local, debemos señalar que su garantía constitucional en cuanto ‘garantía de los elementos esenciales’ o ‘núcleo primario del autogobierno’, ni otorga a los municipios una potestad de autoorganización ilimitada, ni les dota, como parece derivarse de la argumentación del letrado del Parlamento de Cataluña, de total libertad para decidir sobre cualesquiera órganos distintos de los que derivan directamente del art. 140 CE. El legislador estatal bien podía haber optado por reconocer una mayor capacidad de autoorganización a los municipios para que, en función de sus necesidades, adoptaran la decisión última sobre el modelo organizativo. Pero en este caso, el legislador estatal ha considerado que la adecuada gestión y gobierno de los intereses municipales, la garantía de la participación de los ciudadanos, más allá del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE, y la protección de los derechos de los vecinos requieren, de un lado, la existencia de un órgano representativo encargado de la protección de sus derechos y, de otro, la creación de un órgano consultivo en que se encuentren representados los ciudadanos a través de sus organizaciones. Constatada esta finalidad, y dado el amplio margen de regulación que resta para la ordenación por norma orgánica de la composición, funciones y funcionamiento de ambos órganos, no puede considerarse vulnerada la garantía institucional de la autonomía local.

“Así pues, debemos rechazar la inconstitucionalidad de los arts. 20.1 d), 132 y 131 LBRL, así como la de la disposición final primera en lo que a ellos atañe.

“g) Se impugna la disposición final primera en relación con la obligación contemplada en el art. 128 LBRL, de crear, en los municipios de gran población, divisiones territoriales dotadas de órganos de gestión desconcentrada o distritos, por considerar que esta competencia corresponde a los municipios, por lo que se estaría vulnerando su autonomía constitucionalmente garantizada. Frente a ello, el abogado del Estado considera que esta obligación está ligada a la realización de una gestión desconcentrada para impulsar la participación en la gestión de los asuntos municipales, dejando espacio al Ayuntamiento para crearlos y coordinarlos y regular las atribuciones y recursos de que están dotados, así como su organización sin más límite que la reserva de la presidencia del distrito a un concejal.

“Antes de la reforma operada por la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, estaba prevista la creación por los municipios de órganos territoriales de gestión desconcentrada (art. 24.1 LBRL), aunque correspondía a los ayuntamientos decidir en qué medida eran necesarios y determinar su organización, funciones y competencia. Ello se mantiene en los municipios de régimen general. El legislador estatal ha considerado, sin embargo, que en los municipios de elevada población o especial complejidad, como son los regulados en el título X, la participación de los vecinos en la gestión municipal requiere necesariamente de su existencia pues, como señala la exposición de motivos de la Ley, los órganos territoriales desconcentrados no solo están orientados a garantizar una gestión adecuada y eficaz de los intereses municipales por lo que supone de desplazamiento de atribuciones desde los órganos centrales de gobierno y administración hacia los órganos desconcentrados de los distritos, sino, sobre todo, a intensificar la participación ciudadana, estableciendo un nivel mínimo común para todos ellos.

“Como señalamos en relación con la comisión especial de sugerencias y reclamaciones, la garantía institucional de la autonomía local no comprende una potestad de autoorganización ilimitada pues, en materia organizativa local, existe una triple competencia normativa que no cabe ignorar. En este caso, la regulación básica remite al Pleno la fijación del porcentaje mínimo de los recursos presupuestarios, que debe gestionarse de forma desconcentrada, su creación, la división en distritos, la determinación y regulación de sus órganos, y las competencias de sus órganos representativos y

participativos, sin perjuicio de las competencias del alcalde para determinar la organización y competencias de su administración ejecutiva. Ello deja un importante margen de desarrollo a los municipios para que, a la vista de sus necesidades concretas, puedan realizar el diseño definitivo de su organización. En consecuencia, debemos rechazar que la imposición obligatoria de una organización desconcentrada vulnere la autonomía municipal.

“Por los motivos expuestos debemos confirmar la constitucionalidad del art. 128 LBRL.

“h) El art. 129 LBRL, declarado básico por la disposición final primera, crea un nuevo órgano responsable de la asistencia jurídica al alcalde, a la junta de gobierno local y a los órganos directivos, cuyas funciones comprenden el asesoramiento jurídico y la representación en juicio del Ayuntamiento. Su titular es nombrado por la Junta de Gobierno entre quienes reúnan los requisitos de estar en posesión del título de licenciado en Derecho y ostentar la condición de funcionario de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales a los que se exija, para su ingreso, el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente, o ser funcionarios con habilitación de carácter estatal (disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, que ha derogado los arts. 92, 98 y 99 LBRL).

“No cuestiona el letrado del Parlamento de Cataluña la existencia necesaria de dicho órgano ni tampoco los requisitos que se exigen a su titular, sino únicamente el inciso ‘su titular será nombrado y separado por la Junta de Gobierno local’. Así pues, sería la atribución a un concreto órgano de gobierno de la competencia para nombrar y cesar al titular del órgano la que vulneraría, a un mismo tiempo, la potestad de autoorganización de la entidad local y la capacidad legislativa autonómica a la que, según el recurrente, correspondería regular este extremo. No justifica, sin embargo, por qué considera que excede de lo básico la atribución de esta facultad a la junta de gobierno, cuando no llega a la misma conclusión sobre el art. 127.1 i) LBRL, que atribuye a la junta de gobierno el nombramiento y cese de los titulares de los órganos directivos, a excepción del secretario general del Pleno cuyo nombramiento y, por tanto cese, corresponde al presidente del Pleno, de acuerdo con el art. 122.5 LBRL.

“La regulación de los órganos de gobierno municipal forma parte de la competencia básica del Estado para el desarrollo directo de los arts. 137 y 140 CE. En la medida en que el gobierno municipal se encomien-

da a diferentes órganos con muy distinta composición, la distribución entre ellos de las atribuciones municipales constituye un elemento esencial de la definición del funcionamiento democrático municipal (STC 33/1993, 1 de febrero FJ 3) y, por tanto, del modelo de autonomía municipal común por el que ha optado el legislador estatal. La existencia de la asesoría jurídica como órgano de asistencia al que se ha venido en denominar ‘ejecutivo local’ —Alcalde, Junta de Gobierno y órganos directivos—, responde a ese nuevo modelo municipal que, como señala la exposición de motivos de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, persigue ‘atender a la necesidad de un liderazgo claro y diáfano ante la sociedad, lo que exige ejecutivos con gran capacidad de gestión para actuar rápida y eficazmente’. Fruto de esta concepción, la Junta de Gobierno ha asumido la mayoría de las competencias de ejecución que antes correspondían al Pleno lo que, agravado por la complejidad de la gestión administrativa en los municipios de gran población, justifica tanto la existencia preceptiva de este órgano, como la atribución del nombramiento a la Junta de Gobierno de la que depende y ante la que debe responder, de la misma forma que el asesoramiento legal al Pleno y sus comisiones se encomienda al secretario del Pleno que es nombrado por su presidente. En la medida en que la atribución de esta competencia a la Junta de Gobierno sirve para perfilar ese modelo común organizativo que se considera imprescindible para garantizar una gestión adecuada de los intereses locales en los municipios de especial complejidad, debe descartarse que el art. 129 haya vulnerado las competencias autonómicas de desarrollo legislativo de las bases estatales.

“A esta misma conclusión debemos llegar con respecto a la invocada vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, en la medida en que comprende una potestad de autoorganización de las entidades locales que no puede ser ignorada por el legislador. La autonomía local no incluye la facultad de diseñar, sin límite alguno, el modelo de distribución de atribuciones de los órganos de gobierno. Debe tenerse en cuenta, además, que el legislador básico ha dejado en manos de la Junta de Gobierno, la elección del titular de este órgano directivo, que solo está condicionada por el cumplimiento de los requisitos exigidos y que no han sido cuestionados por el recurrente.

“i) Entiende el Parlamento de Cataluña que el art. 126.4 LBRL, al prever como órgano de existencia preceptiva el órgano de apoyo a la Junta de Gobierno, elimina la competencia de desarrollo normativo de la

Comunidad Autónoma y vulnera la autonomía local, pues debe formar parte de la competencia de autoorganización de los municipios de gran población el poder optar por diferenciar o no las funciones de representación política y la de asesoramiento jurídico y fe pública.

“El art. 126.4 prevé:

“La Secretaría de la Junta de Gobierno Local corresponderá a uno de sus miembros que reúna la condición de concejal, designado por el alcalde, quien redactará las actas de las sesiones y certificará sobre sus acuerdos. Existirá un órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma, cuyo titular será nombrado entre funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. Sus funciones serán las siguientes:

“a) La asistencia al concejal-secretario de la Junta de Gobierno Local.

“b) La remisión de las convocatorias a los miembros de la Junta de Gobierno Local.

“c) El archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones.

“d) Velar por la correcta y fiel comunicación de sus acuerdos’.

“Como se señaló con anterioridad, la Ley de medidas para la modernización del gobierno local ha supuesto, para los municipios de gran población, un cambio definitivo en la concepción tradicional de los órganos de gobierno municipales pues, llevada por la necesidad de agilizar y reforzar la eficacia de la Administración municipal, ha diseñado una Junta de Gobierno local dotada de amplias funciones de naturaleza ejecutiva. A esta modificación responde, sin duda, la separación entre la función de fe pública del órgano colegiado (redacción de actas y certificación de acuerdos) que, en todo caso, debe ser desempeñada por un concejal miembro de la misma, y la función de apoyo técnico que se profesionaliza al reservarse a un funcionario con habilitación de carácter estatal. La imposición de este modelo profesionalizado de asistencia técnica a la Junta de Gobierno forma parte de ese modelo común que, por otra parte, conlleva la determinación de una función de carácter preceptivo y reservada a funcionarios con habilitación de carácter estatal, cuya existencia misma, como consecuencia de su alta cualificación, se considera básica (STC 25/1983, de 7 de abril, FJ 4), sin que pueda considerarse vulnerada la autonomía local, vulneración que en opinión del Parlamento de Cataluña se produciría siempre y cuando se imponga al municipio la existencia de un determinado

órgano. Como hemos señalado también, la competencia para autoorganización municipal no es ilimitada, cuando la existencia preceptiva de un órgano de apoyo técnico a la Junta de Gobierno reservado, además, a funcionarios de habilitación de carácter estatal, no afecta a ese núcleo irreductible necesario para el autogobierno de los intereses municipales.

“Debemos por ello rechazar la inconstitucionalidad del art. 126.4 LBRL y de la disposición final primera en lo que a este se refiere.

“j) Se recurre por la representación del Parlamento de Cataluña la disposición final primera en relación con el art. 130.1 B) LBRL pues si bien admite que la división entre órganos superiores y directivos se ajusta a la competencia básica del Estado, entiende que no así lo hace la regulación excesivamente minuciosa, a modo de lista cerrada, de cuáles son los órganos directivos. Ello vulneraría tanto la competencia del legislador autonómico como la potestad de autoorganización local.

“En la relación de órganos directivos se incluyen los titulares de distintos órganos. En primer lugar, aquellos que tienen encomendada una función directiva de ejecución de programas —coordinadores generales y directores generales u órganos equivalentes—. En segundo lugar, los titulares de órganos con una función material concreta —el titular de la Asesoría jurídica—, o a los que se encomienda la gestión centralizada de funciones públicas, como es el caso del titular del órgano de gestión tributaria, que asume las funciones públicas que atribuye al municipio la legislación tributaria. Finalmente, una última categoría de directivos que, por tener atribuidas funciones públicas preceptivas cuya responsabilidad está reservada a funcionarios con habilitación de carácter estatal, forman parte del sistema de empleo público, pues acceden al puesto por los sistemas legales de provisión de puestos de trabajo, conforme a lo establecido en la disposición adicional octava LBRL y la disposición final primera de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Estos son el secretario del Pleno, el titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno local y al concejal-secretario y el interventor general municipal. Esta relación de directivos se completa, en el art. 130.2 LBRL, con los titulares de los máximos órganos de dirección de organismos autónomos locales y entidades empresariales, precepto este que, sin embargo, no ha sido recurrido.

“Para resolver la cuestión planteada, debemos tener en cuenta si la determinación de una relación de directivos locales responde a la finalidad de establecer

los criterios generales de regulación de la organización municipal, conforme a objetivos de interés público y si para ello es necesario establecer una enumeración cerrada (STC 25/1983, FJ 4). Argumenta el abogado del Estado que la consideración de determinados cargos como órganos directivos, en cuanto exige estar en posesión de requisitos específicos y conlleva la aplicación de la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, obedece a los objetivos de servir con objetividad al interés público y a la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas que consagra el art. 103 CE y, por tanto, forma parte de la competencia estatal básica.

“Conforme a lo establecido en el art. 130.4 LBRL, tanto los órganos superiores como los directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades contemplado en la Ley 53/1984, de incompatibilidades al servicio de la Administración Pública y en otras normas estatales y autonómicas que resulten de aplicación. Por otra parte, con posterioridad a la interposición de este recurso, la disposición adicional 9.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, que aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, ha venido a añadir una disposición adicional decimoquinta a la Ley de bases de régimen local, que contempla, además, la aplicación de las limitaciones al ejercicio de actividades privadas del art. 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, en los mismos términos previstos para los concejales y el alcalde. Ambas regulaciones pretenden garantizar la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones que se encomiendan a los órganos directivos, por lo que sirven al objetivo perseguido por la legislación básica, en cuanto al establecimiento de un régimen común que incide, además, en la igualdad de tratamiento de los administrados. Ahora bien, una cosa es que la regulación de las incompatibilidades de los órganos directivos forme parte de la competencia del Estado para establecer las bases y otra que, para el cumplimiento de este propósito, resulte necesario establecer una relación cerrada y pormenorizada de los directivos. En efecto, para conseguir esta finalidad bastaría con prever la aplicación de un determinado régimen de incompatibilidades para los órganos directivos, definiendo las características o funciones que deben reunir para considerarse tales. Así, por otra parte, lo acredita la disposición adicional decimoquinta LBRL, que extiende el régimen de incompatibilidades de los órganos directivos a los titulares de órganos, sin rela-

cionar cuáles son, que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de autonomía dentro de esas directrices generales.

“Por las mismas razones, la exigencia de determinados requisitos de formación y experiencia en la función pública que, sin duda, responde a la finalidad de mejorar la eficacia de la gestión administrativa, garantizando un nivel mínimo de profesionalización de los nombrados, no requiere establecer un elenco tasado de órganos directivos, tanto más cuanto ni es una exigencia que se impone a todos los directivos, ni tampoco es aplicable a los órganos incluidos en la relación de puestos de trabajo, e incorporados al sistema de empleo público, que se proveen por los sistemas establecidos para la provisión de puestos de trabajo reservados a este cuerpo. La profesionalización a la que sirve la exigencia del requisito de pertenecer a algún cuerpo de funcionarios para los que se exija un título universitario de nivel superior, incluido el de funcionarios de habilitación de carácter estatal, adquiere todo su sentido para los altos cargos, pero no resulta de aplicación al resto de órganos directivos, reservados a funcionarios en servicio activo.

“Así pues, aun respondiendo la regulación de una serie de órganos directivos a los objetivos de interés general que justifican su regulación con carácter común para todos los municipios, el establecimiento de una enumeración cerrada de los mismos eliminaría la competencia de desarrollo legislativo de las comunidades autónomas sin que, por lo hasta aquí expuesto, exista justificación para ello. No obstante, el precepto impugnado admite una interpretación conforme con lo hasta aquí afirmado pues, en la medida en que se limita a relacionar, dentro de los órganos directivos, los titulares de órganos que pertenecen a la organización básica de los municipios de gran población, no impide a las leyes autonómicas que completen, dentro de su competencia para regular la organización complementaria, este elenco de órganos directivos.

“k) Directamente relacionados con las cuestiones anteriormente expuestas se encuentran los dos reparos de constitucionalidad, que el letrado del Parlamento autonómico imputa al art. 123.1 c) LBRL. De un lado alega que este precepto impone la existencia de un reglamento orgánico específico para la regulación de cada uno de los órganos que en él se enumeran, cuando lo básico no puede llegar a determinar si es un solo reglamento or-

gánico o varios y, sobre todo, cuando dos de los órganos a los que se refiere, el consejo social de la ciudad y la comisión especial de sugerencias y reclamaciones, no son de existencia obligatoria. En segundo lugar, considera que la regulación de los niveles esenciales, en cuanto se refiere a los coordinadores generales a los que define y también a los directores generales u órganos equivalentes, llega a una definición excesivamente detallada, por lo que habría que eliminar el inciso que comienza 'entendiendo por tales' hasta 'órganos similares que culminan la organización administrativa'.

"Dentro de las atribuciones del Pleno, el art. 123.1 c) LBRL señala lo siguiente: 'La aprobación y modificación de los reglamentos de naturaleza orgánica. Tendrán en todo caso naturaleza orgánica: ... la regulación del Consejo Social de Ciudad ... la regulación de la Comisión Especial de sugerencias y reclamaciones'.

"No hay base alguna en el precepto impugnado para entender que se exige un reglamento específico para cada uno de ellos, como tampoco la hay para considerar que existe una prohibición de regulación conjunta de todos ellos en el mismo reglamento, pues la norma se limita a exigir que la regulación de ambos órganos se realice en una o varias disposiciones reglamentarias aprobadas con un determinado quórum. Por otra parte, declarada la constitucionalidad de los arts. 129 y 132 LBRL debemos descartar, por las mismas razones, la inconstitucionalidad del art. 123.1 c) por referirse al consejo social de la ciudad y a la comisión especial de sugerencias y reclamaciones como contenido necesario del reglamento o reglamentos orgánicos.

"Se invoca también, por el Parlamento de Cataluña la inconstitucionalidad del inciso de este mismo precepto destinado a determinar los niveles esenciales de la organización municipal, desde 'entendiendo por tales' hasta 'u órganos similares que culminan la organización administrativa', por considerar que se establece una definición tan detallada de los niveles esenciales de organización, que excede de lo que puede considerarse básico. Por otra parte, el abogado del Estado considera que como este precepto atribuye al Pleno la competencia para la aprobación de normas o reglamentos orgánicos cuya eficacia alcanza las relaciones entre corporaciones locales y vecinos, forma parte de lo básico.

"El apartado citado señala que tendrán naturaleza orgánica 'la determinación de los niveles esenciales de la organización municipal, entendiendo por tales las grandes áreas de gobierno, los coordinadores generales, dependientes directamente de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordina-

ción de las distintas Direcciones Generales u órganos similares integradas en la misma área de gobierno, y de la gestión de los servicios comunes de estas u otras funciones análogas y las Direcciones Generales u órganos similares que culminen la organización administrativa, sin perjuicio de las atribuciones del alcalde para determinar el número de cada uno de tales órganos y establecer niveles complementarios inferiores'.

"Pues bien, el precepto impugnado se limita a reservar al reglamento orgánico la definición de los niveles de la organización municipal, que el legislador básico ha considerado esenciales para garantizar la eficacia de la Administración municipal en los municipios de gran población. Es decir, un primer nivel distribuido por áreas materiales de actividad con competencias de coordinación y un segundo de nivel inmediatamente inferior que culmine la organización administrativa. La reserva al reglamento orgánico, en cuanto exige un quórum especial para su aprobación, forma parte de la competencia estatal básica, pues afecta al proceso mismo de formación de la voluntad del Pleno. Por otra parte, la definición de estos niveles organizativos sirve a un objetivo de interés general y no elimina la competencia normativa de las comunidades autónomas, pues la atribución al alcalde de la facultad de crear órganos organizativos complementarios, que este mismo artículo reconoce, debe realizarse en el marco de lo establecido por la legislación autonómica de desarrollo.

"Por las razones expuestas debe rechazarse la inconstitucionalidad del art. 123.1 c) LBRL y de la disposición final primera en lo que a este se refiere.

"l) Se impugna la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, por declarar básico el art. 73.3 LBRL y, por conexión, los arts. 20.1 c) y 122.3 de la misma norma legal. Entiende la representación letrada del Parlamento de Cataluña que este precepto es inconstitucional en la medida en que establece que los derechos económicos y políticos de los concejales no adscritos se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación; se afirma que se desconoce la capacidad normativa de la Generalitat de Cataluña para regular los aspectos no básicos del régimen estatutario de los electos locales. Por el contrario, entiende el abogado del Estado que el precepto impugnado se limita a establecer la situación de los concejales tráfugas, garantizando las mismas condiciones económicas que a los demás concejales adscritos a grupos políticos, pero impidiendo que puedan fomentarlo razones de enriquecimiento económico.

“Debemos señalar, en primer lugar, que los reproches de los recurrentes no van dirigidos a la totalidad de la regulación que, sobre grupos políticos y régimen estatutario de los electos, contiene el art. 73.3 LBRL sino, única y exclusivamente, a lo atinente a la figura del concejal no adscrito. Aunque el letrado del Parlamento no justifique en forma alguna las razones, la impugnación se extiende, a los arts. 20.1 c) y 122.3 LBRL, otros dos artículos que inciden en los derechos políticos de los concejales no adscritos. Estos artículos contemplan la participación de los grupos políticos, mediante concejales pertenecientes a los mismos, en proporción al número de regidores que tengan en el Pleno en los órganos de estudio, informe o consulta de los asuntos sometidos al Pleno, en los municipios de régimen general, o en las comisiones del Pleno, en los municipios de gran población. En segundo lugar, la impugnación únicamente está basada en la remisión a la competencia normativa del Pleno del municipio de la regulación de los derechos económicos y políticos de los concejales no adscritos.

“El tenor literal del art. 73.3 LBRL es el siguiente: ‘Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el Reglamento orgánico de cada corporación’. Este precepto se limita a atribuir al reglamento orgánico la regulación del ejercicio de los derechos económicos y políticos de los concejales no adscritos, como manifestación de la potestad normativa inherente a la autonomía municipal. Ello sin perjuicio de que, en el ejercicio de su competencia normativa, el Pleno deba necesariamente respetar lo establecido tanto en la legislación estatal, a la que tampoco este apartado se refiere, como en la legislación autonómica de desarrollo, razón por la cual debe descartarse la inconstitucionalidad del art. 73.3 LBRL y, por conexión, los arts. 20.1 c) y 122.3 y de la disposición final primera en lo que a estos se refiere.

“6. La representación letrada del Parlamento de Cataluña impugna, asimismo, el art. 126.2, párrafo segundo, inciso primero LBRL en la redacción que le da la Ley de medidas para la modernización del gobierno local. Dice este inciso que ‘[e]l alcalde podrá nombrar como miembros de la Junta de Gobierno Local a personas que no ostenten la condición de concejales, siempre que su número no supere un tercio de sus miembros, excluido el alcalde’.

“En opinión del recurrente, la inconstitucionalidad se basa en que la incorporación de no electos a la Jun-

ta de Gobierno vulnera el art. 140 CE, que encomienda el gobierno y administración municipal al alcalde y concejales, como manifestación de la opción constitucional por una administración democrática. El abogado del Estado señala, por el contrario, que la Junta de Gobierno ha quedado constituida como un órgano de manifiesto perfil ejecutivo y profesional, que viene exigido por la complejidad de las funciones técnicas que debe afrontar, quedando el principio representativo residenciado en el Pleno. Por otra parte señala que esta configuración responde al modelo europeo de gobierno local reflejado en la Carta europea de la autonomía local, cuyo art. 3.2 prevé que los órganos electivos colegiados puedan disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos.

“La Ley de medidas para la modernización del gobierno local, como ya señalamos anteriormente, ha modificado el diseño de gobierno en los municipios de gran población para establecer una separación clara de funciones entre el órgano en el que se residencia el principio representativo, y el órgano de carácter ejecutivo que aúna las competencias de dirección política o gobierno con la dirección de la administración municipal. Este órgano no está integrado únicamente por electos, pues el precepto impugnado permite al alcalde nombrar, como miembros de la Junta de Gobierno local, a personas que no ostenten dicha condición, siempre que su número no supere el tercio de sus miembros, excluido el alcalde, garantizándose en todo caso una mayoría de miembros electos, al exigirse para la válida constitución del órgano colegiado que el número de miembros electos presentes supere a los miembros presentes que no ostentan dicha condición.

“Por ello, en los municipios de gran población, el Pleno ha perdido sus competencias administrativas pues, como señala la exposición de motivos de la ley impugnada, se configura como el gran órgano de debate de las grandes políticas municipales y de adopción de las decisiones estratégicas; es, además, el órgano que ejerce la competencia reglamentaria, y fiscaliza y controla la actuación del alcalde y su equipo de gobierno (art. 122 LBRL). Por el contrario, la Junta de Gobierno local se constituye como un órgano colegiado que asume las competencias administrativas que, en los municipios de régimen común, corresponden al Pleno y al alcalde, pero también se convierte en un órgano esencial de colaboración en la dirección política del Ayuntamiento pues el alcalde —que conserva la presidencia del órgano colegiado y la capacidad de nombrar y cesar libremente a sus miembros—, comparte la dirección política con la

Junta de Gobierno local que es, tal y como la define el art. 126.1 LBRL, 'el órgano que, bajo la presidencia del alcalde, colabora de forma colegiada en la función de dirección política que a este corresponde y ejerce las funciones ejecutivas y administrativas que se señalan en el art. 127 de esta ley'.

"Tal y como hemos señalado en reiteradas ocasiones, entre otras en la STC 240/2006, de 20 de julio, FJ 8, el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, por lo que el legislador podrá ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, siempre que sea compatible con el marco general perfilado en los art. 137, 140 y 141 CE. Asimismo hemos afirmado que la garantía constitucional de la autonomía local requiere que se dote a las entidades locales de una autonomía o capacidad efectiva para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes, así la define el art. 3.1 de la Carta europea de la autonomía local.

"Este marco constitucional aparece profundamente enraizado en el principio democrático que se plasma, de forma expresa, en el art. 140 CE con la elección de concejales y alcalde, y en el art. 141.2 CE, que encomienda el gobierno y administración de las provincias a diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo. El principio representativo es, también, fundamento de la autonomía local de la que son titulares las islas, pues aunque el art. 141.4 CE no se refiera expresamente al mismo, como sí lo hace en el caso de municipios y provincias, 'el carácter representativo de los órganos a los que corresponde la dirección política de los entes locales constituye un concepto inherente a este concepto de autonomía local' (STC 132/2012, de 19 de junio, FJ 3). En esta Sentencia señalamos, además, en relación a los consejos insulares, que el carácter necesariamente representativo de los órganos de dirección política 'es compatible con la existencia, en el seno de esos entes locales, de órganos cuya integración no se encuentre enteramente reservada a los miembros electos de la corporación, al primar en ellos el perfil ejecutivo. En el bien entendido que estos deberán responder de su acción ante aquellos, que, precisamente por reunir la condición de órganos representativos, son los únicos facultados para dirigir la acción de las Administraciones locales en ejercicio de ese núcleo de la autonomía local que, según dijimos en la STC 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 4, *consiste, fundamentalmente en la capacidad de decidir libremente,*

*entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política* (STC 4/1981, fundamento jurídico 3)' (FJ 3).

"Pero igualmente dijimos que 'además de que no cabe equiparar automáticamente los consejos insulares a los ayuntamientos, debe señalarse que, como más adelante se expondrá con mayor detalle, esta regulación de los consejos insulares constituye una singularidad propia de su régimen jurídico que, como más adelante se razonará, no atenta contra la autonomía local, concretada en el autogobierno de la isla como entidad local a través de corporaciones de carácter representativo. En tal sentido, y como ya se adelantó, la respuesta que ahora debemos dar a la cuestión de si la regulación contenida en la Ley de consejos insulares que permite designar como miembros o titulares de los órganos referidos a quienes no tienen la condición de electos contraviene la normativa básica sobre régimen local, no prejuzga la que este Tribunal haya de pronunciar en su momento al resolver el recurso de inconstitucionalidad núm. 1523-2004' (STC 132/2012, de 19 de junio, FJ 3), que es el objeto de esta Sentencia.

"Pues bien, si como hasta ahora hemos señalado, el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas, este principio ha sido consagrado para los municipios con una intensidad especial, mediante una regulación bastante más minuciosa, que contrasta con la menor densidad normativa con que la norma fundamental lo ha recogido para islas y provincias. En efecto, si el carácter representativo de los órganos de dirección política de las islas deriva directamente de la garantía institucional de la autonomía local consagrada en el art. 137 CE, el art. 141.2 CE prevé, ya expresamente, para las provincias, que su gobierno y administración autónoma estarán encomendados a diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo. Pero, para los municipios, el art. 140 CE, va aún más allá, al atribuir el gobierno y administración a los ayuntamientos, integrados por alcaldes y concejales, imponiendo la elección democrática de sus integrantes. Por ello debemos señalar, en primer lugar, que el mencionado precepto constitucional atribuye al alcalde y concejales tanto el gobierno como la administración municipal, esto es, y sin perjuicio de la dificultad que puede conllevar a menudo la delimitación de ambas funciones, tanto la alta dirección de la política municipal en lo que supone de adopción de decisiones con criterios esencialmente políticos, como también la suprema direc-

ción de la Administración municipal a la que se refiere, junto al resto de Administraciones Públicas, el art. 103 CE. En segundo lugar, el art. 140 CE no atribuye las funciones de gobierno y administración municipal a una corporación representativa como hace el art. 141.2 CE para las provincias, sino a un ayuntamiento compuesto únicamente por alcalde y concejales. Estos podrán ejercitarlas, bien individualmente, bien mediante su integración en órganos colegiados, decisión esta que corresponde adoptar al legislador básico, en desarrollo directo del art. 140 CE, al diseñar los órganos de gobierno municipales. Pero, además, el citado precepto exige que concejales y alcaldes sean elegidos democráticamente, como manifestación del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, consagrado en el art. 23 CE, en su doble vertiente de derecho a participar directamente o por representantes libremente elegidos y derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos. Los concejales son elegidos por sufragio universal, igual, libre directo y secreto en la forma establecida por la ley. El alcalde, por los concejales o por los vecinos. En definitiva, el art. 140 CE otorga una especial legitimación democrática al gobierno municipal, tanto en su función de dirección política, como de administración, que contrasta, sin duda, con el diseño que la propia Constitución establece para el Gobierno del Estado (art. 97 y 98 CE). Un plus de legitimidad democrática, frente a la profesionalización, que, en todo caso, debe ser respetada por el legislador básico al configurar ese modelo común de autonomía municipal.

“Por las razones expuestas debemos declarar la inconstitucionalidad del artículo 126.2, párrafo segundo, inciso primero LBRL, inconstitucionalidad que se limita única y exclusivamente a la facultad que se reconoce al alcalde para nombrar como miembros de la Junta de Gobierno a personas que no ostenten la condición de concejales, pero no se extiende a la regulación de dicho órgano. Pero antes de pronunciar el fallo de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad a que conduce nuestro razonamiento, es preciso determinar cuál es el alcance y efectos que corresponde atribuir a dicho fallo y, en tal sentido, debemos establecer que han de considerarse situaciones consolidadas no susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia las nacidas con anterioridad a la fecha de su publicación. Y todo ello sin perjuicio de la libertad de organización de los ayuntamientos del funcionamiento de la actividad de asesoramiento a sus órganos de gobierno, en el marco de la legislación aplicable.

“7. Se impugna, por último, el primer inciso del apartado quinto del art. 126 LBRL en la redacción dada al mismo por la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, a cuyo tenor: ‘las deliberaciones de la Junta de Gobierno Local son secretas’. La obligación de secreto de las deliberaciones de la Junta de Gobierno local en los municipios de gran población frente a la regla general de no publicidad del art. 70.1, último inciso, LBRL vulnera, según el recurrente, el principio democrático del art. 1.1 CE, el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y el derecho de participación en los asuntos públicos mediante representantes, reconocido en el art. 23.1 CE. La demanda carece de una mínima argumentación que permita deducir las razones por las cuales se entiende existe la infracción denunciada.

“Tal y como hemos señalado en nuestra STC 237/2007, de 8 de noviembre, FJ 3, la impugnación de normas debe ir acompañada con una fundamentación que permita a las partes a las que asiste el derecho de defensa (en este caso, al abogado del Estado), así como a este Tribunal, conocer las razones por las cuales los recurrentes entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional. Por ello, resulta carga de los recurrentes, no solo abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también colaborar con la justicia del Tribunal, mediante un análisis clarificador de las cuestiones que se suscitan; si no se atiende esta exigencia, no podrá desvirtuarse la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley. En aplicación de esta doctrina y a falta de cumplimiento por el recurrente de la carga procesal expresada, no puede este Tribunal entrar a valorar la impugnación del art. 126 e) LBRL en la redacción dada al mismo por la Ley de medidas para la modernización del gobierno local”.

**Sentencia del Tribunal Constitucional 125/2013, de 23 de mayo de 2013, por la que se establece que en la elección del alcalde solo puede serlo quien obtuvo la legitimación de las urnas por su integración en alguna de las listas electorales concurrentes a las elecciones municipales.**

#### **Antecedentes**

Recurso de amparo electoral 2823-2013, promovido por Foro Asturias Ciudadanos, don José Luis Valdés Pérez, don Juan Carragal Martínez, don Antonio Landeta Álvarez-Valdez y don Francisco Javier Pérez Menéndez, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Asturias de 6 de mayo de 2013, dictada en recurso contencioso-electoral número 236-2013, desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cudillero de fecha 27 de marzo de 2013.

Ponente: Don Juan José González Rivas.

### Extracto de doctrina

"[...]"

"4. Desestimadas las excepciones de inadmisibilidad opuestas y entrando en el análisis del fondo, en la demanda se plantea como cuestión nuclear la posible vulneración del contenido constitucional del artículo 23 CE por haberse elegido y proclamado alcalde al Sr. Fernández Díaz, quien no concurrió a las elecciones municipales de 2011 como integrante de la lista del PSOE en la localidad de Cudillero, accediendo al puesto de concejal tras la renuncia del anterior alcalde por la vía prevenida en el artículo 182.2 LOREG.

"El derecho reconocido en el artículo 23.2 CE de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos es un derecho de configuración legal, del que son titulares los ciudadanos, primero como candidatos y posteriormente en el ejercicio del cargo (SSTC 10/1983, de 21 de febrero y 36/1990, de 1 de marzo) y para que la infracción de la legalidad pueda reputarse como lesión de tal precepto de la CE, a los efectos de la sustanciación de un recurso de amparo electoral, debe ser aquella de carácter sustantivo que regule cuestiones que afecten directamente al contenido constitucional del mismo. Sobre este punto, la Ley Orgánica del régimen electoral general establece la necesaria capacidad jurídica para ser elector y elegible y el derecho de sufragio activo y pasivo, que son expresión capital de los derechos fundamentales de participación en los asuntos públicos por medio de representantes (art. 23.1 CE) y del acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE). En todo caso, el examen de la interpretación y aplicación de esa legalidad, a la que no es ajena la jurisdicción de este Tribunal, cuando regula el acceso a cargos públicos de naturaleza representativa, es decir cuando configura el derecho de sufragio pasivo (que no debe confundirse con un presunto derecho a ser candidato), no se debe ceñir únicamente a la salvaguardia de que esa interpretación o aplicación no sea discriminatoria, sino que también ha de velar por su eficacia real, tal como subraya la STC 144/1999, de 22 de julio, en su fundamento jurídico 4.

"5. La configuración legal de los requisitos de sufragio pasivo para ser elegido alcalde en aquellos mu-

nicipios de población superior a 250 habitantes se encuentra recogida en el artículo 196 a) LOREG cuando establece que 'pueden ser candidatos todos los concejales que encabecen sus correspondientes listas'.

"Este requisito legal permite identificar la exigencia de un plus de representatividad en la persona que presenta su candidatura a alcalde, lo cual conecta con el marco constitucional de la autonomía local, profundamente enraizada en el principio democrático, que se plasma, de forma expresa, en el artículo 140 CE con la regulación de la elección de concejales y alcalde, y en este sentido hemos afirmado que el carácter representativo de los órganos a los que corresponde la dirección política de los entes locales constituye un concepto inherente a la autonomía local (por todas, STC 132/2012, de 19 de junio, FJ 3).

"Este plus de legitimidad democrática está ínsito en los requisitos y los términos que fija la Ley Orgánica del régimen electoral general para la elección de alcalde, vinculando la voluntad del cuerpo electoral expresada en las urnas con la candidatura a la alcaldía al exigir que debe postularse como candidato el concejal que encabece la lista electoral.

"Esta misma exigencia se mantiene en los casos que se produzca la vacante en la alcaldía, estableciendo el artículo 198 LOREG que, en supuestos distintos a los de moción de censura o cuestión de confianza, la vacante en la alcaldía se debe resolver conforme a lo previsto en el artículo 196, considerándose a estos efectos que encabeza la lista en que figuraba el alcalde el siguiente de la misma, a no ser que renuncie a su candidatura. En consecuencia, la elección sucesiva de alcalde en el transcurso del mandato municipal sigue estando conectada con la voluntad de los electores expresada en el voto a una determinada lista, ordenada escalonadamente, excluyendo el miembro anterior de la lista a los posteriores, con la única excepción del caso de renuncia.

"6. La relevancia constitucional de la conexión entre voluntad de los electores y elegido por intermediación del sistema de prelación en la lista electoral para el caso de elecciones de alcaldes ha sido puesta de manifiesto reiteradamente en nuestra doctrina, y así, como ya se indicara en la STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3, de acuerdo con la Constitución (arts. 6, 23, 68, 69, 70 y 140) es inequívoco que la elección de los ciudadanos solo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado, lo cual crea una vinculación inmediata entre electores y elegidos, que no puede ser condicio-

nada en sus elementos esenciales por la mediación de los partidos políticos por tratarse de un mandato libre, pues la concepción de que es del partido y no de los electores de quien se recibe el mandato representativo es inaceptable desde el punto de vista constitucional.

“En el caso de la elección a alcalde, como se indicara en la STC 31/1993, de 26 de enero, FJ 3, la exigencia legal del requisito de que los concejales que sean proclamados candidatos a alcalde ‘encabecen sus correspondientes listas electorales’ [art. 196 a) LOREG] es clara y supone una opción legislativa en favor de quienes concurren y ostentan la condición de cabeza de lista en perjuicio de los demás concejales que no pueden concurrir por esta vía a la elección, entre ellos, del alcalde, añadiendo que esta condición de cabeza de lista ha de conectarse a una determinada lista de candidatos en un determinado proceso electoral abierto, lista a la que se refiere el artículo 44.1 LOREG.

“En los supuestos de vacantes producidas a lo largo del mandato municipal, este Tribunal ha afirmado que el protagonismo corresponde a los grupos municipales en los que orgánicamente se han traducido las listas, de tal modo que cada grupo municipal de los así formados debe tener la posibilidad de presentar un candidato a alcalde, si bien ello no puede desvirtuar la conexión entre electores y elegidos, que no puede ser interferida en sus elementos esenciales por la mediación o interposición de un grupo político (STC 185/1993, de 31 de mayo, FJ 5), máxime cuando en el caso allí contemplado se trataba de un supuesto de abandono, por propia voluntad, del grupo municipal y de quienes no formaron parte de la lista de un grupo político de un Ayuntamiento, que no podía ser considerado cabeza de lista a los efectos del artículo 196 LOREG.

“Desde la estricta perspectiva constitucional, no puede entenderse que un concejal que no ha concurrido a la elección cumpla los requisitos establecidos en el artículo 198 LOREG, que exige expresamente la inclusión en la lista electoral de quien se propone como candidato a alcalde, lo cual excluye a personas que no hubieren concurrido a las elecciones en las correspondientes candidaturas presentadas en su momento. Dicha interpretación resulta del tenor de los preceptos orgánicos rectores de la elección a alcalde (*v. gr.* arts. 196 y 198 LOREG), así como de nuestra doctrina, anteriormente expuesta, sobre la conexión entre la elección por sufragio universal de los concejales y, por derivación, del alcalde, con el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos,

que en este caso ha sido desvirtuado por la interferencia del grupo municipal que materialmente ha posibilitado, mediante una sucesión de renunciaciones individuales, que el candidato a alcalde lo haya sido quien no había integrado la lista que concurrió al proceso electoral.

“No cabe duda, como subraya el fiscal, que en el concepto de lista (arts. 44, 182, 196 y 198 LOREG) se integren personas que no concurren a las elecciones en las correspondientes candidaturas aunque pertenezcan a un grupo municipal al que hayan accedido por la vía del artículo 182.2 LOREG, pero esta vía singular que, para el cargo de concejal, permite su acceso a un ciudadano que no se integró en la lista para participar en la elección, no es reconocida en el caso de la elección de alcalde, al ser insuficiente desde el punto de vista constitucional y al amparo del artículo 23.1 CE la mera integración en el grupo municipal, pues la condición de cabeza de lista lo ha de ser en el proceso electoral y en directa conexión con la voluntad popular, asegurando la plena representación democrática a quien ha de detentar el gobierno y la administración municipal.

“7. En el caso objeto de este amparo electoral, el Sr. Fernández Díez accedió al cargo de concejal por la vía prevista en el artículo 182.2 LOREG que establece que, si no quedasen posibles candidatos o suplentes a nombrar, las vacantes serán cubiertas por cualquier ciudadano mayor de edad que no esté incurso en causa de inelegibilidad designado por el partido, coalición, federación o agrupación de electores cuyos concejales hubiesen de ser sustituidos. Esta designación como concejal fue estimada conforme a Derecho por Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 18 de marzo de 2013. Por tanto, es incontrovertido que el Sr. Fernández Díez no integraba la lista de candidatos a la que se refiere el artículo 44.1 LOREG y que no concurrió a las elecciones municipales celebradas en el año 2011, pues el acceso a la condición de candidato a alcalde solo se produce tras sucesivas renunciaciones, en un primer momento, de los diferentes integrantes de la lista electoral del PSOE y sus suplentes, y, posteriormente, de los siete concejales del grupo municipal que habían concurrido a la lista electoral en el año 2011. En todo caso, no puede aceptarse la declaración de renuncia con efectos automáticos como establece la sentencia recurrida, pues esta, en los términos de la STC 214/1998, de 11 de noviembre, solo reconoce su efectividad en el momento en que el Pleno de la corporación toma conocimiento.

“La interpretación del alcance y contenido del dere-

cho fundamental a acceder a los cargos públicos ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática. El plus de representatividad que se infiere del artículo 140 CE para el gobierno municipal se traduce en una conexión recíproca, electores y elegible cabeza de lista, en relación a los requisitos para ser candidato a alcalde, conforme al artículo 196 LOREG.

“En el caso de la vacante en la alcaldía, el artículo 198 LOREG matiza los requisitos personales del candidato, desde el momento en que admite la renuncia de quienes le precedían en la lista, mas tal posibilidad encuentra un límite expreso en la previa integración en la lista, de manera que no pueden presentar su candidatura quienes no integraron la lista electoral y han accedido al cargo público de concejal por la vía del artículo 182.2 LOREG. En otro caso, se estaría alterando gravemente la voluntad del cuerpo electoral y, en consecuencia, viciando la relación representativa entre el conjunto de los ciudadanos y los órganos representativos; relación esta, cuyo correcto establecimiento es capital para la existencia y funcionamiento del Estado democrático que consagra el artículo 1.1 CE (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, 225/1998, de 25 de noviembre y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Matthews, de 18 de febrero de 1999).

“Ello no supone cuestionar la vía de acceso al cargo de concejal prevenida en el artículo 182.2 LOREG, puesto que tal cuestión excede del ámbito de este amparo y ha sido decidida por Sentencia firme, si bien hay que matizar que tal solución fue introducida por la reforma operada por Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, que reformó el artículo 182.2 LOREG con una finalidad determinada cual es la de garantizar la continuidad del gobierno municipal hasta el siguiente proceso electoral.

“En este caso, lo que se dirime es si los concejales que acceden por la vía del artículo 182.2 LOREG tienen capacidad, como el resto de concejales, para llegar a ser cabeza de lista por la renuncia del resto y una visión limitada de su capacidad está justificada por la prevalencia del artículo 23.1 CE que da respaldo a limitaciones de este tipo, como la que se infiere del artículo 196 al no permitir la condición de candidato a la elección de alcalde a quien no ostenta la condición de cabeza de lista.

“En ningún caso esta vía excepcional es idónea

para introducir un candidato que no formó parte de las listas y cuya elección no se había sometido a sufragio universal, para el desempeño de un cargo de máxima representatividad como el de alcalde, conectado con especial intensidad con la voluntad del conjunto de electores del municipio expresada en las urnas según se desprende de una lectura sistemática de los artículos 44.1, 196 y 198 LOREG en relación con los artículos 23.1 y 2 y 140 CE, pues el alcalde designado en el acuerdo recurrido no formó parte de la correspondiente lista electoral propuesta en el proceso electoral y, en consecuencia, carecía del respaldo que los ciudadanos le podían otorgar con sus votos, por lo que la interpretación efectuada por la sentencia recurrida al aplicar el artículo 198 LOREG y, por remisión, el artículo 196 de la misma ley orgánica, vulnera el contenido de dichos preceptos al no haber obtenido el designado, como cabeza de lista, votos populares en el municipio, pues no participó en las elecciones municipales de 2011, en la localidad de Cudillero.

“8. La correcta interpretación del artículo 196 LOREG a la luz del contenido constitucional del artículo 23.1 CE exige determinar que solo los concejales que formaban parte de la lista electoral podrán llegar a ser cabeza de lista, por renuncia de los demás, no pudiendo adquirir nunca esta condición los concejales que, como en el caso cuestionado, han accedido por la vía excepcional del artículo 182.2 LOREG.

“Las anteriores consideraciones nos llevan al otorgamiento del amparo, puesto que la interpretación constitucional de los requisitos que el legislador orgánico ha establecido para la elección del alcalde en un supuesto como el presente nos llevan a la conclusión que solo puede serlo quien obtuvo la legitimación de las urnas por su integración en alguna de las listas electorales concurrentes a las elecciones municipales, con la consecuente estimación de la vulneración del contenido constitucional del derecho reconocido en el artículo 23 CE, en la doble perspectiva del derecho de participación en las elecciones (art. 23.1 CE) y del de acceso a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE).

“La estimación del recurso de amparo electoral anula el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cudillero de 27 de marzo de 2013, de elección de alcalde, así como de la Sentencia que lo confirma, dictados por la Sección Única de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de mayo de 2013”. ■

32<sub>QDL</sub>

**Documentos e informes jurídicos**





---

# ¿Pueden los concejales no adscritos ejercer competencias delegadas en régimen de dedicación parcial o exclusiva?

Diego Ballina Díaz

*Secretario de Administración Local.*

*Jefe de Sección de Gestión Administrativa del Ayuntamiento de Gijón (Asturias)*

## 1. Introducción

## 2. Constitucionalidad del artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local

## 3. Interpretación legal del artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local

### 1. Introducción

La pregunta en cuestión suele plantearse cuando el nuevo alcalde, que ha obtenido el bastón de mando en una moción de censura, se propone distribuir sus competencias entre los concejales que le han otorgado su apoyo en la votación de la moción, y entre ellos se encuentra algún concejal no adscrito, bien sea porque ha abandonado su grupo o porque le han expulsado.

Ahí empiezan a plantearse dudas, puesto que el artículo 73.3 de la Ley 7/85 Reguladora de las Bases del Régimen Local afirma: “Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación”.

En las próximas líneas vamos a intentar responder a la pregunta formulada, aunque ya anticipamos que la respuesta no puede ser concluyente, y vamos a hacerlo desde un doble juicio al artículo 73.3 de la Ley 7/85, el primero de legalidad constitucional, el segundo analizando la correcta interpretación legal de este precepto.

### 2. Constitucionalidad del artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local

Sobre la constitucionalidad del artículo 73.3 se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional, con motivo de sendas cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante, y que han dado lugar a las sentencias 9 y 30/2012.

Las cuestiones de inconstitucionalidad se plantearon en el procedimiento judicial de impugnación de

dos acuerdos municipales de los ayuntamientos de Benidorm y Denia, por los que se otorgaban delegaciones y dedicaciones a concejales no adscritos.

La duda que se planteó al Tribunal Constitucional, era si el artículo 73.3 LRBR era conforme al derecho fundamental de participación en los asuntos públicos recogido en el artículo 23 de la Constitución, puesto que el juzgador temía que la afirmación, contenida en la Ley 7/85, de que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, pudiera implicar una vulneración del derecho fundamental al ejercicio de los cargos públicos en condiciones de igualdad.

En concreto, interpretaba que el derecho fundamental del artículo 23 podría resultar vulnerado, en la medida en que la redacción del artículo 73.3 LRBR impide al representante no adscrito ser elegido por el alcalde de la corporación como miembro de la Comisión de Gobierno (actualmente Junta de Gobierno Local) y teniente de alcalde, cuando no ostentase esa condición antes de abandonar el grupo municipal, a diferencia del resto de concejales de la corporación, que sí pueden desempeñar dichos cargos.

Para el órgano judicial el trato diferente recibido incide en el núcleo esencial de sus funciones representativas, amparadas por el artículo 23 de la Constitución española.

El Tribunal Constitucional, antes de entrar en el fondo del asunto, deja claro cuál es su cometido, advirtiendo de que “no nos corresponde dilucidar si, como el órgano judicial interpreta, el párrafo tercero del artículo 73.3 de la Ley 7/85 impide que, en concreto, un concejal no adscrito sea nombrado para determinados cargos en el equipo de gobierno municipal, si no los hubiera venido ostentando con anterioridad a su trán-

sito a la referida condición de no adscrito, sino que al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada debemos exclusivamente pronunciarnos acerca de si el precepto, tal y como es entendido por el órgano judicial, afecta al núcleo del derecho al ejercicio de cargos públicos protegido por el art. 23.2 CE".

No entra, por tanto, a valorar si la interpretación que realiza el Juzgado que plantea la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de que los no adscritos no pueden ostentar delegaciones, ni integrar la Junta de Gobierno Local o ser tenientes de alcalde, ni percibir dedicaciones parciales o exclusivas si no las hubieran detentado con anterioridad a su paso a la condición de no adscritos, es ajustada o no a la legalidad ordinaria.

Vamos a exponer ahora, de forma sintética, los argumentos del Tribunal Constitucional en relación con el juicio de constitucionalidad de la restricción de derechos a los miembros no adscritos de las corporaciones locales:

El Tribunal parte de afirmar que existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos contenidos en el artículo 23 CE, puesto que puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad al derecho ciudadano a participar en los asuntos públicos.

Así el derecho del artículo 23.2 CE, e indirectamente el que reconoce el artículo 23.1 CE a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio.

El derecho de participación política, en sus distintas manifestaciones, es un derecho que se otorga a los ciudadanos en cuanto tales, y, por consiguiente, a las personas individuales. No es un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas jurídicas o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos.

El artículo 23.2 CE consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

A este contenido explícito del precepto, la jurisprudencia constitucional le ha dotado de un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes en los cargos o funciones públicas a los que se accedió, no pudiendo ser removido de

los mismos si no es por causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos.

Pero no puede perderse de vista que el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 es un derecho de configuración legal, en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que "una vez creados, quedan integrados en el *status* propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en que se integren".

Resulta indudable que el artículo 73.3 limita los derechos del concejal, en tanto al ser calificado legalmente como no adscrito, deja de ser miembro de un grupo político de los que integran la corporación.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2009, de 9 de julio, señala que el distinto trato que el artículo 73.3 LRBRL otorga a los miembros de las corporaciones locales, en función de su adscripción o no a un grupo político, "está justificado en la diferente situación en la que se encuentran, al no haberse incorporado al grupo político constituido por la formación electoral por la que fueron elegidos: puede someterse a un régimen jurídico parcialmente diferente a los representantes que no se integran en el grupo político constituido por la formación en la que concurrieron a las elecciones respecto de aquellos que sí lo hacen, todo ello sin perjuicio de respetar las facultades de representación que son propias del cargo electo, pues, como se ha indicado, el diferente trato que se otorga en este caso a los diputados no adscritos no conlleva una limitación de las facultades que constituyen el núcleo de sus funciones representativas", y por tanto hay que entender que las restricciones o limitaciones impuestas a los concejales no adscritos responden a un fin legítimo.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha puesto en valor la relevancia jurídica de la adscripción política de los representantes, entre otras, en la sentencia 32/1985, afirmando que "es claro, en efecto, que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6), dotan de relevancia jurídica (y no solo política) a la adscripción

política de los representantes y que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en el que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía”.

Por todo ello, concluye el Tribunal que no cualquier acto que afecte al *status* jurídico aplicable al representante político lesiona el derecho fundamental del artículo 23, “pues solo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa”, que es lo que ha venido en llamarse el *ius in officium*.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2009, de 9 de julio, establece el siguiente criterio: entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial, se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores.

A la luz de esta doctrina, el Tribunal Constitucional rechaza la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 73.3 de la Ley 7/85, en tanto resulta claro que la garantía que proporciona el artículo 23.2 de la Constitución no se ve vulnerada, ya que la pertenencia a la Junta o Comisión de Gobierno y designación como teniente de alcalde no están incluidas en el núcleo básico del mandato representativo, y constituyen aspectos de la organización y estructura consistorial dentro de las potestades, no ilimitadas, del alcalde.

En efecto, tales nombramientos dependen de la voluntad de un tercero, el alcalde de la corporación, voluntad que ha de ser ejercida en los términos y condiciones determinados al respecto por la Ley de Bases del Régimen Local (artículos 23.1 y 125.1).

### 3. Interpretación legal del artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local

De la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, se concluye que privar a los no adscritos de poder ostentar delegaciones o de formar parte de la Junta de Gobierno es constitucional.

El planteamiento del Juzgado que formula la cuestión de inconstitucionalidad, su interpretación de la previsión contenida en el artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local, es que el citado artículo prohíbe a los no adscritos ostentar delegaciones, integrar la Junta de Gobierno Local o ser tenientes de alcalde y cobrar por ello, y por eso entiende que el precepto podría ser inconstitucional.

El Tribunal Constitucional concluye que dicha prohibición no sería contraria al texto constitucional, pero no dice que esa sea la interpretación que haya que darle al artículo 73.3, cuidándose mucho de pronunciarse sobre el asunto.

Y es precisamente sobre el alcance de este artículo donde se han manifestado discrepancias, encontrándonos con sentencias como la de 5 de mayo de 2010 (recurso 362/2009) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que, analizando la impugnación del acuerdo de la alcaldía de delegación de competencias en un no adscrito, afirmó: “es preciso efectuar un mayor esfuerzo de indagación in situ acerca de los singulares presupuestos fácticos que recoge la controversia, con el objeto de establecer si, efectivamente –y en la realidad de las cosas–, esa delegación tuvo que ver con un ejercicio de potestades administrativas que, de la misma forma que supuso una específica asignación de funciones (y de derechos administrativos) a favor de la concejal no adscrita, igualmente se habría producido en el caso de que esta hubiera continuado situándose bajo la férula de una formación política”.

El Tribunal continúa afirmando: “Y es que el entendimiento jurídico del precepto legal que hemos referido en el encabezamiento de este apartado expositivo exige comprobar que el veraz, real, no incremento de retribuciones frente a los que habría percibido de continuar en el grupo de procedencia es coherente y racional con los hechos que ofrece el proceso. Es decir, que tal incremento de retribuciones tiene que ver con la concreta asunción de funciones por parte de la concejal no adscrita, demostrando que la asunción habría existido, de igual manera y en la misma medida, si la misma hubiese seguido formando parte del grupo político PSPV-PSOE en el mes de diciembre de 2007, cuando se celebró el Pleno que aprobó la propuesta de la Alcaldía de 13 de diciembre: ‘[...] por el cual a la concejal no adscrita D.<sup>a</sup> Custodia se nombra para desempeñar su cargo con dedicación parcial fijando una retribución y el horario de dedicación mínima necesaria para percibir dicha retribución fijando de lunes a vier-

nes un horario de no menos de seis horas diarias'. Para la Sala, la voluntad del legislador estatal pasa por asegurar que quien logra una asunción de funciones políticas y de derechos económicos en la corporación municipal las ha obtenido en tanto en cuanto que ese logro se habría generado, en la misma medida, si continuase en la formación política de la que participaba con anterioridad a la fecha en que se produce la adscripción de funciones y derechos. [...] Falta, también aquí, que esa parte procesal exhiba los mimbres fácticos que, en la realidad de las cosas, demuestren el cómo y el porqué si la Sra. Custodia hubiese permanecido en el grupo político con el que concurrió a las elecciones, el Sr. alcalde le habría propuesto una serie de funciones a los que corresponde el logro de una retribución en dinero".

Se exige así por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en esta sentencia, un plus de fundamentación en el acuerdo municipal de delegación de competencias y de dedicación del concejal no adscrito, que justifique que se hubiese otorgado la delegación si se hubiese continuado en el grupo de origen.

Esto nos parece de muy difícil cumplimiento, y vendría a ser tanto como la prohibición del desempeño de esas funciones por los no adscritos, que es precisamente el criterio que sigue el Juzgado que planteó cuestión de inconstitucionalidad a instancias de la interpretación de la norma recogida en la demanda formulada por la Abogacía del Estado contra los acuerdos municipales.

Dicha interpretación se centra en considerar que el párrafo tercero del artículo 73.3 impediría que el concejal no adscrito fuese nombrado para determinados cargos en el equipo de gobierno municipal que no hubiera venido ostentando con anterioridad a su tránsito a la referida condición de no adscrito, y como decimos parece recogida, con matices, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 5 de mayo de 2010.

A nuestro juicio esa interpretación no es correcta, coincidiendo plenamente con el conciso y acertado voto particular del magistrado del Tribunal Constitucional D. Luis Ignacio Ortega Álvarez, contenido en la precitada sentencia 9/2012 de 18 de enero que a continuación exponemos.

En su interpretación, el magistrado parte de que el artículo 73.3 de la Ley de Bases del Régimen Local introduce en nuestra legislación la figura del concejal no adscrito, estableciendo la previsión de que, junto a los grupos políticos, puedan existir en una corporación lo-

cal miembros no adscritos a ninguno de esos grupos.

De este modo, respecto a estos concejales no adscritos, es posible predicar la inexistencia del derecho-deber de integrarse en un grupo político, que, en principio, pesa sobre los restantes miembros de la corporación local.

Directamente relacionada con tal imposibilidad de formar un nuevo grupo o integrarse en alguno de los existentes, la norma establece además la limitación que ahora se cuestiona, la cual impide que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos puedan ser superiores a los que ostentaban en su calidad de miembros del grupo en el que deberían haberse integrado, o bien del grupo de procedencia que han abandonado.

Sobre esta base afirma que nada de esto sucede en el supuesto de hecho que motiva la sentencia constitucional, en el que lo cuestionado han sido las resoluciones de la Alcaldía por las que se ha nombrado a un concejal no adscrito como miembro de la Junta de Gobierno Local, cuarto teniente de alcalde y concejal delegado de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, nombramientos todos ellos que no tienen por qué vincularse a la pertenencia a un determinado grupo municipal, ni mucho menos, como se razona en la sentencia, se integran en el *ius in officium* propio del concejal.

Por ello resulta posible concluir que el diferente marco regulador establecido para los concejales no adscritos respecto a aquellos integrados en los grupos, consiste fundamentalmente en la imposibilidad de constituir un nuevo grupo municipal o integrarse en alguno de los existentes, con la consiguiente pérdida de facultades o beneficios que ello conlleva, y encuentra su justificación precisamente en que esos concejales no se integran o han abandonado el grupo político constituido por la formación electoral en cuyas filas concurrieron a las elecciones y por la que fueron elegidos.

Así pues, el artículo 73.3 encuentra su pleno sentido en relación con la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, sin que haga referencia a cuantas facultades tiene atribuidas el concejal al servicio de la función representativa que desempeña, esto es, conservando los derechos de ejercicio individual que, como a todo concejal miembro de la corporación, le corresponden en su condición de representante político.

Así es claro que el precepto modifica la posición del concejal, en cuanto que, al ser calificado legalmente como no adscrito, deja de ser miembro de un grupo

político de los que integran la corporación, con la consiguiente pérdida de facultades o beneficios vinculados a la previa pertenencia a un concreto grupo político, pero, al no afectar al núcleo de las funciones representativas del concejal, no priva al representante de las facultades inherentes a su cargo.

Limitación que, en cuanto relativa a la pertenencia al grupo político, lo que impide es que los concejales no adscritos puedan percibir o beneficiarse de los recursos económicos y materiales puestos a disposición de los grupos políticos de la corporación, y que, por otro lado, puedan ejercer o intervenir en las actividades que, conforme a la propia legislación de régimen local, se canalizan a través de dichos grupos.

Por el contrario, los nombramientos como miembros de la Junta de Gobierno Local o las delegaciones resultan completamente ajenos al ámbito al que se viene haciendo referencia, pues, en tanto que relacionados con la organización y estructura del Gobierno municipal, dependen de la voluntad de un tercero, el alcalde de la corporación, voluntad ejercida en los términos y condiciones determinados por la ley con el único límite de que los nombrados hayan de ser concejales del Ayuntamiento.

Resulta entonces que del estatuto jurídico de los miembros no adscritos no puede deducirse limitación alguna a este respecto, pues lo que se deriva de lo dispuesto en el párrafo cuestionado –que sus derechos económicos y políticos no sean superiores a los que hubieran correspondido de permanecer en el grupo de procedencia– no se refiere a los derechos que se ostentaban vinculados a la condición de concejal, sino solamente a aquellos que lo eran en atención a la cualidad de miembro de uno de los grupos municipales, sin afectar, por tanto, ni al derecho a ejercer las funciones de concejal en condiciones de igualdad, derecho que, por lo demás, no puede extenderse hasta alcanzar a la configuración del equipo de gobierno municipal, ni tampoco al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes democráticamente elegidos.

Esta posición coincide con la línea del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada en la sentencia número 1573/2009, de 21 julio, que, en relación con el enjuiciamiento de un acuerdo municipal que otorgaba retribución económica a un concejal no adscrito que había sido nombrado teniente de alcalde, afirmaba:

“Lo cierto es que las retribuciones que se contemplan en el acuerdo plenario recurrido no se asignan a Doña Gregoria en su condición de concejala no adscri-

ta sino por ostentar el cargo de primera teniente de alcalde, como consecuencia de la decisión adoptada por el órgano competente de la corporación, al margen de la crítica política que pueda ocasionar dicha actuación.

“Al regular el estatuto de los miembros de las corporaciones locales la Ley 7/85 distingue entre derechos individuales y derechos como consecuencia de su actuación corporativa que se desarrolla a través de los grupos políticos o municipales, los cuales entran dentro del concepto de órganos de funcionamiento del Ayuntamiento.

“La condición de concejales no adscritos implica que no podrán formar parte de ningún otro grupo político así como la pérdida de los derechos económicos vinculados a los grupos políticos municipales, reteniendo los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la corporación pero no los derivados, con carácter exclusivo, de su pertenencia a un grupo político.

“Siendo, por tanto, plenamente ajustada a derecho la actuación administrativa recurrida que asigna retribuciones en base a los cargos que se ostentan”.

En sentido análogo se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 23 de mayo de 2011, en relación con la impugnación de un acuerdo del Ayuntamiento de Mondragón-Arrasate por el que se reconocía una indemnización para los presidentes de Comisión o concejales que integren la Junta de Gobierno Local que tuvieran la condición de no adscritos, y que fue impugnado por la Abogacía del Estado.

El Tribunal Superior de Justicia concluye que, en este caso, existe una plena acomodación entre la condición de no adscrito a un grupo del concejal y el carácter plenamente individualizado del supuesto que da lugar a la dotación económica, que se identifica, en palabras del Tribunal Constitucional, con “derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos”, en tanto el destinatario de la indemnización no es un grupo, sino el concejal que actúa sin vinculación ni pertenencia a un grupo municipal.

Por tanto, concluye el Tribunal que un concejal no adscrito podrá ser indemnizado o compensado económicamente por su participación cualificada en ciertos órganos municipales, y la asistencia a sus sesiones.

De lo expuesto hasta ahora se concluye que se plantean dos posiciones en torno al artículo 73.3: por un lado, la que o bien prohíbe a los no adscritos el

ejercicio de competencias delegadas o su integración en la Junta de Gobierno o bien limita las posibilidades del alcalde, sometiendo sus acuerdos a un plus de legitimación, de muy difícil cumplimiento, frente a otros concejales; por otro, con la que coincidimos, que la Ley de Bases del Régimen Local, en cuanto a la limitación de derechos políticos y sociales de los no adscritos, se refiere fundamentalmente a la imposibilidad de consti-

tuir un nuevo grupo municipal o integrarse en alguno de los existentes, con la consiguiente pérdida de facultades o beneficios que ello conlleva, pero en ningún caso priva a los concejales no adscritos de la posibilidad de ostentar delegaciones o de formar parte de la Junta de Gobierno Local, o de percibir indemnizaciones o dedicaciones parciales o exclusivas por el desempeño de estas funciones. ■

# Revisión de oficio de resolución del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental (INAGA)

Ana Cristina Bescós Boltaina

Letrada asesora de la Diputación Provincial de Huesca

1. Cuestión planteada
2. Antecedentes
3. Fundamentos de derecho
4. Conclusiones

## 1. Cuestión planteada

Mediante oficio de fecha 27 de marzo de 2012, registrado de entrada el 4 de abril de 2012, por la Alcaldía del Ayuntamiento de ..... se solicita la emisión de informe jurídico relativo a la posible solicitud de revisión de oficio, por estar incurso en causas de nulidad de pleno derecho, de la resolución del INAGA de fecha 28 de diciembre de 2010 por la que acordó autorizar a la Comunidad de Regantes de ..... la ocupación del monte de utilidad pública ....., denominado ".....", titularidad del citado Ayuntamiento, y se declaró exenta del pago de contraprestación económica a dicha Comunidad de Regantes de ....., concesionaria de dicho aprovechamiento.

## 2. Antecedentes

De la documentación remitida pueden extraerse las siguientes circunstancias fácticas de relevancia para la emisión del presente dictamen:

1.<sup>a</sup>- El monte de utilidad pública ..... denominado "....." constituye un bien de dominio público cuyo titular es el Ayuntamiento de .....

2.<sup>a</sup>- La Comunidad de Regantes ..... solicitó autorización administrativa al INAGA al objeto de obtener la concesión de uso privativo del dominio público forestal para la ocupación temporal de unos terrenos en el monte de utilidad pública ....., con motivo de llevar a cabo las obras del proyecto de modernización del regadío. En concreto, la finalidad de la ocupación fue la instalación de una balsa de regulación y una tubería de impulsión del

sector de riego ... en la parcela ... del polígono ... del término municipal de .....

3.<sup>a</sup>- Iniciado el expediente, por escrito de fecha 22 de julio de 2010 del INAGA se acordó dar audiencia al Ayuntamiento de ....., en calidad de titular del monte objeto de ocupación, por término de quince días, dándole traslado asimismo del borrador del pliego de condiciones que iban a regir la misma. En la Condición "TERCERA" de dicho pliego –contraprestación por la concesión de uso privativo en montes catalogados– se hizo constar lo siguiente:

"A falta de regulación de la tasa por concesión de uso privativo en el dominio público forestal de titularidad del Ayuntamiento de ....., y en ausencia de condiciones económicas fijadas por la entidad titular del monte, para determinar el importe de la contraprestación económica, se aplican como criterio de valoración las normas definidas en la Ley 13/2009, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón. En consecuencia, el beneficiario queda obligado a abonar en concepto de contraprestación económica anual, provisionalmente en tanto no se apruebe dicha tasa por la concesión de uso privativo del dominio público forestal, la cantidad de VEINTE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON SESENTA Y SEIS CÉNTIMOS (20 767,66 €)...".

4.<sup>a</sup>- Por escrito presentado con fecha 10 de agosto de 2010, la Comunidad de Regantes ..... representada por el letrado ....., solicitó al INAGA dejar sin efecto la liquidación de la tasa por ocupación del dominio público y la declaración de exención en el pago de dicha tasa a dicha Comunidad, en base a que las obras de modernización del regadío habían sido declaradas de interés general para la Comunidad Autónoma de Aragón por Decreto 164/2008, de 9 de septiembre.

5.<sup>a</sup>- Por escrito de fecha 29 de octubre de 2010 el INAGA requirió al Ayuntamiento de ..... a fin de que se pronunciase expresamente sobre si para la determinación de la contraprestación por la concesión de uso privativo del monte ..... había de aplicarse solamente el régimen de tarifas, o también el relativo a exenciones y demás criterios indemnizatorios dispuestos en la tasa 33 de la Ley 13/2009, de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón, y Ley 15/2006, de Montes de Aragón.

6.<sup>a</sup>- El pleno del Ayuntamiento de ..... acordó, con fecha 25 de noviembre de 2010, lo siguiente:

“... Primero: Trasladar al INAGA, el pronunciamiento expreso de este pleno, por el que se acuerda que, siendo el organismo competente para determinar la aplicación del régimen tributario a aplicar en este caso es el propio INAGA, por lo que a este pleno solo le cabe pronunciarse en el sentido de que se aplique el régimen tributario que corresponda en su interpretación según la legislación competente en esta materia”.

7.<sup>a</sup>- Por resolución de fecha 28 de diciembre de 2010 del INAGA se acordó autorizar a la Comunidad de Regantes ..... la concesión de uso privativo del dominio público forestal para la ocupación temporal de terrenos en el monte de utilidad pública ..... denominado “.....”, titularidad del Ayuntamiento de ..... de acuerdo con unas condiciones que fueron detalladas en la misma. En la condición TERCERA (contraprestación por la concesión de uso privativo en montes catalogados) se hizo constar lo siguiente:

“Por acuerdo de pleno del Ayuntamiento de ....., entidad titular del monte, adoptado en sesión ordinaria de fecha 25 de noviembre de 2010, y en aplicación del artículo 146 de la Ley 13/2009, de 30 de diciembre de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón, el beneficiario queda exento del pago de contraprestación económica anual por la concesión de uso privativo del dominio público forestal para la ocupación de terrenos del monte de utilidad pública n.º 152B por tratarse de instalaciones afectas a actividades declaradas de interés social”.

8.<sup>a</sup>- El Ayuntamiento de ..... en modo alguno reconoció la exención de la Comunidad de Regantes en el pago de contraprestación económica por el uso privativo del monte de dominio público, sino

que, al tratarse de una utilización que no había regulado el Ayuntamiento, trasladó al INAGA la determinación concreta de dicha contraprestación. Sin embargo, este Instituto acordó dicha exención, a pesar de los argumentos de la Secretaría General del mismo, tras la consulta llevada a cabo en relación con la solicitud de exención del pago de la contraprestación por la Comunidad de Regantes beneficiaria, en el sentido de que debían aplicarse subsidiariamente los criterios de determinación de cuantías que la Administración autonómica tiene fijados para los montes de dominio público de su titularidad conforme a la legislación de tasas autonómica, y de que el Ayuntamiento nunca renunció al pago de dicha contraprestación, sino que, por el contrario, trasladó al órgano ambiental la determinación de esta.

9.<sup>a</sup>- Dado el perjuicio económico que la exención en la contraprestación por la concesión del uso privativo del monte de utilidad pública ..... supone para el Ayuntamiento de ....., se ve obligado a ejercitar las acciones legales que procedan, instando la nulidad de dicha resolución en lo concerniente a la reiterada exención, reservándose, en su caso, las acciones de reclamación de responsabilidad patrimonial por los ingresos dejados de percibir por parte de esta entidad local.

### 3. Fundamentos de derecho

**Primero.-** El régimen jurídico de la concesión para uso privativo del monte de utilidad pública ....., integrante del dominio público forestal, cuya titularidad ostenta el Ayuntamiento de ....., es el recogido en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón, y 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.

El artículo 69 de la Ley 15/2006, de Montes de Aragón, establece las condiciones para el otorgamiento de concesiones para uso privativo de los montes integrantes del dominio público forestal, entre las que figura la conformidad al uso pretendido por la Administración propietaria del monte. Asimismo, el artículo 72 de la citada Ley, referido a las concesiones de interés particular del dominio público forestal, determina la aplicación de la legislación autonómica en materia de tasas, solamente para el caso de que ese sea titularidad de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En el ámbito local, el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en adelante TRLHL, establece que “Las entidades locales, en los términos previstos en esta Ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público”.

**Segundo.-** El Ayuntamiento de ..... prestó su conformidad con la ocupación del monte de utilidad pública ....., a los fines de instalar una balsa de regulación y una tubería de impulsión, obras incluidas en el proyecto de modernización del regadío promovido por la Comunidad de Regantes ...., mediante acuerdo de pleno de 6 de julio de 2009.

Por escrito de fecha 22 de julio de 2010 del INAGA se dio traslado a dicho Ayuntamiento, por un plazo de quince días naturales, del borrador del pliego de condiciones que iban a regir la concesión de uso privativo del dominio público forestal, reconociéndose en la cláusula tercera el derecho de cobro por parte del citado ente local de la tasa por la concesión en tanto en cuanto se determinó que “... hasta que se aprobara la correspondiente tasa, el beneficiario quedaba obligado a abonar la cantidad de 20 767,66 euros, determinados conforme al criterio de valoración contenido en la Ley 13/2009 de 30 de diciembre de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón...”.

El INAGA, de modo unilateral y, a nuestro juicio, a todas luces arbitrario, determinó la exención en el pago de la tasa por ocupación del monte de utilidad pública ....., mediante resolución de 28 de diciembre de 2010, en base al acuerdo del pleno del Ayuntamiento de ..... por el que se trasladó a dicho Instituto la determinación del régimen tributario a aplicar por dicha ocupación, aplicando por ello el artículo 146 de la Ley 13/2009, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón, por el que se declaran exentas de la tasa por concesión del uso privativo del dominio público forestal de titularidad de la Comunidad Autónoma de Aragón las instalaciones afectas a actividades declaradas de utilidad pública o de interés social.

El Ayuntamiento de ..... nunca renunció al pago de la correspondiente tasa por la ocupación del citado monte de utilidad pública, ni reconoció la exención de la citada contraprestación, sino que trasladó al INAGA la determinación concreta del régimen tributario a aplicar ante la falta de regulación de la utilización del monte.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, tanto la imposición como la supresión de los tributos propios de las entidades locales deben ser acordadas por estas, debiendo aprobarse las correspondientes ordenanzas fiscales reguladoras de aquellos. Asimismo, el artículo 20 de la citada norma dispone que las entidades locales “podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local”. Por tanto, hemos de concluir que la exención en el pago de la contraprestación por el uso privativo del dominio público no pudo hacerse extensiva a la entidad local, toda vez que dicha exención debió ser acordada de modo expreso por la misma, siendo nula de pleno derecho la decisión administrativa en sentido contrario.

Una vez constatadas circunstancias que determinaron la exención en el pago de la tasa o contraprestación por la ocupación del dominio público forestal, con el consecuente perjuicio económico para el Ayuntamiento de ....., derivado de ello, este ente local debe instar la revisión de la condición “TERCERA” del pliego de condiciones de la citada resolución del INAGA de fecha 28 de diciembre de 2010, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Tercero.-** La condición “TERCERA” del pliego de condiciones de la resolución del INAGA por la que se determinó la exención en el pago de la contraprestación por la ocupación del monte de utilidad pública ....., se halla incurso en dos causas de nulidad de pleno derecho al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1.b) y f) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**I.-** Según el citado artículo, los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho, por ejemplo, en el caso de “f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

La condición tercera del pliego de condiciones que regulan la concesión de uso privativo del monte de utilidad pública ....., constituye un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que la Comunidad de Regantes ..... adquiere un derecho, esto es, se le reconoce la exención en el pago de la correspondiente contraprestación por el uso o utilización del dominio público.

Ello es así puesto que dicho reconocimiento se llevó a cabo careciendo de los requisitos necesarios para ello, pues, por un lado, el Ayuntamiento nunca acordó dicha exención; es más, la aplicación de la correspondiente tasa por ocupación de dominio público resulta obligada conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 20 TRLHL; y, por otro lado, se acuerda dicha exención en aplicación de una norma, la Ley 13/2009, que no resulta aplicable en el ámbito local, sino que es aplicable a las concesiones de bienes de dominio público titularidad de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por tanto, ha de afirmarse que la citada resolución, y en concreto la condición tercera del pliego de condiciones de la misma, ha de considerarse nula de pleno derecho, por carecer de los requisitos esenciales para su adquisición, según lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que se reconoce una exención sin una cobertura legal para su reconocimiento –no existe una ordenanza que reconozca dicha exención ni se halla recogida en los supuestos de no sujeción y exención contemplados en el artículo 21 TRLHL–, y sin que el particular cumpla los requisitos para ello.

La Comunidad Autónoma de Aragón, en este caso, a través del INAGA, no podía acordar la no imposición de la correspondiente contraprestación por la ocupación del monte de utilidad pública ..... propiedad del Ayuntamiento de ....., sino que debió ser el pleno de dicha corporación el órgano competente para determinar la misma, y así lo hizo, pero no renunciando a la imposición, sino trasladando al INAGA la determinación del régimen tributario aplicable. En caso de que el Ayuntamiento hubiera acordado la exención, no nos veríamos en la presente solicitud de revisión de oficio, sino que evidentemente sería el propio Ayuntamiento quien primeramente debería de anular su acuerdo. Pero, como decimos, no es este el caso.

La condición tercera del pliego contenido en la resolución del INAGA de fecha 28 de diciembre de 2010, por la que se reconoció el derecho a la exención en el pago de la tasa por ocupación del monte de utilidad pública ....., propiedad del Ayuntamiento de ....., debió ser aprobada expresamente con carácter previo por el órgano competente, esto es, el pleno del Ayuntamiento de ....., cosa que no se hizo.

**II.-** Igualmente, el artículo 62.1 de la Ley 30/1992

dispone en el apartado b) que los actos serán nulos en el caso siguiente: “b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”.

Se trata –el reconocimiento de la gratuidad de la ocupación a favor de la Comunidad de Regantes, acordada en la cláusula tercera del pliego– de un acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

Si bien el INAGA es el órgano competente para autorizar la concesión de uso privativo del dominio público forestal, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Montes, no lo es para determinar la exención en el pago de la contraprestación por la utilización del mismo, por no ser este titularidad de la Comunidad Autónoma de Aragón. Debe ser la entidad local, titular del bien monte de utilidad pública, quien resulte competente para acordar la exención en el pago de la correspondiente tasa, dentro del marco regulado por la legislación de haciendas locales.

**Cuarto.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella [...]”.

Este artículo resultaría de aplicación al supuesto que nos ocupa, en tanto en cuanto entendemos que solamente la condición tercera de la resolución del INAGA de fecha 28 de diciembre de 2010 se hallaría incurso en causa de nulidad de pleno derecho, y no el resto de la misma, que sí se considera ajustada a derecho.

**Quinto.-** El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que: “Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”.

El Ayuntamiento de ..... debe instar la revisión de la resolución del INAGA de fecha 28 de diciembre de 2010, en base a la consideración de que la declaración de exención en el pago de contraprestación por la concesión de uso privativo del monte de utilidad pública ....., titularidad del mismo, se halla incurso en dos causas de nulidad de pleno

derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1.b) y f), en tanto en cuanto dicha exención se acordó por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia (dicha exención debió acordarse por la propia entidad local), y en virtud de la misma se adquiere un derecho –la gratuidad de la concesión–, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

La solicitud de revisión de oficio debe ser acordada por el pleno del Ayuntamiento de ....., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.m) de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y el artículo 29.1.m) de la Ley de Administración Local de Aragón.

La solicitud de revisión de oficio de la resolución del INAGA anteriormente aludida debe instarse ante el consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Administración de Aragón, por tratarse de un acto emanado de una entidad de derecho público adscrita a dicho departamento. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.5 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón, el dictamen de este será preceptivo.

**Sexto.-** El artículo 102.1 de la Ley 30/1992 configura la acción de nulidad de los interesados como una verdadera acción y no como una petición graciable, de modo que la Administración resulta obligada a dictar un pronunciamiento expreso, positivo, si concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, y en todo caso a resolver sobre ella, quedando abierta al interesado la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa con la producción del acto presunto.

El artículo 102.5 de la Ley 30/1992 dispone que por el transcurso de tres meses desde el inicio del procedimiento de revisión de oficio a instancia del interesado, sin dictarse resolución, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.

Por último, indicar que la declaración de la nulidad de pleno derecho tiene efectos *ex tunc*, es decir, el acto

o la parte del acto de que ella deriva ha de considerarse como si nunca se hubiese realizado.

#### 4. Conclusiones

En opinión de la letrada que suscribe y conforme a los fundamentos jurídicos contenidos en el presente informe, el Ayuntamiento de ..... debe:

1.º- Instar la revisión de oficio de la resolución del INAGA de fecha 28 de diciembre de 2010 por la que se autoriza a la Comunidad de Regantes ..... la concesión de uso privativo del dominio público forestal para la ocupación temporal de terrenos en el monte de utilidad pública ....., denominado ".....", titularidad del Ayuntamiento de ....., en lo relativo a la determinación de la exención del pago de contraprestación económica anual por dicha concesión (condición TERCERA del pliego de condiciones que rigen la misma).

2.º- Solicitar la retroacción del procedimiento al momento en que se dictó la resolución, a los solos efectos de fijarse la cuantía de la contraprestación por el uso privativo del monte.

3.º- Reservarse las acciones que pudieran corresponder al objeto, en su caso, de solicitar la indemnización por los perjuicios derivados de la determinación de la exención en el pago de contraprestación por el uso del dominio público local por parte del INAGA, prescindiendo de las normas reguladoras de su utilización, para el supuesto de que se declare nula la citada cláusula, y se produzcan prescripciones de la liquidación de la contraprestación o no se pudiera cobrar precio alguno en anteriores ejercicios.

Este es mi parecer, que someto a cualquier otro criterio mejor fundado en derecho.

No obstante, la corporación acordará lo que estime pertinente. ■

En Huesca, a 9 de abril de 2012

---

# Efectos de la nulidad de una ordenanza fiscal sobre actos de liquidación

Luis Gómez Merlo de la Fuente  
*Secretario general del Ayuntamiento de Linares*

**Asunto:** Efectos derivados de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en casación, confirmatorias de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en relación con la nulidad de la Ordenanza Fiscal núm. 40 reguladora de las contribuciones especiales, por realización de obras en vías de servicio en “Los Jarales” y c/ “Mina de San Miguel”.

## 1. Objeto del informe

## 2. Consideraciones previas

## 3. Consideraciones jurídicas

3.1. Alcance temporal de los efectos de las sentencias firmes que anulan una disposición general

3.2. Devolución de ingresos indebidos de liquidaciones firmes y consentidas, tras la anulación de la disposición general de la que emanaron

## 4. Conclusiones

## 1. Objeto del informe

Se tiene a bien emitir informe en virtud del requerimiento del Sr. concejal-delegado de Economía de fecha 18 de marzo de 2013, a esta Secretaría General, en relación con las sentencias de los recursos de casación 5233/2010, 5088/2011 y 6291/2011, de TRAVIMETA, S.A. y MARÍA CANO FERNÁNDEZ, emitidas con fecha 17 de diciembre de 2012 por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Granada, referidas a las contribuciones especiales reguladas en la Ordenanza núm. 40. Se indica en dicha petición que, debido a la envergadura y especial trascendencia por la repercusión financiera o patrimonial que pudiera derivarse de dichos expedientes, se solicita informe a este secretario general, y determinación de directrices en la materia que afecte a la misma.

A esta petición de informe es aplicable, respecto a informes preceptivos de la Secretaría General, lo establecido en los artículos 173 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre) y 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, sobre Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Estatal.

De conformidad con los preceptos citados, estos informes deben ser ordenados por el presidente de la corporación, si bien esta Secretaría General entiende que este requisito se cumple cuando los informes se solicitan por un concejal en relación con las materias que tiene delegadas, situación en la que se encuentra esta petición.

## 2. Consideraciones previas

**1.ª-** Por parte de los Servicios Jurídicos de este Ayuntamiento se aportan a esta Secretaría, en relación con el asunto, las siguientes sentencias ratificadas por parte del Tribunal Supremo en recursos de casación, tanto contra la impugnación directa como indirecta de la Ordenanza Fiscal objeto de litigio, y en base a estas se emite el presente informe:

– Sentencia del TSJ 1040/2011, ratificada por deestimación de recurso de casación del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 2012. El fallo de la sentencia del TSJ nos viene a decir que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D.ª MARÍA CANO FERNÁNDEZ, contra resolución del Ayuntamiento de Linares de fecha 4 de agosto de 2008, sobre liquidación de cuo-

tas de reparto, y contra la Ordenanza Fiscal núm. 40, aprobada por dicha corporación local (publicada en el BOP de 17 de agosto de 2007), reguladora de la contribución especial por realización de obras en vía de servicio (Los Jarales y c/ Mina de San Miguel); y, en consecuencia, anula dichas liquidaciones y Ordenanza Fiscal, por no ser conformes a derecho.

– Sentencia del TSJ 321/2010, ratificada por desestimación de recurso de casación del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 2012. El fallo de la sentencia del TSJ viene a decir que estima el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil TRAVIMETA, S.A., contra la Ordenanza núm. 40, de las aprobadas por el Ayuntamiento de Linares, reguladora de la contribución especial por realización de obras en vía de servicio Los Jarales y c/ Mina de San Miguel, publicada en el BOP de fecha 17 de agosto de 2007, que se anula por no ser ajustada a derecho.

– Sentencia del TSJ 1149/2011, ratificada por desestimación de recurso de casación del Tribunal Supremo en sentencia de 26 de diciembre de 2012. El fallo de la sentencia del TSJ viene a decir que estima el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil CABLEADOS DEL SUR, S.A., TRACINSA, S.L., LINARENSE DE REPARACIONES, MIGUEL VISIEDO MENA Y DOS MÁS, JUAN RAMIRO RAMÓN Y TORÁN, S.L., de tal modo que declara no ajustada a derecho la Ordenanza núm. 40 de contribuciones especiales, dictando su anulación.

– Sentencia del TSJ 1697/2011, ratificada por desestimación de recurso de casación del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 2012. El fallo de la sentencia del TSJ viene a decir que estima el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil TRAVIMETA, S.A., referido en este caso a la liquidación tributaria, pero impugnando directamente la Ordenanza Fiscal, tan ampliamente repetida. El fallo de la sentencia viene a estimar el recurso interpuesto por esta mercantil, declarando nulos los actos objeto del recurso, quedando sin efecto por no ser conformes a derecho, reiterando la nulidad de la expresada Ordenanza Fiscal.

**2.ª-** Por parte de la jefa del Área de Inspección y Gestión Tributaria, de fecha 5 de febrero de 2013, en su informe que se entrega a este secretario general, en relación con los efectos de las sentencias, en recurso de casación recogidos, viene a exponer lo indicado por el artículo 19 del texto refundido de la Ley de Hacien-

das Locales: “de la propia sentencia, se deduce que no comporta la nulidad de los actos tributarios firmes y ello porque no hace mención expresa en tal sentido, cuando podía haber fallado en forma motivada la prohibición de mantener los actos firmes y consentidos dictados al amparo de la ordenanza, expresión que no se da en ninguna de la sentencias, sino que el fallo de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, se limita de forma concisa y breve a declarar que la Ordenanza Fiscal núm. 40 [...], se anula por no ser ajustada a derecho”. Igualmente en dicho informe analiza la situación de ingresos indebidos de los ingresos tributarios que se hubiesen generado.

A las consideraciones previas, les son de aplicación las siguientes

### 3. Consideraciones jurídicas

#### 3.1. Alcance temporal de los efectos de las sentencias firmes que anulan una disposición general

Es reconocida ampliamente por la legislación y la jurisprudencia la posibilidad de recurrir las disposiciones generales a través de dos mecanismos, directo e indirecto. Así, el artículo 26 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, reconoce expresamente que, además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, es admisible la de los actos que se producen en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho.

De las sentencias dictadas y enunciadas, encontramos que algunas han sido referidas a la impugnación directa de la disposición general, como es en este caso una ordenanza fiscal, y algunas han sido fruto de la impugnación de los actos de aplicación derivados de dichas ordenanzas fiscales y fundamentadas en la ilegalidad de esta disposición general. El recurso directo contra una disposición general cumple una finalidad de expulsión del ordenamiento jurídico, de la que puede decirse que es primariamente relevante el interés de la Ley como norma superior del ordenamiento jurídico. Atendiendo a este interés prevalente, los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de estos recursos, desde el día de la publicación del fallo, de conformidad con el artículo 72.2 de dicha Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, producen una evidente economía procesal, al evitar el planteamiento de múltiples

litigios con ocasión de los actos de aplicación de una disposición ya declarada disconforme a derecho.

Sin embargo, el legislador ha ido más allá y no se ha quedado solamente en ese primer planteamiento, desde el momento en que el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa preceptúa que las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general, no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

La novedad de este artículo es que, en principio, viene a proclamar algo parecido a una irretroactividad en el alcance de las sentencias firmes que anulen preceptos de una disposición general, con la única excepción indicada en esta norma, cuestión esta que no concurre en el caso de la anulación de las contribuciones especiales, precepto que en definitiva ha recogido la postura de la jurisprudencia en este sentido, como seguidamente veremos.

En otro orden de cosas, ya el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo del año 1957, posteriormente mantenido en el artículo 102 de la actual Ley 30/1992, de 26 de noviembre, viene a decir en su apartado cuarto que “las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución las indemnizaciones que procedan reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 de esta ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”.

En relación con lo indicado en este apartado traemos a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004 (7436/1999), en la que viene a decir que los actos administrativos de liquidación dictados al amparo de una disposición general nula de pleno derecho, solo incidirán en nulidad absoluta o radical si en ellos, y solo en ellos, concurren las circunstancias definidas en el artículo 153 de la Ley General Tributaria (hoy en día el artículo 217 de la LGT 58/2003), que son: los dictados por órganos manifiestamente incompetentes, los constitutivos de delitos, y los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Es evidente,

en palabras del propio Tribunal, que “tales circunstancias no se dan en las liquidaciones provisionales a las que se refiere el presente recurso de casación, de modo que tales liquidaciones eran simplemente anulables, pero tal pronunciamiento solo se podría lograr mediante su impugnación en plazo, hecho que no se ha producido, luego, devinieron en consentidas y firmes”.

Esa idea principal de firmeza a la que hace mención el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es por donde gira el nudo gordiano del análisis jurídico de la extensión de los efectos que puede producir cuando se impugna una disposición de carácter general. Como veremos se dan razones de seguridad jurídica y garantía de las relaciones establecidas, las que van a diluir las diferencias teóricas existentes entre la derogación y la declaración de nulidad, ya que, en puridad de principios, mientras aquella tiene efectos *ex nunc*, es decir, a partir del momento en que se producen, la nulidad los tiene *ex tunc*, retrotrayendo sus efectos al momento en que se dictó la disposición o reglamento declarado nulo, pero teniendo en cuenta que aquellos actos que hubiesen sido tomados al amparo de esa disposición declarada nula y que todavía no fuesen firmes, por no haber transcurrido los plazos de impugnación o por estar pendientes de resolución los recursos, eventualmente interpuestos contra la misma, no quedarían cubiertos por lo establecido en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como en el artículo 102 de la LRJPAC.

Como hemos dicho, la práctica y la jurisprudencia han seguido un criterio similar al del actual artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues aunque el artículo se refiere a la anulación de un precepto de una disposición general, no vemos que exista ninguna razón para su aplicación en los supuestos de una anulación por sentencia firme de una disposición general en su integridad. No se advierte desde la perspectiva del artículo diferencia entre una anulación parcial o total de la norma.

Por su parte, siguiendo la doctrina jurisprudencial y la práctica que veremos, traemos igualmente a colación lo establecido en el artículo 19 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, cuando nos dice en el apartado segundo que si, por resolución judicial firme, resultasen anulados o modificados los acuerdos locales o el texto de la ordenanza fiscal, la entidad local vendrá obligada a adecuar a los términos de la sentencia todas las actuaciones que se lleven a cabo con posterioridad a la fecha en que aquella le sea notificada. Salvo que expresamente lo prohibiera la

sentencia, se mantendrán los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente resulte anulada o modificada.

Efectivamente, el artículo 19.2 recoge la doctrina construida por parte del Alto Tribunal sobre los límites a la hora de extender los efectos de la anulación de una ordenanza de naturaleza fiscal, en relación con aquellos actos dictados al amparo de la misma, volviendo nuevamente a mantener la limitación de la extensión de los mismos o, lo que es lo mismo, la irretroactividad de los efectos de la sentencia a los actos dictados, siempre y cuando tengan firmeza.

Pues bien, la cuestión jurídica que analizamos ha sido ampliamente tratada por parte del Alto Tribunal y jurisdicción menor, trayendo a colación la más reciente de las sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 2012. Esta sentencia viene a reconocer y a mantener la doctrina expuesta por él, relativa a la irretroactividad de la anulación de una disposición general a los actos administrativos de aplicación que hubieran adquirido firmeza con anterioridad a la sentencia anulatoria, sin reconocerle un alcance con efectos generales salvo en los supuestos de exclusión o sanciones no ejecutadas. Por consiguiente, tal y como proclama la sentencia, para que se produzca la intangibilidad de los actos administrativos, esto es, su no afección por la anulación en sentencia de la disposición general, es necesario que hayan adquirido firmeza, por no ser *ab initio* susceptibles de recurso o impugnación, o por haber transcurrido los plazos establecidos al efecto. En otro caso, proclama la sentencia, la anulación de la disposición general trasciende, y puede hacerse valer en el recurso que se interponga frente a la sentencia que declare la validez de los actos administrativos que se hayan aplicado o que tengan la cobertura de aquella disposición.

Siguiendo esta línea, en palabras del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de diciembre de 2011, “la irretroactividad de la anulación de una disposición general a los actos administrativos de aplicación que hubieran adquirido firmeza con anterioridad a la sentencia anulatoria alcance efectos generales, salvo los supuestos de exclusión o reducción de sanciones no ejecutadas, aparece expresamente establecida en el art. 73 de la LRJCA y tiene, incluso indudable arraigo en nuestra jurisprudencia anterior a dicha Ley que utilizó la previsión contenida en el art. 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958 y la proyección de lo establecido en el art. 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, para las senten-

cias declarativas de inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley”.

El Consejo de Estado, en informe de 15 de junio de 1995 emitido con ocasión del inicial Anteproyecto de la Ley vigente, insistió en que la previsión suponía un injustificado acercamiento entre la derogación y la anulación, difícilmente aceptable, en cuanto parece desconocer la eficacia *ex tunc* de la anulación, que por razones de ilegitimidad elimina una disposición del ordenamiento, lo que (sin perjuicio del principio de conservación de actos) supone tanto como declarar que la disposición anulada “no ha podido estar” y, por tanto, no ha estado jurídicamente, inserta en el ordenamiento jurídico. Pero lo cierto es que, como se ha adelantado, la jurisprudencia ha mantenido y mantiene un criterio diferente. De este modo, y continuando con la sentencia de 7 de marzo de 2012, se pronuncia diciendo: “la STS de 12 de diciembre de 2003 (rec. de cas. 4615/1999) señala que ‘es, en definitiva, doctrina de esta Sala que aunque la declaración de una disposición general, por ser de pleno derecho produzca efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas se encuentra atemperada por el art. 120 LPA (ahora por el art. 73 LJCA), en el que con indudable aplicabilidad tanto en los supuestos de recurso administrativo como en los casos de recurso jurisdiccional, se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación en que los efectos son *ex nunc* y no *ex tunc*, si bien solo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función de ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2009, reitera el criterio y reproduce anteriores pronunciamientos a lo declarado en la sentencia de dicho Tribunal de 4 de enero de 2008, volviendo a decir: “[...] y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1958 ha declarado que por razones de seguridad jurídica se atempere el principio de eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de las disposiciones de carácter general respecto a los actos administrativos que hubiesen adquirido firmeza con anterioridad a que la sentencia anulatoria de aquellas disposiciones alcanzase efectos generales (sentencias

entre otras de fecha 26 de febrero de 1996, 28 de enero y 23 de noviembre de 1999, 24 y 26 de julio de 2001 y 14 de julio de 2004)".

Igualmente, en la sentencia de 14 de noviembre de 2006 del Tribunal Supremo, y siguiendo este periplo de sentencias, se viene a mantener que, en caso de disposiciones generales, el control judicial de las mismas permite su impugnación directa e indirecta por los interesados ante los tribunales, y acceder de manera inmediata a un pronunciamiento sobre su legalidad y el restablecimiento de la situación jurídica regularizada; sin embargo, nos dice la sentencia que los efectos de dicho control judicial son distintos según se trate de impugnación directa o indirecta, pues en este último caso la declaración de nulidad se proyecta sobre el acto de aplicación y en nada afecta a otros actos fundados en la misma norma, y tratándose de impugnación directa, si bien dicha declaración de nulidad tiene los efectos de *erga omnes*, sin embargo ello no alcanza los actos firmes y consentidos dictados a su amparo, de manera que, nos dice textualmente, "el administrado afectado tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias derivadas de tal actuación administrativa que no resulta revisable ni afectada por aquella apreciación de ilegalidad de la norma que le sirve de amparo".

Igual de contundente fue nuevamente en sentencia de 30 de septiembre de 2002, que en palabras suyas afirma: "esta cuestión ya ha sido resuelta en diversas ocasiones por esta Sala". En dicha resolución se sostiene lo siguiente: "por una parte, el que según se desprende la exégesis del art. 86.2, de la Ley Jurisdiccional, mientras que las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación anulen una disposición general producen efectos *erga omnes*, quedando la misma sin efecto para todos, las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anulen un acto por ser nula la disposición en que se fundaba, solo los producen en cuanto a los que hubieren sido partes en el pleito respecto a esa pretensión, sin que supongan en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma; y por otra parte, el que aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad en una disposición general, por ser de pleno derecho, produzca efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se encuentra atemperada por el art. 120 de la Ley de Procedimiento

Administrativo, en el que con indudable aplicabilidad tanto a los supuestos de recursos administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos *ex nunc* y no *ex tunc*, si bien solo respecto de los actos firmes permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general".

Y concretamente en el ámbito estrictamente tributario, traemos a colación las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2001 y de 19 de diciembre de 2011.

En la primera de ellas, se afirma que la nulidad de una disposición general no se traslada sin más a los actos singulares de aplicación, pues para que estos sean nulos de pleno derecho es preciso que se haya incurrido en algunas de las causas previstas en el artículo 153 de la Ley General Tributaria (LGT/1963, artículo 217 LGT/2003), circunstancias que no se dan en el caso de autos, puesto que las liquidaciones no han sido practicadas por órgano manifiestamente incompetente, ni se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento, ni existe en absoluto vía de hecho, ni ha existido delito alguno.

La segunda de ellas y más reciente, referida igualmente a materia tributaria, viene a recoger en síntesis la doctrina del Alto Tribunal, de tal modo que concluye y determina de una forma esquemática dicha doctrina, que es:

a) Las sentencias y actos administrativos que hayan adquirido firmeza, antes de que la sentencia que declare la nulidad de la disposición que aplican alcance o tenga efectos generales, resultan, como regla general, intangibles. El límite a partir del cual no puede invocarse dicha firmeza de los actos aplicativos de la norma anulada es la publicación del fallo anulatorio.

b) Frente a las sentencias y actos que no hayan adquirido tal firmeza, puede hacerse valer la declaración de nulidad de la disposición que aplicamos.

c) Las sanciones impuestas se ven, en todo caso, afectadas por la declaración de nulidad de la disposición en cuya base se aplicaron. En este supuesto, frente a la seguridad jurídica que fundamenta la regla general, prima la eficacia retroactiva o *ex tunc* de la anulación, cuando ello suponga la exclusión o reducción de las sanciones impuestas, con el único límite de que se hayan ejecutado correctamente.

En base a este posicionamiento queda claro que, para extender los efectos de la sentencia dictada por la Sala del TSJ de Granada proclamando en el fallo la nulidad de la Ordenanza Fiscal núm. 40 al resto de los actos dictados al amparo de esta, tienen que estar absolutamente vinculados a la firmeza de los mismos, porque prima el principio de seguridad jurídica para los casos de impugnación de disposiciones de carácter general, y más concretamente para los actos de naturaleza tributaria. Esta solución adoptada por el Alto Tribunal tiene los límites que la propia ley establece en función de unos principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, acogidos en el artículo 9 de la Constitución, donde se garantiza la seguridad jurídica. Es esta a su vez la raíz de lo que ya estableció el artículo 120 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 1957, y que hoy viene recogida en el artículo 102, que permite subsistir a los actos firmes dictados al amparo de una disposición cuya nulidad ha sido declarada sin distinguir la clase o intensidad de tal anulación. Por otra parte, es también uno de los planteamientos del Tribunal Constitucional sobre la retroacción de los efectos de las leyes, en su sentencia 45/1989, de 20 de febrero. En el undécimo de sus fundamentos jurídicos, en ocasión de haber declarado nullos ciertos aspectos de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta, nos dice el propio Tribunal Constitucional: “no pueden ser revisables situaciones consolidadas por exigencia del principio de seguridad jurídica, las establecidas por actuaciones administrativas firmes, la conclusión contraria nos indica entrañaría un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los tribunales, en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto en aplicación de las disposiciones cuya inconstitucional se comprobó”.

Además este principio de seguridad jurídica, que atempera los efectos de la nulidad y que sustenta toda la doctrina del Tribunal Supremo, es el que en cierto modo recoge el artículo 19 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que mantiene la regla general de la inaplicabilidad de la nulidad de una disposición general a los actos dictados por ella, salvo que lo prohibiera la sentencia. Artículo este que ha sido también tratado por la jurisprudencia. En la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011, se afirma y concluye a este respecto que este artículo 19 LHL no altera, como regla general, el régimen expuesto de mantenimiento de los actos firmes o consentidos dictados al amparo de las ordenanzas que

posteriormente resulten anuladas o modificadas, sin que, por otra parte, las razones que se aducen por la recurrente puedan justificar una prohibición expresa de tal mantenimiento, cuando por la sala de instancia se rechaza sustancialmente recurso contencioso-administrativo. Igualmente, una sentencia del TSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2004 vuelve de nuevo a tratar la conexión de este precepto normativo, dando una visión jurídica que entendemos adecuada y correcta con toda la doctrina dictada en relación con la limitación o con los efectos de la nulidad de una disposición general, de tal modo que, y en palabras de este Tribunal: “[...] el citado inciso último del art. 19.2 LHL contiene una excepción no contemplada en el art. 73 de la LJCA (salvo que expresamente lo prohibiera la sentencia), del que se desprende una solución legal jurídicamente inversa a la seguida por el TC: la sentencia será anulatoria o derogatoria con efectos *ex nunc*, esto es, simplemente prospectiva o con efectos solo para el futuro, salvo que la propia sentencia establezca nulidad de actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza anulada, esto es, proclame efectos *ex tunc* o retroactivos de la anulación de la disposición de carácter general. Se otorga pues, al Tribunal Contencioso-Administrativo en materias de ordenanzas fiscales locales, unos poderes análogos a los utilizados por el TC, aunque en sentido inverso: prospectividad como norma general y eficacia retroactiva o *ex tunc* como excepcional declarada por la sentencia”. Por tanto, y en conclusión de esta sentencia, “si se trató de una autoliquidación tributaria y dentro del plazo de comprobación de la misma (desde el 1 de enero de 1999, cuatro años) queda firme una sentencia que afecta a una situación jurídica idéntica cabrá la extensión de efectos. Pero no cuando se trate de actos consentidos, cual es el supuesto de autos, de liquidación tributaria notificada en legal forma y consentida, máxime cuando la nulidad provendría de la anulación meramente prospectiva de la ordenanza fiscal en que se basa. La conclusión contraria dejaría inaplicado e inaplicable el repetido art. 19.2 de la Ley de Haciendas Locales, posterior en su redacción y más específico en su regulación al art. 110 LRJCA”.

Por último, y para mayor abundamiento, traemos a colación la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sentencia núm. 776/2001, de 15 de octubre, en la que de forma rotunda y contundente se afirma que en el recurso directo son nulos todos los actos dictados en aplicación de la disposición declarada nula, salvo los que hubieren devenido firmes adminis-

trativa o jurisdiccionalmente. En el indirecto son todos válidos excepto el específicamente impugnado.

### **3.2. Devolución de ingresos indebidos de liquidaciones firmes y consentidas, tras la anulación de la disposición general de la que emanaron**

Hasta aquí lo dicho en relación con la inviabilidad de admitir la retroactividad de una disposición general declarada nula, frente a los actos dictados en aplicación de esta que hayan adquirido firmeza, en base a lo anteriormente expuesto; y, no habiéndose pronunciado expresamente la Sala sobre la prohibición, o mejor dicho, sobre la extensión de los efectos retroactivos de la nulidad de la ordenanza sobre los actos firmes o consentidos, tal y como se aprecia de los fallos correspondientes, procede, a continuación, analizar la segunda cuestión jurídica: la procedencia o no de la devolución como ingresos indebidos de las liquidaciones efectuadas en aplicación de la Ordenanza núm. 40 de contribuciones especiales. Dejando al margen, como no podría ser de otra manera, la procedencia de la devolución como ingresos indebidos de las liquidaciones efectuadas a los recurrentes, en cumplimiento de la sentencia, más dudas jurídicas nos despierta la procedencia del resto de las liquidaciones efectuadas a aquellos sujetos que no recurrieron en tiempo y forma, y que por lo tanto proceden de actos firmes.

El artículo 221 de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, regula el procedimiento para la devolución de ingresos indebidos, preceptuando lo siguiente:

“1. El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos se iniciará de oficio o a instancia del interesado, en los siguientes supuestos:

“a) Cuando se haya producido una duplicidad en el pago de deudas tributarias o sanciones.

“b) Cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe a ingresar resultante de un acto administrativo o de una autoliquidación.

“c) Cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción. En ningún caso se devolverán las cantidades pagadas que hayan servido para obtener la exoneración de responsabilidad en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 180 de esta Ley.

“d) Cuando así lo establezca la normativa tributaria.

“Reglamentariamente se desarrollará el procedimiento previsto en este apartado, al que será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 220 de esta Ley.

“2. Cuando el derecho a la devolución se hubiera reconocido mediante el procedimiento previsto en el apartado 1 de este artículo o en virtud de un acto administrativo o una resolución económico-administrativa o judicial, se procederá a la ejecución de la devolución en los términos que reglamentariamente se establezcan.

“3. Cuando el acto de aplicación de los tributos o de imposición de sanciones en virtud del cual se realizó el ingreso indebido hubiera adquirido firmeza, únicamente se podrá solicitar la devolución del mismo instando o promoviendo la revisión del acto mediante alguno de los procedimientos especiales de revisión establecidos en los párrafos a), c) y d) del artículo 216 y mediante el recurso extraordinario de revisión regulado en el artículo 244 de esta Ley”.

La devolución de ingresos indebidos, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el artículo 221 de la Ley General Tributaria del año 2003, es la que se define en el artículo 32 de la misma Ley. No obstante, el propio artículo 221 regula tres cuestiones conceptualmente diferentes, a saber:

I.- El reconocimiento del derecho a la devolución de ingreso indebido en los supuestos del apartado primero del precepto; se trata de los ingresos indebidos propiamente dichos.

II.- La ejecución de la devolución, que podrá provenir de la anterior declaración o bien de una resolución en este caso judicial, y que se menciona expresamente en el apartado dos de este artículo 221. Según esto, tendrá carácter de ingreso indebido todo el que derive de un acto administrativo, una resolución económico-administrativa o una resolución jurisdiccional.

III.- Las rectificaciones de autoliquidaciones, mencionadas en el apartado tercero del artículo 221 y reguladas en el artículo 120.3 de la misma Ley General Tributaria; según el artículo 221.2 de dicha Ley, cuando el derecho a la devolución se hubiese reconocido mediante resolución judicial, se procederá a la ejecución de la devolución en los términos que reglamentariamente se establezcan, siendo regulada por los artículos 14 a 16 del procedimiento regulador de ingresos indebidos del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento gene-

ral de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa.

Dicho esto, es necesario que para llegar a afirmar la improcedencia de la devolución de los ingresos indebidos, en el caso del presente informe, haya que partir nuevamente de los límites de los efectos de las sentencias sobre la anulación de una disposición general que la sustentaba. Sin ese punto de partida no puede entenderse dicha inviabilidad. Esta innegable relación, llegó a afirmarla el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 25 de octubre de 2001, cuando en un supuesto de devolución de liquidaciones basadas en una ordenanza fiscal impugnada posteriormente, nos dijo en palabras suyas: “[...] La resolución de la ‘litis’ exige partir de dos premisas primera, que la actora pretende la anulación de las liquidaciones tributarias combatidas en base a la nulidad de pleno derecho de la correspondiente ordenanza fiscal [...] cabría plantearse la nulidad de las liquidaciones, pese a estar en vía de apremio, en base a la nulidad de pleno derecho de la correspondiente ordenanza fiscal. Ocurre, sin embargo, que tampoco podríamos anular aquellas aunque llegáramos a la conclusión de la nulidad de esta última por impedirlo las exigencias que derivan del principio de seguridad jurídica, a cuyo efecto interesa destacar que en la fecha en que se producen las liquidaciones puestas en tela de juicio la respectiva ordenanza municipal mantenía su virtualidad al no haberse producido ningún fallo judicial anulatorio de la misma. Dicho lo anterior, importa ahora destacar que el artículo 120.1 de la LPA/1958 (RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585; NDL 24708) establecía que ‘la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma’. Ello implicaba, como criterio general, respaldado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que la invalidación *in radice*, es decir, con efectos *ex tunc*, de la disposición general no podía arrastrar consigo, ni implicar, la invalidación automática de los actos firmes dictados, con anterioridad, en aplicación de la disposición después anulada, siendo esto justamente lo que sucede en el supuesto que ahora contemplamos, en que, al haber sido consentidas, en principio, por la actora las liquidaciones (que, por ello, han entrado en vía de apremio), puede considerarse, en cierto modo, que las mismas han devenido firmes, por lo que no se verían afectadas por una eventual decla-

ración de nulidad de la repetida ordenanza fiscal, cuya solución viene hoy además impuesta por lo imperado en el artículo 73 de la Ley Jurisdiccional de 1998 [Ley 29/1998 (RCL 1998, 1741)]”.

No debe olvidarse que la devolución de ingresos indebidos no significa prescindir del principio de actos firmes, en los que la devolución solo se producirá en los casos expresamente tasados por la ley. Así ya lo establecía la disposición adicional segunda del Real Decreto 1163/1990, y lo vuelve a reiterar el artículo 221.3 de la Ley General Tributaria, que dice: “Cuando el acto de aplicación de los tributos o de imposición de sanciones en virtud del cual se realizó el ingreso indebido hubiera adquirido firmeza, únicamente se podrá solicitar la devolución del mismo instando o promoviendo la revisión del acto mediante alguno de los procedimientos especiales de revisión establecidos en los párrafos a), c) y d) del artículo 216 y mediante el recurso extraordinario de revisión regulado en el artículo 244 de esta Ley”. El artículo 216 determina: a) revisión de actos nulos de pleno derecho; b) revocación; c) rectificación de errores, o d) recurso extraordinario de revisión que, a su vez, exige la concurrencia de algunas de las circunstancias tasadas, a saber: 1) aparición de documentos de valor esencial para la decisión del asunto que fueran posteriores al acto o resolución recurridos, o de imposible aportación al tiempo de dictarse los mismos, y que evidencien el error cometido; 2) que, para dictar el acto o la resolución, hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anteriores o posteriores a aquella resolución, y 3) que el acto o la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible, y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

Pues bien, la litis del problema en este caso gira en torno a si, afirmada la nulidad de la ordenanza fiscal, procedería la nulidad de los actos de liquidación firmes, como única vía para la devolución de los ingresos efectuados en base a dichas liquidaciones.

El artículo 217 de la Ley General Tributaria determina que procederá la declaración de nulidad de pleno derecho en los siguientes supuestos:

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

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

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

“c) Que tengan un contenido imposible.

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

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

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

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

Por su parte, el análisis de la nulidad de los actos dictados en materia tributaria, en relación con la nulidad de la disposición general que los sustentó, ha sido igualmente tratado por la jurisprudencia, que, como fuente del derecho, es la que nos permitirá conocer de forma certera, conforme a derecho, la viabilidad jurídica, o no, de la revisión por nulidad de las liquidaciones firmes dictadas al amparo de la norma declarada nula. El TSJ de Asturias, en sentencia 408/2001, de 18 de abril, destaca la improcedencia del procedimiento de devolución de ingresos indebidos en estos casos, al decirnos: “[...] el presente caso nos encontramos ante una petición de devolución de ingresos indebidos, fundada en haberse girado ilegalmente una liquidación que aunque consentida, al no haber sido recurrida no estaba obligada a satisfacer por no ser ajustada a derecho, supuesto no previsto en el procedimiento de devolución de ingreso indebido, pero en el que cabe instar su devolución previa revisión de aquellos actos dictados en vía de gestión que hubiesen incurrido en motivo de nulidad de pleno derecho como manifiesta infracción ilegal según recoge la disposición adicional segunda del referido Decreto 1163/1990, disposición que pone de manifiesto que se ha anticipado la petición de devolución de ingresos indebidos a la previa revisión del acto del que deriva el ingreso y que no se ha seguido el proceso adecuado para pronunciarse sobre su legalidad como anteriormente se ha razonado”.

Bastante más esclarecedora es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de marzo de 2001, al negar la posibilidad de

revisar las liquidaciones firmes y consentidas, por los principios de seguridad jurídica. De este modo, afirma:

“El procedimiento del art. 153 –hoy día 217 LGT 2003, introducción aclaratoria nuestra–, dijo ya la sentencia de 3 de octubre de 1991 (RJ 1991, 8537), se circunscribe a tres supuestos únicos: a) actos dictados por órgano manifiestamente incompetente; b) actos constitutivos de delito; y c) actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; precepto, por tanto, parejo al del art. 47-1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958, 1258, 1504; RCL 1959, 585 y NDL 24708) y cuyas hipótesis se encuentran en el actual art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

“Ninguno de los supuestos anteriores recoge la revisión de un acto administrativo firme, por consentido, con apoyo en la declaración de nulidad de una norma, efectuada por sentencia, en vía constitucional o jurisdiccional, con posterioridad a haber alcanzado firmeza los actos administrativos en cuestión.

“La nulidad que se pretende se busca, por tanto, fuera de los tres motivos contenidos en el art. 153 de la Ley General Tributaria, lo que conduce a estimar que el acuerdo impugnado está ajustado a derecho.

“A mayor abundamiento, como viene señalando una copiosa jurisprudencia de esta Sala, desde la de 3 de octubre de 1991 a la de 4 de enero de 1999 (RJ 1999, 52), y cuantas en ellas se citan, el art. 120.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que ‘La estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma’, salvedad que, sin duda, antepone el principio de la seguridad jurídica, consagrado por el art. 9.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875)”.

Concluyendo categóricamente la sentencia de marzo de 2001 que:

“La necesidad de que cualquier disconformidad con la legalidad de los mencionados actos de gestión se hubiera solventado mediante el cauce previsto por el Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico-Administrativas (rcl 1981, 2126, 2471 y ndl 8295) –art. 122– parece insoslayable. Si no se hizo así, los cuestionados actos devinieron firmes por

consentidos y no pueden combatirse a través de un procedimiento de revisión, como es el arbitrado por los arts. 153 y siguientes de la LGT, tal y como reiteradamente ha manifestado esta Sala, y menos aún cuando la causa aducida no es ninguna de las específicamente previstas en los preceptos referidos, sino la nulidad de las normas de cobertura, declarada a posteriori en vía jurisdiccional o constitucional.

“La propia Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en su art. 120.1, establecía –y es precepto aplicable tanto en los casos de recurso administrativo como en los de naturaleza jurisdiccional [sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1992 (RJ 1992, 6108), 4 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3598), 17 de octubre (RJ 1996, 7276) y 9 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9115), recordadas por la sentencia de 21 de diciembre de 1996, que estamos reproduciendo en este momento]–, que la anulación no afectaba a los actos anteriores firmes y consentidos, como no podía ser de otra forma ante la vigencia del principio constitucional de seguridad jurídica y ante el hecho de que ni siquiera en el caso máximo de nulidad de disposiciones generales, como es el de inconstitucionalidad de los actos con fuerza de ley –art. 40.1 de la Ley 2/1979, de 3 de octubre (RCL 1979, 2383 y ApNDL 13575), Orgánica del Tribunal Constitucional–, puede aceptarse una solución diferente. Es más, como este último Tribunal ha declarado –STC 45/1989, de 20 de febrero (RTC 1989, 45)– no solo deben declararse no susceptibles de revisión las situaciones decididas mediante sentencia con eficacia de cosa juzgada, sino también –por exigencias del mencionado principio de seguridad jurídica–, las derivadas de actuaciones administrativas que hubieran ganado firmeza, para evitar que resulte de peor condición quien acudió a los tribunales sin éxito, en impugnación de actos aplicativos de disposiciones administrativas declaradas nulas, con fundamento en que vulneraban o contradecían otras de rango superior, que quien, teniendo la misma posibilidad, consintió la resolución administrativa que las aplicaba”.

Llegados a este punto, nos permite trasladar el resultado a la cuestión planteada, de tal modo que la nulidad de las disposiciones generales no se traslada sin más a los actos singulares de aplicación, pues para que estos sean nulos de pleno derecho es preciso que hayan incurrido en alguna de las causas previstas en el artículo 217 de la Ley General Tributaria, circunstancia que no se da en el caso, pues las liquidaciones no han sido practicadas por órgano manifiestamente incompetente, ni se ha prescindido total y absolutamente del

procedimiento –no existe en absoluto vía de hecho–, ni ha existido delito alguno, luego las liquidaciones no serían anulables.

Insistimos en que el fondo de la cuestión es trasladar la nulidad de pleno derecho de la ordenanza fiscal a los actos singulares firmes, a través de alguno de los supuestos de la nulidad de pleno derecho que no concurren a los actos de aplicación. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sus sentencias de fechas 15 de febrero de 1996 y 14 de abril de 2000, ante un supuesto especial de revisión administrativa de los actos de aplicación tributaria, afirma la doctrina general de que la declaración directa de nulidad de una disposición general no afecta a los actos de aplicación que hayan quedado firmes y consentidos, resolviendo la devolución improcedente. Concretamente se basaban en una solicitud de devolución de cantidades ingresadas en concepto de derechos reguladores, con base en la anulación del Real Decreto 3221/1972, de 30-12-1972, y del Real Decreto 2332/1984, de 14-11-1984, afirmando la inexistencia de declaración de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones, por lo que resolvieron la devolución improcedente en todo caso, al tratarse de actos de aplicación no impugnados en tiempo y forma.

De ahí que, si los interesados inician un procedimiento de devolución de ingresos indebidos, dicho artículo 221.3 de la Ley General Tributaria no permite alterar la firmeza de los actos administrativos mediante el procedimiento de devolución de ingresos indebidos, si no es a través del procedimiento especial previsto en los artículos 216 y 224 de dicha Ley. Efectivamente, en esta nueva afirmación sobre la segunda cuestión, relativa a la facultad revisora de los actos de liquidación que han ganado firmeza, nuevamente la jurisprudencia ha establecido la primacía del principio de seguridad jurídica, y, en palabras de la sentencia del TSJ de Madrid de 4 de febrero de 2010, se señala: “dicho criterio sigue a la doctrina sentada por el TC cuando manifiesta en su sentencia del TC 45/1989 de 2 de marzo que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos, figuran no solo aquellas, decididas mediante sentencias con fuerza de cosa juzgada, sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes”. En apoyo de esta tesis se habían manifestado anteriormente el TSJ de Madrid y el de Extremadura, en cuanto a que la revocación de los actos de liquidación debe conjugarse con los principios de igualdad y seguridad

jurídica, no admitiendo tal revocación al disponer que, en relación con la vulneración del principio de igualdad, no se puede exigir una igualdad de trato cuando se parte de situaciones jurídicas que no son idénticas, como es el caso de la sentencia en donde el recurrente no recurrió la liquidación provisional, y ahora pretende instar su revocación por un procedimiento especial, por lo que se trataría de una revisión que se dirige contra un acto administrativo firme y consentido. Se trata de situaciones, por tanto, en las que, junto al principio de igualdad, debe aplicarse el principio de seguridad jurídica, que impide las revisiones de situaciones jurídicas consolidadas. Finalizando a este respecto con la misma conclusión a la que llega el TSJ de Cataluña en sentencia de 24 de octubre de 2007, al afirmar que el cómputo del plazo de prescripción para la solicitud de la devolución *dies a quo* como ingreso indebido, motivado por la anulación de la norma de cobertura, no es desde la fecha de la sentencia, sino desde el día en que se realizó el ingreso indebido, sosteniendo que la liquidación recurrida era nuevamente firme y consentida, no encajando en el supuesto de devolución de ingresos indebidos, a excepción de la nulidad de los actos, que como hemos indicado no es admisible para los casos en que se ampara en la nulidad de la disposición general, que, en palabras de este Tribunal, “al tiempo de producirse el acto administrativo no había sido declarada nula siéndolo con posterioridad porque, dada la apariencia de validez de las normas jurídicas en tanto no sean declaradas nulas por los medios legales, no puede entenderse que concurre el elemento ‘manifiesta’ en la vulneración de la Ley, ya que precisamente tal apariencia de validez de la norma se opone a la idea de una manifiesta vulneración de la Ley”.

#### 4. Conclusiones

Tal y como ha quedado expuesto en el presente informe, debemos seguir la doctrina marcada por el Tribunal Supremo y jurisprudencia menor, que de forma unánime han sentado sobre la tesis jurídica de la afirmación de la irretroactividad de las sentencias anulatorias de disposiciones generales, como es una ordenanza fiscal, y por tanto trasladable al presente caso, en aplicación de lo establecido en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y artículo 19 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, eso sí, partiendo de que en los fallos de las senten-

cias indicadas en las consideraciones previas, no hay un pronunciamiento prohibitivo en sentido contrario en el que se proclame la retroactividad de dicha nulidad ante los actos de aplicación firme. De esta doctrina obtenemos lo siguiente:

1.- La regla general es que, salvo que expresamente lo diga la sentencia, el alcance o efectos de la nulidad de una disposición general no se extiende a los actos administrativos que hayan adquirido firmeza administrativa, o judicialmente dictados al amparo de la misma, y por tanto a todas las liquidaciones efectuadas al amparo de la ordenanza fiscal que se encuentren en dicha situación de firmeza.

2.- Si los actos de liquidación no han adquirido firmeza se puede hacer valer la nulidad de la disposición, y por lo tanto proceder a la devolución de lo indebidamente ingresado.

3.- Si los actos de liquidación dictados al amparo de la Ordenanza núm. 40 de contribuciones especiales, declarada nula de pleno derecho por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada y confirmada en casación por el Tribunal Supremo, han adquirido firmeza tanto administrativa como judicialmente, no se extienden los efectos de dicha nulidad a los mismos, y por tanto no procedería la devolución como ingresos indebidos, al no comprenderse el supuesto indicado en ninguno de los establecidos por la Ley General Tributaria para la devolución de ingresos indebidos.

4.- Únicamente cabría plantearse la posibilidad de una revisión de los actos a tenor de la referencia expresa en el artículo 216 de la Ley General Tributaria en relación con la devolución de ingresos indebidos, para los supuestos de nulidad de una disposición de carácter general en relación con los actos firmes dictados a su amparo. Cuestión esta que, como se ha llegado a ver, no tiene igualmente encaje en la doctrina jurisprudencial, en virtud de la preferencia de la aplicación de los principios de seguridad jurídica y de igualdad tan ampliamente invocados, especialmente por el propio Tribunal Constitucional, que han servido de base en la proclamación de la irretroactividad de la anulación de una disposición general a los actos administrativos de aplicación que hubieran adquirido firmeza con anterioridad a que la sentencia anulatoria alcance efectos generales, con excepción de los supuestos de exclusión o reducción de sanciones no ejecutadas, supuestos estos que no son objeto del presente informe. ■

En Linares, a 22 de abril de 2013

---

# Permisos que puede obtener la alcaldesa como funcionaria del Gobierno de Aragón, para ausentarse durante su horario laboral para el cumplimiento de los deberes y funciones propios de su cargo

Jesús Sanagustín Sánchez

Letrado asesor de la Diputación Provincial de Huesca

1. Cuestión planteada
2. Antecedentes
3. Fundamentos de derecho
4. Conclusiones

## 1. Cuestión planteada

Mediante oficio de fecha 24 de septiembre de 2012, registrado de entrada el 27 del mismo mes, por la Alcaldía del Ayuntamiento de ..... se solicita la emisión de informe jurídico relativo a los permisos que puede obtener la alcaldesa como funcionaria del Gobierno de Aragón, para ausentarse durante su horario laboral para el cumplimiento de los deberes y funciones propios de su cargo.

## 2. Antecedentes

De la documentación remitida pueden extraerse las siguientes circunstancias fácticas de relevancia para la emisión del presente dictamen:

Se acompaña a la solicitud copia de escrito firmado por el director provincial del Departamento de ....., de fecha 8 de mayo de 2012, por el que se deniega solicitud de permiso para el desarrollo de las funciones propias del cargo de alcaldesa en las oficinas municipales el día 3 de mayo de 2012.

## 3. Fundamentos de derecho

**Primero.-** Se emite el presente dictamen en virtud de lo dispuesto en los artículos 84 del Estatuto de Autonomía de Aragón, 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 Administra-

ción 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 el BOP núm. 236, de 14 de octubre de 1994.

**Segundo.-** Legislación aplicable y estructura del informe.

– Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

– Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

– Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

– Orden de 6 de septiembre de 2006, del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón de 5 de septiembre de 2006, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándolo, al Acuerdo alcanzado en la Mesa Sectorial de Administración General sobre condiciones de trabajo del personal funcionario que presta sus servicios en el ámbito sectorial de la Administración General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

– Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992.

Dado que la solicitud planteada se refiere no a la

denegación concreta –que se acompaña a título, entendemos, de ejemplo–, sino a la fijación de los derechos y obligaciones que corresponden a los cargos electivos locales que, sin dedicación parcial, reúnen la condición de funcionario en activo de otra Administración, en orden a su derecho a permisos retribuidos en horario laboral para el ejercicio de su cargo representativo, el presente informe adopta la siguiente estructura:

- Permisos de los funcionarios públicos para el desempeño de cargo electivo local.

- Del contenido, extensión y forma de justificación de los supuestos de permiso.

- De los requisitos formales para, en su caso, la desestimación de las solicitudes.

Previamente a ello, y sin perjuicio de la consideración que nos merezca la diferencia de trato entre los empleados públicos, funcionarios y laborales, e incluso entre estos y los empleados privados, debe precisarse que no es de aplicación a los funcionarios la norma contenida en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) en relación con el permiso por deber inexcusable, y referida a la posibilidad de pasar al trabajador a la excedencia forzosa: “Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo cuarenta y seis de esta Ley”.

No existe en el caso de los funcionarios públicos una norma similar a la del ET, que limita la carga horaria en cómputo trimestral que puede dedicarse al cumplimiento, durante la jornada laboral, de un deber inexcusable de carácter público. En ambos casos de empleados públicos, funcionarios y laborales, el permiso lo será por el tiempo imprescindible, pero la posibilidad de excedencia forzosa por superar el veinte por ciento de las horas laborables lo será tan solo en el caso del personal laboral. No podemos, a nuestro juicio, suplir el silencio de la ley con una interpretación analógica.

**Tercero.-** De los permisos de los funcionarios públicos para el desempeño del cargo electivo local.

La regulación específica de los permisos concedidos por la Administración empleadora a un funcionario público, en relación con el desempeño por este de un cargo electivo de una corporación local, viene explicitada en el artículo 75.6 LRBRL, por remisión a la regu-

lación de los permisos contenida en la legislación básica de empleo público, integrando y concretando el supuesto genérico establecido en esta última. Dice el artículo citado:

“6. A efectos de lo dispuesto en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 30.2 de la Ley 30/1984, se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una corporación local, el necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la corporación o de las comisiones y atención a las delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado”.

Decía, a su vez, el artículo 30.2 de la citada Ley 30/1984: “2. Podrán concederse permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral”.

Hoy la norma básica a la que debemos entender referida la remisión del artículo 75 LRBRL es el artículo 48.j) del Estatuto Básico del Empleado Público, que, tras su reforma por el Real Decreto-ley 20/2012 –cuyo objetivo en este campo parece ser la homogeneización de los permisos en todas las Administraciones Públicas–, reitera la regulación anterior: “Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos: [...] j) Por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral”.

Asimismo, el artículo 6.2.j) de la Orden de 6 de septiembre de 2006 del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón, establece, entre los permisos y licencias a los que tiene derecho el funcionario, aquel a conceder “Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Incluye, entre otros supuestos la asistencia a juicio, como testigo, perito o jurado y el derecho de sufragio como elector, presidente, o vocal de las Mesas Electorales, interventor o apoderado”.

El artículo 30.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, estableció que podrían concederse permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable público o personal. En su desarrollo, por Resolución de 14 de diciembre de 1992 de la Secretaría de Estado de las Administraciones Públicas, se dispuso la publicación del Manual de Procedimientos de Gestión de Recursos Humanos, en materia de vacacio-

nes, permisos, licencias y comisiones de servicios y reintegros en el servicio activo (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993); el cual, si bien circunscribe su ámbito de aplicación al personal al servicio de la Administración General del Estado, resulta una referencia para la interpretación de la normativa autonómica, deudora en este concreto extremo de la legislación estatal. En la Resolución se define el deber inexcusable como “la obligación que incumbe a una persona cuyo incumplimiento le genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa”.

Ese mismo concepto ha sido empleado por los tribunales (STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2005; sentencia núm. 363/2002, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Zaragoza), y por abundantes pactos y convenios reguladores de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral, si bien se han venido incorporando otros supuestos cuyo cumplimiento justifica la concesión del referido permiso funcional –por ejemplo, la participación en campañas electorales–.

El concepto de deber inexcusable es, al fin, un concepto jurídico indeterminado que se concretará en cada caso, a no ser que sea la propia norma especial quien lo defina, como precisamente hace, a nuestros efectos, el artículo 75.6 LRBRL.

Si observamos la dicción de la norma local (“... se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una corporación local...”), y la comparamos con la funcional a la que se ha remitido (permisos “... Por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público...”), lo que se nos está diciendo es que el desempeño de un cargo electivo local es, en sí y por sí mismo, un deber inexcusable de carácter público, lo que por otra parte viene a ser consecuencia de la configuración del derecho a la participación política y el mandato representativo como un derecho fundamental recogido en el artículo 23 CE.

Esta condición o circunstancia de deber público da origen, si el funcionario está en la situación de servicio activo, a su derecho de permiso por el tiempo indispensable para su ejercicio o desempeño, al quedar concretado así en el transcrito artículo 75.6 LRBRL (“la asistencia a las sesiones del pleno de la corporación o de las comisiones y atención a las delegaciones de que forme parte o que desempeñe”). El permiso por el tiempo imprescindible para atender su “deber inexcusable/desempeño del cargo” ya no debe vincularse, en el caso de los electos locales, a una posible responsabi-

lidad de índole legal por dejación de funciones (de hecho el incumplimiento de sus deberes de asistencia a plenos no genera, normalmente, responsabilidad), sino al mandato legal expreso y en sus justos términos. El tiempo indispensable para ejercer de concejal –y que debe ser concedido por la Administración empleadora– se ceñirá, al fin, a los dos supuestos descritos en el artículo 75.6 LRBRL, que, al parecer, se han identificado por el legislador con el núcleo esencial del mandato representativo (el mínimo imprescindible para que un concejal sea tal):

- a) asistencia a las sesiones del pleno y comisiones;
- b) atención a las delegaciones de las que forme parte o que desempeñe el interesado.

Fuera de ellos, el resto de las actividades de los concejales en el desempeño de su cargo deberán realizarse en momentos ajenos a su horario de trabajo, sin perjuicio de que, como veremos y a nuestro juicio, concurren en la figura del alcalde elementos diferenciadores precisamente por su condición de órgano al que las leyes atribuyen un conjunto de competencias y obligaciones de gran extensión e intensidad.

Todo ello configura en la práctica un marco tendente –en palabras de la STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2009 (rec. 1513/2007)– a “la necesaria compatibilización de las obligaciones del cargo de concejal con las obligaciones propias del funcionario, entre las que se encuentra como primordial, la asistencia al puesto de trabajo y el cumplimiento del horario establecido, dado que si el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de ambos cargos fueran totalmente incompatibles, el recurrente debería optar por el desempeño de uno u otro, sin posibilidad de simultanearlo”.

**Cuarto.-** Del contenido y extensión de los dos supuestos contemplados en la LRBRL.

Debe partirse como principio inspirador de la constatación del deber del empleado de prestar adecuadamente el servicio público, con cumplimiento del horario (artículo 54.2 EBEP), de lo que nace el elemento restrictivo que comporta el adjetivo “indispensable” que acompaña al tiempo de permiso concedido para ejercer su cargo público como alcalde o concejal.

También debe tomarse en consideración, pues es la plasmación de principios generales de nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de las “cuestiones generales” recogida en el artículo 6.1.a) del Pacto de Funcionarios del Gobierno de Aragón, donde “ambas partes se comprometen a una utilización no abusiva de los permisos e igualmente a no obstaculizar su disfru-

te, garantizándose y concediéndose en los casos que necesiten justificación solo los estrictamente necesarios"; al tiempo que en los párrafos b) y c) de las mismas se detallan –como veremos incompletamente– el procedimiento de solicitud y concesión, y las consecuencias económicas de la ausencia injustificada al trabajo, sin perjuicio de las posibles consecuencias disciplinarias.

A continuación, y de modo separado, analizaremos los dos supuestos contemplados en la LRBRL.

I. En todo caso, la asistencia al pleno y comisiones informativas o especiales no ofrece mayores complicaciones, partiendo de que el tenor literal de la norma es claro –*in claris non fit interpretatio*–. Debe concederse el permiso en estos supuestos y su ejercicio horario deberá ser comprensivo del tiempo de traslado y reingreso al puesto de trabajo. Además en estos supuestos su justificación puede realizarse con facilidad a través de la correspondiente certificación del secretario del órgano colegiado.

Frente a una posible alegación en el sentido de que el alcalde puede determinar por sí mismo, a través de su convocatoria, el horario de los plenos y comisiones, y, en consecuencia, pueden estos celebrarse en horarios no coincidentes con el horario de trabajo, razón que podría esgrimirse para no concederse obligatoriamente el permiso, lo cierto es que el artículo 75.5 LRBRL no formula limitación alguna en el supuesto de permiso por asistencia a plenos y comisiones que permitiese modularlos, e, incluso, que dentro de los mínimos establecidos en el artículo 46 de la misma norma, la competencia para la fijación de la periodicidad, y, en la práctica, el horario de las sesiones ordinarias, es del pleno municipal. En los extraordinarios también implícitamente el alcalde se ve mediatizado en la fijación de los horarios por las posibilidades del resto de concejales.

II. Respecto a la "atención a las delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado", dos son las dificultades detectadas para su adecuada interpretación y concreción: qué supone el concepto de "atención", y en qué situación queda el alcalde, quien normalmente no recibe delegaciones (puede recibirlas del pleno) sino que las concede, desde la atribución de competencias propias que la normativa le confiere.

a) Comenzando por esta última, una interpretación literal de la norma podría traer la paradójica conclusión de que, en esta materia, tuviese menos permisos laborales para ejercer su cargo el alcalde que un concejal. También resultaría extraño, en esta interpretación lite-

ral, que el alcalde pudiese obtener un permiso para atender una delegación del pleno en su persona y no pudiese obtenerlo para ejercer sus propias competencias.

A nuestro juicio esa interpretación literal, que no distingue entre alcalde y concejal a estos efectos, no puede sostenerse. Una interpretación restrictiva de lo dispuesto en el artículo 75.6 LRBRL en el sentido de que los alcaldes solamente podrían obtener permisos para la asistencia a sesiones del pleno, comisiones y delegaciones que desempeñasen o de las que formasen parte, conllevaría una importante limitación al ejercicio de su cargo, habida cuenta de que las funciones esenciales de los alcaldes no se encuadran solamente en las mencionadas asistencias a esos órganos colegiados. En ese supuesto concreto se estaría afectando al citado artículo 23.1 de la Constitución, en la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional según la cual el derecho de participación comprende, además del acceso a los cargos públicos, el mantenimiento del mismo sin perturbaciones.

Por ello la interpretación del precepto debe ser finalista –artículo 3.1 del Código Civil–, en el sentido de permitir con los permisos la realización de cargos públicos para los que se ha sido designado en proceso electoral.

En nuestra opinión el alcalde tiene derecho al permiso no solo para la asistencia a plenos y comisiones, sino para la atención al ejercicio de sus potestades y competencias, las que puede delegar y las indelegables (entre muchas actividades pueden imaginarse la firma de decretos, contratos, préstamos, convenios, la representación del Ayuntamiento, la asistencia al levantamiento de actas de expropiación, reuniones, despacho con funcionarios...). Ahora bien, ello con la doble limitación de que el permiso debe referirse a actos concretos –a lo que me refiero más adelante–, y sin que el derecho sea ejercitado de un modo abusivo. Otra cosa sería contraria a los principios de buena fe, lealtad, y a la estricta necesidad que recoge el artículo 6.1 de la Orden de 6 de septiembre de 2006.

b) Sobre el contenido de la fórmula de "asistencia a la delegación", debe incidirse en la dificultad o imposibilidad de establecerlo apriorísticamente. Siendo esta causa legítima de concesión del permiso por determinación legal, deberá analizarse caso por caso atendiendo a variables de contenido tan diverso como las posibilidades de realizarse fuera del horario de trabajo, el tamaño del municipio, las circunstancias personales de los corporativos, la complejidad de su organización ad-

ministrativa (piénsese en el limitado horario de despacho en una agrupación secretarial donde se comparte el personal con otros municipios), entre otras.

La atención a la delegación, o en el caso del alcalde la atención a su competencia, debe ponerse en relación con el propio concepto de permiso, que, como indica el fundamento tercero de la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1337/2000, de 27 de diciembre, se refiere a actos concretos: “Pero cuando se habla de permisos se está haciendo referencia a actos concretos, aunque sean reiterados, como lo pueden ser los plenos municipales, y no a un permiso periódico y sistemático. El permiso lo es para el cumplimiento de una obligación con contenido concreto, la asistencia a un pleno, a una comisión o a un acto concreto con contenido determinado derivado de la delegación de que forme parte o desempeñe el interesado. Un pleno, o una comisión se convocan para debatir, y en su caso acordar, sobre determinados temas que componen el orden del día, y del ejercicio de una delegación se pueden derivar igualmente determinadas reuniones concretas con orden del día, o la firma de determinados documentos. Es decir, no se convoca un pleno si no hay temas que tratar”.

Un permiso para una atención genérica y periódica no es tal, sino que correspondería en realidad a una dedicación parcial al Ayuntamiento, lo que, de acuerdo con el artículo 75.2 LRBRL, debería conllevar que fuese retribuida por este y realizada fuera de su horario en la Administración empleadora. El hecho de que en la práctica no sea retribuida, no autoriza a transformar esa dedicación parcial en un permiso retribuido a cargo de la Administración donde el cargo electivo presta sus servicios. Como indica la sentencia citada, “[...] así se podría dar el caso de que un concejal con dedicación exclusiva, y que por tanto no prestase servicio como funcionario, en este caso de la Generalidad, bastaría con que la corporación local no acordase retribución alguna para que la Generalidad debiese abonar sus retribuciones por un trabajo que no desempeña, lo que vendría a constituir un fraude de Ley, pues de esa forma la corporación, con su solo acuerdo y decisión, evitaría la aplicación de los artículos 74.1 y 75.1 de la Ley 7/1985”.

En otras palabras, un permiso para la atención genérica de una delegación, no ligado a un acto o actos concretos, excede del núcleo esencial del mandato representativo que pretende proteger la norma local sobre el deber público esencial, y, en conclusión, no está amparado por ella. De ahí que a nuestro juicio no re-

sulte exigible por el alcalde la concesión de un permiso para actividades genéricas como, por ejemplo, “atención a los vecinos” u “organización de fiestas”, o establecido previamente de forma regular o periódica. La Administración, por contra, sí puede exigir que se concrete la actividad a realizar y el marco horario a la que se ciñe.

Mas esto no quiere decir que la concreción de esas actividades, con la limitación de que la fijación de su horario no dependa exclusivamente de la voluntad del alcalde, no pueda venir a demostrar que se trata de actos concretos en el ejercicio de sus competencias y que, realizados por el tiempo indispensable, han venido a ocupar esa jornada completa. Al fin, se tratará de una cuestión de justificación en los términos expuestos en el presente informe. La justificación podrá realizarse por certificados del secretario o la aportación de documentos, declaraciones.

En definitiva, ante el desacuerdo entre las partes se trata de una cuestión, tanto en vía administrativa de recurso como en vía jurisdiccional, de prueba, prueba que, aportada por cualquier medio válido en derecho, la Administración valorará, y, resuelta la concesión en tiempo y forma, en su caso, un juez revisará. Así lo hace la sentencia del TSJ de Extremadura de 29 de septiembre de 1999 (rec. 1897/1996), donde, ante las frecuentes ausencias de una profesora para el ejercicio de su cargo de concejal y la correspondiente deducción de haberes por la Dirección Provincial, considera que se ha probado por aquella que sus ausencias lo fueron para el tiempo indispensable y en cumplimiento de un deber público, por lo que anula esa deducción.

Ahora bien, a nuestro juicio, todo lo anterior no impide que entre la Administración en la que presta servicios el empleado público y el cargo electivo, se llegue a acuerdos o compromisos por ambas partes a fin de que este pueda ejercer sus funciones con la menor incidencia en la prestación de funciones de su puesto de trabajo.

Es decir, apriorísticamente, no existe ni el derecho del empleador a concretar el horario en que el funcionario debe desempeñar sus funciones como cargo público, ni el derecho del funcionario a que se señalen períodos fijos y de contenido genérico. Pero, no obstante, atendiendo a principios de mejor funcionamiento y organización del servicio, entendemos que nada impediría un pacto o regulación, siempre igualitario, en el que se concretara esa llamada a la buena fe de las partes, que realiza el Pacto de Funcionarios del Gobierno de Aragón. Esa concreción podría basarse en el

compromiso del cargo electo de, en la medida de sus posibilidades, adecuar el ejercicio de sus deberes a un horario razonable, preestablecido y periódico, y el de la Administración de, salvo necesidad extraordinaria del servicio, conceder el permiso para la atención a las delegaciones, en el caso de los concejales, o el ejercicio de sus competencias, en el caso del alcalde.

**Quinto.-** De los requisitos formales para, en su caso, la desestimación de las solicitudes.

La regulación procedimental de la solicitud de permisos de la funcionaria de la Diputación General de Aragón Dña. ...., solicitados en su condición de alcaldesa del Ayuntamiento de ....., al amparo del artículo 75.6 LRBRL, viene fijada en el artículo 6.1.b) de la Orden de 6 de septiembre de 2006. Dice el artículo 6.1 b) (la negrita es nuestra):

“La concesión de los permisos contemplados en este punto requerirá que el funcionario **lo comunique previamente** a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, justificándolo debidamente, salvo que en este Acuerdo se exprese otra cosa. Igualmente se justificará su denegación”.

En relación con la tramitación procedimental del expediente, resulta sorprendente que la contestación con la denegación de los permisos se produzca una vez sobrepasada la fecha para la que se solicitaban los mismos. Con independencia de que el artículo citado se refiere a la comunicación previa pero no a la contestación previa, entendemos que ese hecho sitúa al funcionario en una posición de indefensión totalmente contraria al principio de buena fe implícito en el artículo 6.1.a) de la Orden de 6 de septiembre de 2006.

Pero es que, más allá de ello, la inexistencia de regulación autonómica sobre el plazo que tiene la Administración para contestar y el sentido del silencio en este procedimiento podrían hacer aplicable, bien directamente, bien en virtud del principio general de supletoriedad de la legislación estatal, el Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000 (RJ 2000 7709), en su fundamento de derecho quinto, considera que, en defecto de normativa propia, es aplicable esta norma reglamentaria a los procedimientos administrativos en materia de gestión de personal autonómico. En cualquier caso, la falta de norma autonómica expresa no puede dar cobertura a una Administración para dilatar sus decisiones e incumplir la obligación de dictar resolución expresa en tiempo suficiente, de modo que el

funcionario tenga la seguridad jurídica de que el día de permiso que disfruta lo es en el ejercicio de un derecho de que dispone y no con cargo a sus asuntos propios, por ejemplo.

El Real Decreto citado, al referirse a los supuestos de eficacia estimatoria por el transcurso del plazo de silencio, establece que el plazo para que se produzca silencio positivo de las solicitudes formuladas para obtener “permisos para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal”, es de tres días. De no haberse notificado durante estos tres días, en aplicación de lo dispuesto sobre el silencio positivo en la legislación básica (43.4 LRJPAC) el solicitante ya habría obtenido el permiso, y la contestación expresa solo podría ser estimatoria de su solicitud. Así lo confirma, para un supuesto sobre este tipo de permiso, la STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2010 (núm. recurso 263/2007), que estima el recurso de un funcionario ante una denegación extemporánea en los siguientes términos:

“La pretensión del actor tiene su apoyo en una norma jurídica, cual es el artículo 30.2 de la Ley 30/84, por lo que, de entender la Administración que el supuesto de hecho que aquel invocaba para pretender disfrutar de un permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter personal, no encajaba en la indicada norma, así tendría que haberlo manifestado expresamente a través de una resolución denegatoria que tenía que haber dictado dentro del plazo previsto en el Real Decreto 1777/1994, y no a través de una decisión denegatoria extemporánea que contraviene lo dispuesto en el artículo 43.4 a) de la Ley 30/92, según el cual ‘En los casos por estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo’”.

Por otra parte, y a la vista de la concreta comunicación denegatoria aportada junto a la solicitud de informe, debemos precisar que la misma incumple las previsiones del artículo 58.1 LRJPAC en relación con las indicaciones que debe contener una notificación, por lo que será de aplicación el apartado 3 de ese mismo artículo 58, en el sentido de que solo surtirá efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución, o interponga cualquier recurso.

#### 4. Conclusiones

En opinión del letrado que suscribe, y conforme a los fundamentos de derecho contenidos en el presente

dictamen, sobre las cuestiones requeridas pueden formularse las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup>- Conforme a la interpretación finalista del artículo 75.5 LRBRL, debe entenderse que el permiso de los funcionarios para el cumplimiento de un deber inexcusable comprende, en el caso de los alcaldes, el necesario para ejercer las competencias propias de la alcaldía, sin necesidad de que exista una expresa y previa delegación.

2.<sup>a</sup>- Los permisos que puede obtener la funcionaria del Gobierno de Aragón en su calidad de alcaldesa son los necesarios para la asistencia a plenos, comisiones, y el ejercicio de aquellas competencias propias de su cargo de alcaldesa que no puedan ejercerse fuera de su horario de trabajo; pudiendo, en este último caso, la Administración empleadora exigir que se expliciten y justifiquen los actos concretos de ejercicio.

3.<sup>a</sup>- Debe incidirse en la dificultad o imposibilidad de establecer apriorísticamente, y con carácter gene-

ral, los límites precisos de un permiso para ejercer funciones por un alcalde, ya que ello dependerá de multitud de variables. Se tratará en cada caso de una cuestión de valoración previa, y posterior comprobación o prueba, en los términos y con las consideraciones practicadas en el presente informe.

4.<sup>a</sup>- Por lo que se refiere a la actual regulación procedimental del permiso, se entiende aplicable el Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, que establece un plazo de respuesta de tres días y que el sentido del silencio es positivo.

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 5 de octubre de 2012



32<sub>QDL</sub>

**Noticias bibliográficas**





---

## Noticias bibliográficas

Miguel Casino Rubio

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

Letrado del Tribunal Constitucional

### ***Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limite del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale***

**Stefano BENVENUTI, Paolo Di FONZO, Nicola GALLO y Tommaso F. GIUPPONI (coordinadores)**

Ed. FrancoAngeli, Milán, 2013

I

Conforme prueban las encuestas, hoy es una realidad de bulto que la seguridad pública representa una de las principales preocupaciones ciudadanas. Una inquietud, además, que los atentados del 11 de septiembre de 2001 de Nueva York y Washington, o los posteriores de 11 de marzo de 2004 de Madrid y de 7 de julio de 2005 de Londres, junto con la más reciente y galopante crisis socioeconómica actual, han avivado notablemente, como es notorio. Tanto, de hecho, que la angustia y la [in]seguridad ciudadanas se han convertido en uno de los principales temas del nuevo siglo XXI, y han desplazado el centro de gravedad del Estado democrático y social hacia la prevención y la garantía de la seguridad en la vida social (PAREJO ALFONSO, L., *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España*, INAP-Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012).

En este contexto, no pueden extrañar las reivindicaciones ciudadanas que reclaman de los poderes públicos una respuesta más contundente, y se comprenden mejor también ciertas políticas públicas puestas en marcha en los últimos años con el confesado propósito de combatir la creciente sensación de inseguridad. Algunas de esas iniciativas, que testimonian muy bien la tensión entre libertad y seguridad, han alertado sin embargo sobre la necesidad de impedir que la garantía de la seguridad pública se convierta finalmente en el ácido en el que terminan por disolverse los derechos y libertades públicas. Probablemente, con apurar esa comprobación y combatir, llegado el caso, los excesos técnicos de la correspondiente norma o medida administrativa, esté hecho lo principal. No obstante, en este asunto, y advertido que el artículo 149.1.29 CE atribuye en lo funda-

mental al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, existe formalmente algo previo que importa dilucidar y que constituye también un problema constitucional de primer orden: determinar el significado de los conceptos de "seguridad pública" y de "orden público" en un Estado descentralizado.

Aunque esa cuestión no es desde luego nueva en el panorama jurídico constitucional y administrativo, el debate competencial en materia de seguridad pública dista bastante de estar definitivamente cerrado. De hecho, lejos de apagarse, últimamente ha ganado fuerza como consecuencia de la creciente demanda ciudadana de seguridad, y de la lógica tentación de todos los poderes públicos territoriales por atenderla; espoleados, además, por la propia indefinición de los conceptos constitucionales de "seguridad pública" y "orden público".

II

Naturalmente el interés por la seguridad y el orden públicos no es ninguna singularidad española. Despunta igualmente en ordenamientos comparados tan próximos al nuestro como es el caso del italiano, que ahora nos interesa. Incluso debo decir que allí con mucho mayor vigor, según es fácil de comprobar con solo echar una ojeada a la doctrina científica, especialmente de derecho constitucional. Sirvan de ejemplo, entre otros, los trabajos de T. F. Giupponi (*Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bonomo, Bolonia, 2010), de M. di Raimondo (*Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Profili ricostruttivi e applicativi*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2010), de C. Mosca (*La sicurezza pubblica come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Cedam, Milán, 2012), o, en fin, el número monográfico de la revista *Le Regioni*, núm. 1-2, 2010.

Este interés doctrinal por el asunto de la seguridad y el orden público contrasta llamativamente con el silencio de nuestra doctrina científica, de la que curiosamente, a salvo de unas pocas excepciones, apenas hay noticias en los últimos treinta y cinco años. Acaso seguramente porque, a diferencia de lo sucedido últimamente en Italia, entre nosotros ni el legislador ni la jurisprudencia, espe-

cialmente del Tribunal Constitucional, han aflorado problemas de ese tipo. Una discreción apenas rota últimamente por impulso de las modernas ordenanzas municipales de convivencia, en las que es fácil ver el intento de los ayuntamientos por mediar normativamente en materia de orden público (CASINO RUBIO, M., "Ordenanzas de convivencia, orden público y competencia municipal", *Justicia Administrativa*, núm. 56, 2012).

En Italia, sin embargo, el legislador sí se ha aplicado a este asunto, incluso con ganas. Lo ha hecho, para empezar, mediante la *Legge costituzionale* n. 3/2001, de modificación del Título V de la Constitución (el equivalente a nuestro Título VIII), cuyo artículo 117.2 h) atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de "*ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale*". Y más tarde, mediante la aprobación en el ejercicio de la citada competencia estatal del denominado "*pacchetto di sicurezza*", del que forman parte el Decreto-ley n. 92, de 23 de mayo de 2008, convertido luego con modificaciones en la Ley n. 125, de 24 de julio de 2008, de medidas urgentes en materia de seguridad pública, y la Ley n. 94, de 15 de julio de 2009, de disposiciones en materia de seguridad pública.

Estas disposiciones legales incluyen algunos contenidos ciertamente novedosos, sin precedentes en la legislación italiana. Señaladamente, en lo que ahora más nos interesa, la Ley n. 125 de 2008 modificó el artículo 54.4 del *Testo Unico degli Enti Locali* (TUEL), aprobado por el Decreto legislativo n. 267/2000, de 18 de agosto, para permitir que el alcalde, en su condición de agente del Gobierno, adopte mediante acto motivado medidas, también contingentes y urgentes ("*contingibili e urgenti*") con respeto a los principios generales del ordenamiento, a fin de prevenir y eliminar graves peligros para la incolumidad pública ("*incolumità pubblica*") y la seguridad urbana ("*sicurezza urbana*").

Por su parte, la Ley n. 94 de 2009 contempla la posibilidad de que los alcaldes, previo acuerdo con el "*prefetto*", puedan servirse de la colaboración de asociaciones de ciudadanos no armados para que señalen a las Fuerzas de Policía del Estado o locales sucesos que puedan causar daños a la "*sicurezza urbana*" o provocar situaciones de angustia ("*disagio*") social.

A poco que se observen, podrá comprobarse que las citadas novedades son realmente tan significadas, y parecen conceder a los alcaldes tan formidables potestades, que no puede extrañar que el Ministerio del Interior aprobara entre medias el Decreto de 5 de agosto de 2008, precisamente sobre "*Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione*".

En particular, para aclarar que por "*incolumità pubblica*" hay que entender la integridad física de la población, mientras que, por "*sicurezza urbana*", un bien público a tutelar mediante la actividad destinada a proteger, en el ámbito de la comunidad local, el respeto de las normas que regulan la vida ciudadana, para mejorar las condiciones de vida de los centros urbanos, la convivencia ciudadana y la cohesión social.

Ni que decir tiene que estas precisiones no impidieron que las previsiones normativas que antes se han recordado desataran desde el primer momento una encendida polémica doctrinal, también por motivos competenciales, en la que ha acabado terciando la propia *Corte costituzionale*. Lo ha hecho, primero, con las sentencias n. 226/2010 y 274/2010 a propósito de las denominadas "patrullas ciudadanas" ("*ronde*"). Y más tarde mediante la sentencia n. 115/2011, para juzgar la constitucionalidad de la potestad local de intervenir normativamente mediante ordenanzas "*anche contingibili e urgenti*" en materia de seguridad pública.

### III

Al margen ahora de la solución que respectivamente establecen, todas estas sentencias de la *Corte costituzionale* contienen declaraciones decisivas acerca del significado del concepto de "*sicurezza urbana*" y sus relaciones con el título competencial del Estado en materia de "*ordine pubblico e sicurezza*", de las que es posible sacar también unas pocas enseñanzas para nuestro ordenamiento. Y han avivado, en cualquier caso, el debate sobre los citados conceptos y la distribución territorial del poder en la materia, según certifica la larga lista de comentarios doctrinales publicados desde entonces.

Algunas de esas contribuciones más sobresalientes pueden verse ahora reunidas en el libro *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limite del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale*, coordinado por S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo y T. F. Giupponi, editado por FrancoAngeli, en su colección *Sicurezza civile*, y fruto de la colaboración entre las Universidades de Bolonia y Siena y la Asociación Nacional de Funcionarios de Policía.

Tomando como pretexto la Sentencia n. 115 de 2011, el volumen recoge las aportaciones de una docena de reconocidos especialistas en la materia, en su mayoría profesores universitarios. Todos los estudios, aunque lógicamente obedientes a perspectivas distintas, comparten, no obstante, la preocupación por desvelar, en clave competencial, los elementos más destacados de la controversia actual acerca de los dos conceptos que dan título al libro. Y dan cuenta igualmente de la idea

común de que la “seguridad pública”, el “orden público” y la “seguridad urbana” son conceptos tremendamente escurridizos en la praxis constitucional, y por consiguiente deben ser interpretados con exquisito rigor. De un lado, para impedir que con la excusa del artículo 117.2 h) el Estado pueda simplemente vaciar de contenido las competencias que constitucionalmente corresponden a las regiones y a los entes locales. Pero también, inversamente, de otro, para asegurar la imprescindible igualdad en el *status libertatis* de los ciudadanos.

Debajo de estas sencillas proposiciones se esconden naturalmente abundantes matices y explicaciones que al lector interesado invito a comprobar por sí mismo, convencido de su provecho. La ocasión es, además, particularmente propicia, con solo tener en cuenta que, al igual que en Italia, también nosotros hemos puesto en marcha un profundo proceso de reforma de los entes locales, en el que la experiencia de la “*sicurezza urbana*” que tan bien conocen allí proporciona inestimables enseñanzas. El libro que se comenta es desde luego la mejor guía para aprovecharlas. ■



---

## 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./pp.).

### *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./pp.).

### *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, pp. 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



**QDL**  
Anual (3 números)  
+  
**Anuario del**  
**Gobierno Local**  
**80 €**

**suscripciones**

Última edición: mayo 2013



**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 CUMPLIMENTO 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

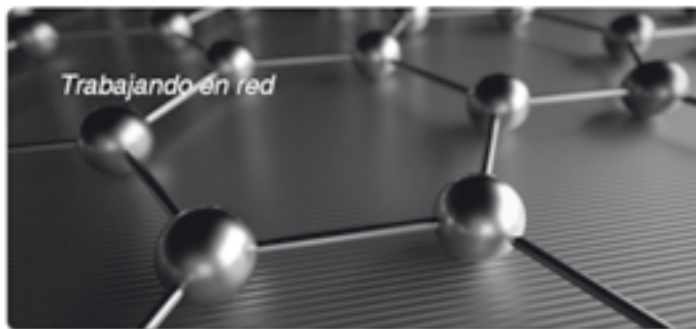
Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)



Inicio La Fundación ▾ Boletín Actividades ▾ Fundación Digital ▾ Publicaciones ▾ Actualidad

Buscar



**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-coloqui, 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, 23 de septiembre de 2012

En la Diputación de Málaga por expertos del Ministerio de Hacienda  
[ver más](#)



**La Xarxa de Goverss Locals amplia el plazo para que los ayuntamientos digan cuáles son sus necesidades**  
viernes, 23 de septiembre de 2012

[Prórroga 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...  
[malaga-en-buscar/home-as... @infofundlocal](https://twitter.com/fundlocal)  
1 hour ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Los diputados provinciales renuncian a su paga extra de Navidad...  
[ehordecastilla.es/2012/09/25/focal... via @hordecastilla](https://twitter.com/fundlocal)  
2 days ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Fundación Democracia y Gobierno Local  
[gobiernolocal.org/actualidad/foc...](http://www.gobiernolocal.org/actualidad/foc...)  
2 days ago · reply · retweet · favorite



Join the conversation

[Suscríbete a nuestro Boletín digital](#)

[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)

