

Octubre de 2014



Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

QDL

d Fundación
Democracia
y Gobierno Local

36 Octubre de 2014
**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: Maria 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

Cudipal Gestión Gráfica, S.L.

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 nuevo régimen jurídico del Estatuto de los miembros electos de las corporaciones locales, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*
Carmen Alonso Higuera

- 28 *Reforma de la Administración Pública y unidad de mercado: incidencias en el régimen de intervención municipal en la actividad económica privada*
Dolors Canals i Ametller

- 47 *La aprobación de los presupuestos municipales sin participación ciudadana: de la cuestión de confianza a la atribución de la competencia a la junta de gobierno*
Alfredo Galán Galán y Pau Panadés Jordà

- 70 *Los efectos colaterales de la reforma local: la incertidumbre sobre los centros asociados de la UNED*
Alberto Palomar Olmeda

Ponencias, crónicas y notas

- 95 *Novedades jurisprudenciales sobre tributos locales*
Dimitry Berberoff Ayuda

- 122 *La Mesa de Contratación como mecanismo de control a la Administración*
José Enrique Candela Talavera

- 140 *Internet y los datos personales*
Juan Carlos Gris González

- 161 *Las ordenanzas municipales y la jurisprudencia reciente*
Eduardo Paricio Rallo

- 174 *El empleo público local: las medidas de ajuste y racionalización derivadas de la crisis económica*
Francisco José Sospedra Navas

Jurisprudencia

- 191 *La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en el ámbito local*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
- 208 *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre relación de puestos de trabajo. Aplicación práctica en el ámbito local*
Marcos Peña Molina
- 216 *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente al régimen local*
Joan Antoni Xiol Ríos

Noticias bibliográficas

- 231 *Noticias bibliográficas*
Antonio Descalzo González

36_{QDL}

Estudios

El nuevo régimen jurídico del Estatuto de los miembros electos de las corporaciones locales, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

Carmen Alonso Higuera

Secretaria general del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat

1. Introducción

2. Configuración inicial del Estatuto de los miembros electos en la LRBRL

2.1. Derechos de doble faz

2.2. Derechos

2.2.1. Derechos de carácter honorífico

2.2.2. Derechos de carácter económico

2.2.3. Derechos de carácter socio-laboral

2.2.4. Derechos de participación política

2.3. Deberes

2.3.1. Previos a la toma de posesión

2.3.2. Derivados del efectivo ejercicio del cargo

3. Evolución posterior del Estatuto de los miembros electos

3.1. Previsiones originales del artículo 75 de la LRBRL

3.2. Modificaciones introducidas en el régimen de dedicación y de retribuciones previas a la LRSAL

3.3. Modificaciones introducidas en el régimen de dedicación y de retribuciones por la LRSAL

4. Régimen vigente de dedicación y retribuciones

4.1. Medidas a adoptar

4.2. Conceptos económicos

4.3. Características y límites

Resumen

Durante los casi 30 años de vigencia del Estatuto de los miembros de las entidades locales, configurado por primera vez en nuestro derecho por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, todas las modificaciones legales que se han producido han estado referidas a sus artículos 73 y 75, en el primer caso para introducir la regulación de los grupos políticos y de los concejales y concejales no adscritos, y en el segundo para delimitar su régimen de dedicación, retribución e incompatibilidades, y sus obligaciones de transparencia respecto de sus bienes y actividades.

Lo cierto es que la preocupación del legislador se ha centrado con mayor intensidad en las modificaciones referidas al artículo 75, es decir, al régimen de dedicación, retribución e incompatibilidades de los electos.

Con la promulgación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se da un nuevo paso en la delimitación de estos derechos, al establecer por primera vez y de forma más precisa sus contornos, mediante la introducción de auténticos límites.

Palabras clave: *Estatuto; retribuciones; asistencias; indemnizaciones; dedicación exclusiva; dedicación parcial; declaraciones de bienes patrimoniales; declaraciones de actividades; registros de intereses; concejales no adscritos; incompatibilidades y conflicto de intereses.*

Artículo recibido el 03/10/2014; aceptado el 03/11/2014.

The new legal status of elected members of local governments: the Law 27/2013, of 27 December, on rationalization and sustainability of local governments

Abstract

Over the last thirty years under the Law 7/1985, of 2 April, on the Basis of Local Law and its regulation of the legal status of members of local governments, only articles 73 and 75 have been amended. On the one hand, article 73 was amended to introduce the regulation of political groups and councilors without political affiliation. On the other, article 75 was amended to determine the terms of office of members of local governments, their remuneration and incompatibilities, as well as their transparency obligations related to the declaration of assets and activities.

Yet the truth is that the legislator has focused its attention on questions related to article 75, i.e. the terms of office, remuneration and incompatibilities.

The entrance into force of Law 27/2013, of 27 December, on rationalization and sustainability of local governments, is a further step in the determination of these rights because for the first time and in a precise manner the legislator establishes real limits.

Keywords: legal status; remuneration; attendance; compensation; full-time dedication; part-time dedication; assets declaration; activities declaration; registers of interests; councilors without political affiliation; incompatibilities and conflict of interests.

1. Introducción

A pesar de tratarse de una previsión contenida desde sus orígenes en el artículo 75.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, hasta ahora el legislador no se había ocupado de establecer, de forma expresa, los límites generales de las percepciones económicas a que tienen derecho los miembros electos de las entidades locales –retribuciones, asistencias e indemnizaciones–, habiendo sido tratado este aspecto, únicamente, desde el ámbito de la pura voluntariedad, mediante el establecimiento de algunos criterios orientadores por parte de las asociaciones municipalistas, que no siempre han sido tenidos en cuenta por las entidades locales a las que estos iban destinados.

Ahora, entre los trascendentales cambios operados en la legislación básica estatal de régimen local por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, el legislador ha decidido ocuparse, también, de introducir estos límites, mediante el establecimiento de diferentes medidas que afectan de una manera importante al Estatuto de los miembros de las entidades locales, que están básicamente circunscritas a introducir no solo estos límites históricamente anunciados

por el legislador en el régimen retributivo de los electos locales, sino también límites en relación con su régimen de dedicación, llenando de esta manera, por primera vez, el vacío legal existente desde que en el año 1985 se introdujo la obligación de las corporaciones locales de consignar en sus presupuestos las retribuciones e indemnizaciones de sus miembros electos, dentro de los límites que con carácter general se establecieran.

Se introducen estas limitaciones, por tanto, como medida de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, pero lo cierto es que, a diferencia de las restantes medidas introducidas por esta Ley, en este caso el legislador no concreta en su exposición de motivos cuál es la auténtica finalidad de la medida, ni la encuadra dentro de ninguno de los cuatro ejes vertebradores de la reforma, que según el propio legislador perseguía los siguientes objetivos:

1. Clarificar las competencias municipales, a fin de evitar duplicidades, bajo el principio de “una Administración una competencia”.
2. Racionalizar la estructura organizativa.
3. Conseguir un control económico-presupuestario, mediante la potenciación de la figura de los interventores.
4. Favorecer la iniciativa económica privada.

En consecuencia, nos vemos obligados a entender que el fundamento de estas medidas descansa en la genérica necesidad de implementar el principio de estabilidad presupuestaria previsto por el artículo 135 de la Constitución, pero también en conseguir, con la vista puesta en Europa, el cumplimiento de las previsiones de déficit público.

Así se desprende de las previsiones contenidas en el documento de actualización del Programa de Estabili-

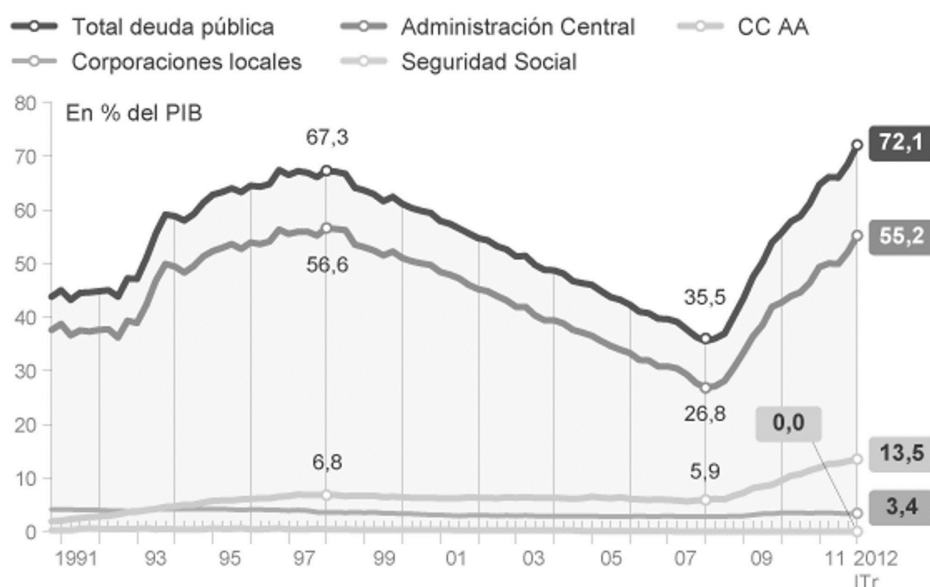
dad presentado por España para el trienio 2013-2016, en el que, sin contar con el impacto de las retribuciones de los funcionarios derivadas del establecimiento de límites generales, que se cifraba en 1 200 000 000 €, el impacto del entonces Anteproyecto de Ley se cifraba, según el detalle que figura en el cuadro siguiente, en 7 619 397,38 € para el período 2013-2019, de los que, durante el año 2015, se alcanzarían los 5 159 900,62 €.

Cuadro 1. Impacto del Anteproyecto de Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (euros)

SUPUESTO: APROBACIÓN (oct-13)	ARTÍCULOS LRSAL	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	TOTAL PERIODO 2013-2019	Porcentaje sobre total
GASTO OBLIGATORIO INCORPORA SUPUESTO DE TRANSITORIEDAD DE LAS COMPETENCIAS DE SANIDAD Y EDUCACIÓN	25.2 y 26.1	–	707.615.238	1.524.094.457	8.975.761	8.975.761	8.975.761	8.975.761	2.267.612.739	29,76%
GASTO IMPROPIO	27 Y vinculación según 57, 57 bis y DF 4.ª	–	680.160.237	2.601.563.199	453.440.158	–	–	–	3.735.163.594	49,02%
MANCOMUNIDADES Y ENTIDADES LOCALES MENORES	DA 8.ª, DA 12 y DT 4.ª	–	73.152.462	–	–	–	–	–	73.152.462	0,96%
REDIMENSIÓN DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL	86	–	381.023.614	1.016.602.971	–	–	–	–	1.397.626.585	18,34%
PERSONAL EVENTUAL	DT 10	61.530.000	–	17.640.000	–	–	–	–	79.170.000	1,04%
RÉGIMEN DE EXCLUSIVIDAD	DT 11	66.672.000	–	–	–	–	–	–	66.672.000	0,88%
AHORRO NETO TOTAL	–	128.202.000	1.841.951.552	5.159.900.627	462.415.919	8.975.761	8.975.761	8.975.651	7.619.397.381	100,00%
PORCENTAJE SOBRE TOTAL	–	1,68%	24,17%	67,72%	6,07%	0,12%	0,12%	0,12%	100,00%	

Nota: No se ha cuantificado el impacto en retribuciones de los Funcionarios de la Administración Local de los límites máximos y mínimos que se establezcan en las Leyes Anuales de Presupuestos Generales del Estado (1.200 millones adicionales).
Fuente: Elaboración a partir de la interpretación de datos procedentes del estudio realizado por el IEF de fecha 12/12/2012 y de cálculos realizados según la redacción dada al texto de la norma.

Endeudamiento de las Administraciones Públicas



Pues bien, sin cuestionar, por ahora, la necesidad de establecer o no limitaciones a las retribuciones y al régimen de dedicación de los electos locales, sorprende que este tipo de medidas hayan comenzado, precisamente, por el ámbito local, a pesar de ser este el único nivel de Administración en el que, de acuerdo con los datos del Banco de España, se dan las notas siguientes:

- a) El mantenimiento de un nivel de endeudamiento mínimo y constante.
- b) El hecho de ser el único nivel de Administración que, además de haber cumplido los objetivos de déficit previstos para los años 2011 y 2012, durante el 2013 obtuvo superávit, como se desprende de los datos remitidos por el Gobierno a la Unión Europea el pasado mes de abril:
 - Estado 5,49 % de déficit (0,29 % superior al objetivo de déficit).
 - CCAA 1,54 % de déficit (0,24 % superior al objetivo de déficit).
 - EELL 0'41 % de superávit (estaba previsto un déficit 0).

2. Configuración inicial del Estatuto de los miembros electos en la LRBRL

Partiendo de estas premisas y también a título de introducción necesaria, hemos de recordar, aunque sin ningún ánimo exhaustivo y sin adentrarnos en su detalle, cuál era la configuración del conjunto de derechos y deberes que hasta ahora venían integrando el núcleo duro del Estatuto de los miembros electos de las entidades locales, para después analizar su posterior evolución y observar cómo durante todos estos años los cambios operados en el mismo se han centrado, mayoritariamente, en su artículo 75, que es el precepto dedicado a su régimen retributivo y de dedicación.

2.1. Derechos de doble faz

Estos derechos, a su vez, constituyen auténticos deberes:

- Asistencia a las sesiones de los órganos colegiados de los que formen parte.

2.2. Derechos

2.2.1. Derechos de carácter honorífico

Se trata de honores, prerrogativas y distinciones, en particular los tratamientos protocolarios.

2.2.2. Derechos de carácter económico

- Régimen de dedicación:
 - * Exclusiva.
 - * Parcial.
 - * Sin régimen de dedicación específico.
- Contraprestaciones:
 - * Retribuciones.
 - * Asistencias.
 - * Indemnizaciones.

2.2.3. Derechos de carácter socio-laboral

- Situaciones laborales especiales:
 - * Excedencia especial.
 - * Servicios especiales.
- Permisos retribuidos por el ejercicio del cargo.
- Permanencia en su puesto de trabajo.
- Alta en Seguridad Social cuando ejerzan el cargo con un régimen de dedicación específica y protección por desempleo.

2.2.4. Derechos de participación política

- Derecho a la permanencia en el cargo.
- Derecho de participación política: ser convocado y asistir a las sesiones, participando activamente, etc.
- Derecho de participar en los órganos complementarios.
- Derecho de control y fiscalización de la actuación de los órganos de gobierno.
- Derecho de acceso a la información municipal y de obtener copia de documentos.
- Derecho de participación en los medios de comunicación social municipales.

2.3. Deberes

2.3.1. Previos a la toma de posesión

- Formulación de las declaraciones previstas por el artículo 75 de la LRBRL.
- Prestar juramento o promesa del cargo en los términos legalmente previstos.

2.3.2. Derivados del efectivo ejercicio del cargo

- Guardar reserva de la información a la que accedan por razón del cargo.
- Respetar el régimen de incompatibilidades y el de exclusividad.
- Objetividad e imparcialidad: deber de abstención y de no utilizar el cargo en beneficio propio.
- Observar la debida cortesía y respetar las normas de funcionamiento de los órganos municipales.
- Comunicar a la alcaldía las ausencias de más de 8 días del término municipal.

3. Evolución posterior del Estatuto de los miembros electos

Adentrándonos, después de esta introducción, en el tema objeto de nuestro estudio, lo primero que se puede comprobar es que, respecto del conjunto de derechos y deberes del Estatuto de los miembros electos locales configurado inicialmente a nivel de legislación básica estatal, ha sido escasa la preocupación del legislador por el desarrollo y actualización de uno de los derechos de más trascendental importancia para el efectivo *ius in officium*, como es el derecho de acceso a la información contemplado en el artículo 77 de la LRBRL, respecto del que, durante los casi 30 años de vigencia de esta Ley, tan solo se ha introducido una modificación por la Ley 11/1999, de 21 de abril, derivada del denominado “Pacto local”, para introducir el plazo máximo de resolución de las peticiones de acceso y el sentido del silencio derivado de la inactividad de la Administración respecto de su resolución.

Por el contrario, el interés del legislador básico estatal se ha centrado durante todos estos años, fundamentalmente, en los artículos 73 y 75 de la LRBRL, en uno y otro caso para tratar de los aspectos siguientes:

- a) En el primer caso, mediante la modificación introducida por la Ley 11/1999, de 21 de abril, ya mencionada, con el fin de regular los grupos políticos municipales, su dotación económica y la contabilidad que sobre ella se debía llevar; y, también, mediante la modificación introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que in-

trodujo la figura del concejal o concejala no adscrito, pero con una parca e insuficiente regulación de su régimen jurídico, que ha generado que este régimen esté siendo delimitado finalmente por vía judicial¹.

- b) En el segundo caso, es decir, en cuanto al artículo 75 de la LRBRL, para modificar el régimen de dedicación de los miembros electos locales, sus derechos económicos y las obligaciones de transparencia inherentes a tal condición, mediante las cinco modificaciones legislativas efectuadas entre los años 1991 y 2008 de las que trataremos seguidamente.

3.1. Previsiones originales del artículo 75 de la LRBRL

Para efectuar este análisis retrospectivo de la evolución legislativa que se ha ido produciendo en relación con el régimen de dedicación de los miembros electos locales, sus derechos económicos y las obligaciones de transparencia inherentes a tal condición previstas en la legislación básica estatal, con carácter previo al examen del alcance de la reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, resulta necesario partir de su configuración inicial en el año 1985, que se caracterizó por las siguientes notas fundamentales:

A) Dedicación, retribución e incompatibilidades

Respecto de este primer aspecto, si bien la LRBRL fue la primera norma que introdujo en nuestro derecho local la posibilidad del carácter retribuido de los cargos electos locales y de su alta y cotización a la Seguridad Social, asumiendo las respectivas entidades locales el pago de las mismas, todo ello dentro de unos teóricos límites legales que hasta ahora nunca se habían establecido, lo cierto es que lo hizo vinculando tal posibilidad al establecimiento por el pleno de un régimen de dedicación exclusiva del electo, que comportaba, a su vez, un específico régimen de incompatibilidades, al determinar que la percepción de tales retribuciones era incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes.

1. Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 169/2009, de 9 de julio, y 20 y 43/2011, de 14 de marzo y 11 de abril, respectivamente, así como la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el día 8 de febrero de 2013 (JUR\2013\88922).

Pero lo cierto es que, más que un régimen de dedicación exclusiva, lo que en aquel momento se estableció por el legislador, tal y como de forma expresa acabó determinando el artículo 13.3 del ROF, fue un régimen de dedicación preferente al cargo, sin perjuicio de otras ocupaciones o actividades marginales que no causasen detrimento de su dedicación pública, hasta el punto de que solo en el caso de que estas ocupaciones marginales fueran remuneradas, se exigía una declaración formal de compatibilidad por parte del pleno, con lo que se introducía un concepto jurídico indeterminado de difícil interpretación².

Respecto de esta cuestión, el Tribunal Supremo³ entendió que si bien la LRBRL dio libertad a las corporaciones locales para fijar las remuneraciones de sus cargos electos en régimen de dedicación exclusiva y, también, para fijar lo que entonces se denominaba indemnizaciones, en cambio esta habilitación legal no amparaba una total discrecionalidad, sino que entendía que estas retribuciones e indemnizaciones se tenían que establecer no en atención a la representatividad política del electo, sino a la legal, es decir, en función del trabajo que cada concejal o concejala efectuara en pro de la corporación.

Diferente criterio parece adoptarse, en cambio, en una sentencia posterior⁴, que admitió, además, la posibilidad de adoptar estos acuerdos con carácter retroactivo.

B) Alcance del concepto "indemnización"

La redacción original de la LRBRL estableció, además, una configuración del concepto "indemnización" totalmente diferente de la que actualmente tenemos vigente, derivada, sin duda alguna, de la falta de cobertura legal, en aquel momento, de la posibilidad de establecer retribuciones por la dedicación parcial de los electos al ejercicio del cargo.

Efectivamente, tal y como interpretó posteriormente el Tribunal Supremo⁵, el concepto "indemnización" a que se refería la redacción original del artículo 75 de la

LRBRL, no se agotaba con las indemnizaciones a las que aludía el artículo 13 del ROF, no solo por el hecho de que una norma con inferior jerarquía, que trata de desarrollar la LRBRL, no puede alterar o restringir su contenido, sino, principalmente, porque, como señalaba de forma literal la última de las sentencias anotadas:

"Mientras la Ley, en su artículo 75, habla con generalidad y sin ninguna limitación de indemnización el Real Decreto se refiere a indemnización por gastos, y es sabido que la indemnización puede estar destinada, tanto en su significado gramatical, usual o jurídico a resarcir un daño o perjuicio, este daño o perjuicio tanto puede venir por un gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, como en fin, por la pérdida o dedicación de un tiempo a una actividad cuando se podía haber dedicado a otra actividad particular. De lo que fácilmente se puede inferir que la indemnización por gasto realizado a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto 2568/1986, no agota ni con mucho el concepto genérico y sin concreción alguna que de indemnización refiere la Ley 7/85".

C) Concreción del concepto "tiempo indispensable para el desempeño del cargo"

La tercera nota característica de la primera redacción del artículo 75 de la LRBRL fue que, a los efectos previstos por los artículos 37.3 del Estatuto de los Trabajadores y 30.2 de la Ley 30/1984, de Función Pública, el legislador procedió a determinar el concepto "tiempo indispensable para el desempeño del cargo", circunscribiéndolo al necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la corporación o de las comisiones y la atención a las delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado, a efectos del disfrute de permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal, y sin perjuicio, claro está, de las prerrogativas

2. La STS de 12 de abril de 2000 (Ar. 4568) así lo admite, entendiendo que la actividad privada consistente en el ejercicio de la profesión de procurador de los tribunales no es, en ningún caso, una actividad marginal. En cambio, la STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2010 (Ar. 5845) considera compatible con este régimen de dedicación exclusiva la actividad privada de farmacéutico-analista, habida cuenta de las circunstancias concurrentes: mero titular de la oficina de farmacia, en la que su intervención se limitaba a una actividad de representación, dirección y orientación general que solo exigía una dedicación limitada.

3. STS de 12 de febrero de 1991 (Ar. 1184).

4. STS de 1 de diciembre de 1995 (Ar. 9009).

5. SSTs de 18 de enero de 2000 (Ar. 267/2000), 13 de diciembre de 2000 (Ar. 77/2001) y 12 de julio de 2006 (Ar. 6006/2006).

que en el ámbito laboral siempre se han otorgado al empresario⁶.

Evidentemente, este deber inexcusable en relación con sus funciones electivas se refería a la asistencia obligada a las sesiones de los órganos de los que formaran parte los electos, que tuvieran lugar dentro de su jornada laboral en la Administración en la que prestaban sus servicios en calidad de empleados públicos, pues extenderlo al ejercicio, en general, de sus delegaciones, hubiera supuesto un claro fraude a la propia ley.

D) Primeros deberes de transparencia

Por último, con el establecimiento del deber de los electos de presentar declaraciones de sus bienes y actividades privadas antes de la toma de posesión y durante su mandato, en este último caso cuando se produjeran variaciones, y con la previsión de que estas declaraciones fueran inscritas en un registro especial a constituir por cada entidad local, el legislador estatal introdujo en la primera redacción del artículo 75 de la LRBRL las primeras obligaciones de transparencia inherentes a la condición de electo, que posteriormente se van a ir perfilando y complementando en modificaciones posteriores, hasta llegar al régimen actual derivado de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

3.2. Modificaciones introducidas en el régimen de dedicación y de retribuciones previas a la LRSAL

Estas previsiones iniciales del artículo 75 de la LRBRL fueron evolucionando, posteriormente, hasta configurar el sistema que estaba vigente en el momento de entrada en vigor de la LRSAL, mediante la aprobación de un total de cinco modificaciones legislativas, a través de las cuales se incorporaron las siguientes previsiones:

A) Modificación introducida por la Ley 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modifican determinados artículos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local;

de la Ley de Contratos del Estado, y de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores

Mediante esta primera modificación legislativa se perfecciona y completa el régimen jurídico de las declaraciones de bienes y de actividades que según la versión original de la LRBRL habían de formular los electos, con tres tipos de previsiones: la primera, consistente en concretar que estas declaraciones se tenían que formular en los modelos que a tal efecto aprobara la propia entidad local mediante el oportuno acuerdo plenario; la segunda, que se limita a precisar que estas declaraciones, además de tenerse que formular con carácter previo a la toma de posesión y cuando se produzcan variaciones durante el período de mandato, también se tenían que formular con motivo del cese en el cargo; y la última, que de forma mucho más precisa que en su redacción original determinó que son dos los tipos de registros a crear, uno por cada tipo de declaración, con la particularidad de que únicamente el de actividades tendría carácter público.

B) Modificación introducida por la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas

Como consecuencia de esta Ley, que fue el instrumento vehicular del denominado “Pacto local”, se introdujo por primera vez en nuestro derecho la posibilidad de que los electos percibieran retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su devengo, y fueran dados de alta en la Seguridad Social cuando desempeñaran sus cargos en régimen de dedicación parcial, aunque de una manera bastante imprecisa y problemática, ya que no solo no determinaba qué tipo de funciones, actividades o circunstancias podían generar el reconocimiento a favor de los electos de un régimen de dedicación parcial, sino que, además, establecía para este régimen de dedicación un régimen de incompatibilidades idéntico al establecido para la situación de dedicación exclusiva, que resultaba excesivamente radical y generaba tratamientos distintos respecto de supuestos esencialmente iguales.

6. Posibilidad de descontar de las retribuciones laborales del trabajador el importe de las que perciba por su condición pública de electo, o, en el caso de que los permisos excedan de un 20 % de las horas laborables en un período de tres meses, de pasar al trabajador a la situación de excedencia forzosa.

Esto era así porque, al declarar las retribuciones correspondientes a este régimen de dedicación incompatibles con cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes, permitía dos situaciones diferentes, ya que los electos que ejercieran un trabajo autónomo o dependiente del sector privado podían simultanear esta actividad profesional con la dedicación parcial a su cargo público, mientras que los electos que ejercieran una segunda actividad en el sector público no la podían simultanear con su condición de electo en régimen de dedicación parcial con percepción de retribuciones.

C) Modificación introducida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social

Con esta tercera modificación legal se acometen importantes reformas, que podemos resumir de la manera siguiente:

– Establecimiento de un régimen de incompatibilidad radical en las situaciones de dedicación exclusiva

Con esta reforma se acaba con la situación legislativa anterior, que más que una auténtica dedicación exclusiva, lo que realmente contemplaba, como ya hemos tenido ocasión de analizar, era una dedicación preferente, pues aunque las retribuciones derivadas de este régimen de dedicación eran incompatibles con cualquier otra re-

tribución con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y entes, organismos o empresas de ellas dependientes, en cambio, admitía la posibilidad de ejercer lo que el ROF denominaba actividades marginales.

Efectivamente, con la nueva redacción del artículo 75 de la LRBRL derivada de la entrada en vigor de esta Ley, se declara expresamente incompatible la percepción de las retribuciones derivadas del régimen de dedicación exclusiva, no solo con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, sino también con el desarrollo de otras actividades, respecto de las cuales la LRBRL se remitió a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, identificando, de esta manera, el régimen legal de incompatibilidades retributivas de los concejales con el del personal al servicio de la Administración, y excluyendo, en consecuencia, toda posibilidad de realizar cualquier otra actividad, pública o privada, excepto las excluidas con carácter general del ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que se enumeran en su artículo 19⁷.

Según este artículo, quedan excluidas de su ámbito de aplicación las actividades siguientes:

- Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 12⁸ de la propia Ley, en el que se regulan las actividades privadas que son, en todo caso, incompatibles⁹.

7. Desarrollado por el artículo 17 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril.

8. Según este artículo, son en todo caso incompatibles las actividades privadas siguientes:

- a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en que se esté interviniendo, se haya intervenido en los dos últimos años o se tenga que intervenir por razón del puesto público, incluyéndose en especial, en esta incompatibilidad, las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.
- b) La pertenencia a consejos de administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el departamento, organismo o entidad en que preste sus servicios el personal afectado.
- c) El desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas.
- d) La participación superior al 10 por 100 en el capital de las empresas o sociedades a que se refiere el párrafo anterior.

9. La Inspección General de Servicios de la Administración Pública interpretó en el año 1987 esta previsión, estableciendo una serie de criterios de aplicación, al señalar que la administración del patrimonio familiar o personal será compatible con el ejercicio de la función pública por razón de excepción del régimen de incompatibilidades, cuando se desarrolle de alguna de las siguientes formas:

- Mediante la participación como consejero en consejos de administración u órganos rectores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, en la medida en que tal nombramiento sea consecuencia de la titularidad de acciones o participaciones en proporción suficiente para ello, como único titular, conforme a lo dispuesto en las normas mercantiles para el acceso a los órganos de gobierno de estas sociedades. No queda exceptuado del régimen de incompatibilidades, por tanto, el ejercicio de los cargos de presidente, vicepresidente, consejero delegado o secretario de estos órganos rectores.

- La dirección de seminarios o el dictado de conferencias o cursos en centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de 75 horas al año, así como la preparación para el acceso a la función pública en los casos y forma que reglamentariamente se determinen.
- La participación en tribunales calificadores de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas.
- La participación del personal docente en pruebas, exámenes o evaluaciones distintas de las que habitualmente les correspondan, en la forma reglamentariamente establecida.
- El ejercicio del cargo de presidente, vocal o miembro de las juntas rectoras de mutualidades o patronatos de funcionarios, siempre que no sea retribuido.
- La producción y creación literaria, artística, científica o técnica, así como las publicaciones derivadas de aquellas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios.
- La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social.
- La colaboración y la asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.

A consecuencia de todo lo anterior, los cargos electivos desempeñados en régimen de dedicación exclusiva quedaron, a partir de esta reforma, en la misma situación, por lo que al régimen de incompatibilidades se refiere, que el personal al servicio de la Administración en régimen de dedicación exclusiva, aunque lo cierto es que, como consecuencia de las previsiones contenidas en el artículo 5.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, las retribuciones de los electos locales en régimen de dedicación exclusiva también eran compatibles con la percepción de las dietas, indemnizaciones o asistencias que les pudieran corresponder por la segunda actividad.

Esta situación es típica de los concejales y concejales en régimen de dedicación exclusiva que simulta-

nean esta condición con la de miembro de corporaciones locales de carácter supramunicipal –diputaciones, comarcas, entidades metropolitanas, etc.– en las que, si bien no pueden percibir retribuciones por el ejercicio de su cargo, sí pueden percibir, por ejemplo, asistencias por su efectiva presencia en las sesiones de los órganos colegiados de los que formen parte.

– *Eliminación del régimen de incompatibilidad en el régimen de dedicación parcial, y desarrollo de sus requisitos*

También se aprovecha esta reforma para, respecto de los supuestos de dedicación parcial, solventar la problemática derivada del régimen establecido por este artículo en su redacción inmediatamente anterior, al resolver tanto el problema que –como ya hemos visto– planteaba su régimen de incompatibilidad, como el derivado de la falta de concreción de las funciones, actividades o responsabilidades que podían dar lugar al reconocimiento de un régimen de dedicación parcial.

Efectivamente, por lo que a la primera cuestión se refiere, esta tercera reforma legal estableció que los miembros de las corporaciones locales que tuvieran la condición de personal al servicio de las Administraciones Públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes, solamente podrían percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que declara excepcionalmente compatible la función pública con el desempeño de los cargos electivos de los miembros de las corporaciones locales, salvo cuando estos se desempeñen con carácter retribuido y en régimen de dedicación exclusiva.

Respecto de la segunda cuestión, el legislador introdujo las primeras previsiones sobre las funciones, condiciones y responsabilidades que podrían dar lugar al reconocimiento del régimen de dedicación parcial, que se mantienen idénticas actualmente, al determinar que esta dedicación parcial podía derivar de la realización de funciones de presidencia o vicepresidencia, de ostentar delegaciones o de desarrollar las responsabi-

-
- Mediante la participación como socio colectivo no gestor o comanditario en las sociedades que tengan esta forma mercantil.
 - Mediante el ejercicio a título individual de la actividad industrial o comercial.
 - Mediante cualquier otra fórmula de administración que no revista forma mercantil.

Todo ello sin perjuicio de que, en todo caso, el ejercicio de la administración del patrimonio personal o familiar en estos casos se tenga que realizar sin perjuicio del estricto cumplimiento de las obligaciones del puesto de trabajo en el sector público.

dades que así lo requieran, utilizando para ello una fórmula parcialmente abierta, que deja un cierto margen de discrecionalidad en la determinación de responsabilidades a la propia entidad local, que, en el acuerdo plenario por el que se establezcan los diferentes regímenes de dedicación, tendrá que motivar las diferentes responsabilidades que lo fundamentan, y establecer la dedicación mínima necesaria, a partir, normalmente, de la previa determinación por la alcaldía de los concejales y concejales que, por delegación suya, hayan de asumir determinados cargos o responsabilidades.

– *Regulación del concepto de asistencias*

Por el contrario, para los miembros de las corporaciones locales que no tuvieran dedicación exclusiva ni parcial, la nueva redacción de este precepto derivada de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, arbitra la posibilidad de que perciban asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de los cuales formen parte, en la cuantía que fije el pleno de la corporación¹⁰.

Estas asistencias, por tanto, no tienen la condición de retribución ni generan la obligación de la entidad local de dar de alta y cotizar a la Seguridad Social a los electos que las perciban, requiriendo para su viabilidad un presupuesto fáctico previo, cual es la efectiva asistencia del concejal o concejala a la sesión correspondiente; de ahí que no puedan tener un devengo automático y periódico.

No obstante lo anterior, cuando las asistencias se devenguen como consecuencia de la concurrencia a consejos de administración u órganos de gobierno de entidades o empresas públicas o privadas a las que se asista en representación del sector público o de tribunales de selección de personal, su percepción resulta compatible con la percepción de retribuciones por parte de los concejales y concejales que desarrollen su cargo en régimen de dedicación exclusiva¹¹, siempre que se ajusten en su cuantía al régimen general previsto para las Administraciones Públicas¹², por lo que las cantidades devengadas por cualquier otro concepto serán ingresadas directamente por la entidad o empresa en la Tesorería de la entidad local correspondiente.

A este respecto, el artículo 8 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, establece que, salvo que así lo autorizara el pleno de la entidad local expresa y excepcionalmente para casos concretos y, por tanto, de forma motivada, no se podría pertenecer a más de dos consejos de administración u órganos de gobierno de estas entidades o empresas.

– *Modificación del régimen jurídico de las indemnizaciones*

De forma paralela y por lo que a las indemnizaciones se refiere, esta reforma también arbitró la posibilidad de que todos los electos, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en desarrollo de las mismas aprobara el pleno corporativo, pudieran ser indemnizados por los gas-

10. La STS de 20 de diciembre de 1999 (Ar. 9468), respecto de la redacción anterior del artículo 75 de la LRBRL, que se refería a las asistencias, sin distinguir entre asistencia a órganos colegiados o a órganos unipersonales, rechaza toda posibilidad de que estas asistencias se devenguen cuando los electos locales sean requeridos a una reunión con el alcalde, no solo por su imposibilidad de control, sino también porque el régimen de retribuciones, indemnizaciones y asistencias configurado en aquel momento había de correr parejo, a juicio del Tribunal Supremo, con el régimen de funcionamiento de los órganos municipales y de las obligaciones y funciones establecidas por la legislación para los concejales.

11. Artículo 5 *in fine* de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, por expresa remisión del artículo 75.2, último párrafo, de la LRBRL.

12. Esta cuantía era la determinada por el Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, que, por lo que se refiere a las asistencias a estos órganos de gobierno o consejos de administración, establecía que la cuantía de las mismas sería fijada por las empresas, sin que en ningún caso se pudiera percibir por este concepto un importe mensual superior al 25 % de las retribuciones que correspondieran por el puesto de trabajo principal, salvo que implicara la participación en comisiones permanentes ejecutivas u órganos de gobierno análogos de las mismas, en cuyo caso el límite era del 33 %.

Estas previsiones están contenidas actualmente en el artículo 28 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, de indemnizaciones por razón del servicio, que según su disposición adicional 1.ª tiene carácter supletorio para todo el personal no incluido en su ámbito de aplicación, en el que se contemplan previsiones similares, con la diferencia de que el importe máximo que por este concepto se puede percibir se eleva al 40 % de las retribuciones que correspondan por el puesto de trabajo principal.

El problema que se plantea en este caso, lo es en relación con los concejales en régimen de dedicación parcial que, a su vez, tengan la condición de personal al servicio de la Administración, pues, lógicamente, este porcentaje, cuando de concejales se trata, se aplica sobre sus retribuciones en la corporación, por lo que se plantea la duda de si, respecto de los de dedicación parcial, se ha de aplicar a su retribución corporativa solamente, o a la suma de su retribución corporativa y su retribución como personal al servicio de la Administración.

tos ocasionados por el ejercicio del cargo, siempre que estos fueran efectivos, se justificaran documentalmente y guardaran la debida relación causa-efecto¹³.

Al igual que las retribuciones y las asistencias, la reforma contempla la necesidad de que también las indemnizaciones deban consignarse en los presupuestos de las propias entidades locales, “dentro de los límites que con carácter general se establezcan, en su caso”, lo que nos hizo plantearnos en aquel momento la duda de si las indemnizaciones ya no cubrían, junto al daño emergente, el lucro cesante, y de si su importe era igual o no a los gastos efectivamente producidos, pues ello hacía imposible toda determinación cuantitativa previa y uniforme de su cuantía.

Este fue el motivo por el que en aquel momento nos decantamos por entender que la inclusión de la expresión “en su caso” permitía dos interpretaciones posibles: bien que fuera precisamente referida a la exclusión de las indemnizaciones de dichos límites, y que respecto de este concepto únicamente se pudieran establecer unos límites cualitativos pero no cuantitativos, bien que se refiriera al hecho de que, respecto de determinados conceptos, los límites estuvieran establecidos legalmente, como ocurría con carácter específico con las indemnizaciones reguladas con carácter general como indemnizaciones por razón del servicio, en aquel momento por el Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, y actualmente por el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo.

Lo que, en mi opinión, quedaba fuera de toda duda, era la imposibilidad de seguir aplicando la doctrina sentada por el Tribunal Supremo¹⁴ respecto de la interpretación del artículo 75 de la LRBRL en su redacción inmediatamente anterior a la reforma, que admitió que, a través del ROM y en concepto de indemnizaciones, se pudiera establecer a favor de los electos una compensación económica fija y periódica por su dedicación al cargo, por ejercer responsabilidades de gestión y presuponer esta circunstancia un presumible lucro cesante, y ello porque, a partir de esta reforma, esta dedicación de los electos se tenía que compensar, o bien mediante retribuciones por dedicación exclusiva o parcial al cargo, en los supuestos de asunción de de-

terminadas responsabilidades de gestión, o bien mediante la percepción de asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de los que formaran parte.

Y en este sentido no considero acertada la doctrina contenida en la sentencia dictada por el Tribunal de Cuentas el día 7 de febrero de 2013 (Ar. 106.642), cuando se sigue haciendo eco de esta doctrina del Tribunal Supremo, a pesar de estar toda ella referida a actos de las entidades locales anteriores a la modificación introducida en la LRBRL por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que estamos comentando, y que dio carta de naturaleza a la retribución a tiempo parcial de los cargos electos.

– Imposición de nuevas obligaciones de transparencia

La última aportación de esta reforma del artículo 75 de la LRBRL, fue la imposición a las entidades locales, en su apartado número 5, de la obligación de publicar en el BOP, y en el tablón de anuncios de la entidad, el texto íntegro de los acuerdos plenarios por los que se establecieran las retribuciones de los cargos en régimen de dedicación exclusiva y parcial, y el régimen de dedicación de estos últimos, las indemnizaciones y las asistencias, así como las resoluciones de la presidencia determinando los miembros de la corporación que realizarían sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial.

Evidentemente, se trata de una publicación informativa, no de una publicación con efectos constitutivos del derecho, ya que su finalidad no radicaba tanto en diferir su vigencia a su publicidad como en que estos actos y acuerdos, por su trascendencia, llegaran al conocimiento de la ciudadanía.

Fuera de estas aportaciones, la reforma introducida en el artículo 75 de la LRBRL por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, siguió contemplando la referencia de que las entidades locales tenían que determinar sus retribuciones, asistencias e indemnizaciones dentro de los límites que con carácter general se establecieran, pero esta referencia seguía siendo meramente retórica, ya que en aquel momento todavía no existía ninguna previsión legislativa al respecto.

13. STS de 1 de diciembre de 1995 (Ar. 9009).

14. SSTs de 18 de enero de 2000 (Ar. 267/2000), 13 de diciembre de 2000 (Ar. 77/2001) y 12 de julio de 2006 (Ar. 6006/2006).

D) Modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales

Esta modificación, como nos indica la propia denominación de la Ley, tenía por única finalidad introducir la posibilidad de que, en determinadas situaciones de presumible riesgo¹⁵, los miembros electos pudieran presentar sus declaraciones de intereses ante el secretario o secretaria de la diputación provincial o, en su caso, ante el órgano correspondiente de la comunidad autónoma, a efectos de su inscripción en sus registros especiales de intereses, y de sustituir su obligación de presentarlas ante su respectiva corporación por la presentación de una certificación simple expedida por las citadas Administraciones, acreditativa de haber cumplimentado tal deber ante las mismas y de estar sus declaraciones inscritas en sus registros especiales.

E) Modificaciones introducidas por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y por el Real Decreto-ley 2/2008, de 20 de junio, que aprueba su texto refundido

En esta última reforma, que en materia de transparencia tiene un gran calado, se acometen por el legislador las siguientes modificaciones en el artículo 75 de la LRBRL:

✓ En primer lugar, procede a desarrollar las normas relativas a la formulación de las declaraciones, tanto la de bienes patrimoniales como la de causas de posible incompatibilidad y actividades susceptibles de proporcionar ingresos económicos, a fin, entre otros aspectos, de adaptar el régimen jurídico de presentación de declaraciones al nuevo marco legal derivado del régimen especial de ciudades de gran población introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, mediante la incorporación de las siguientes previsiones:

a. Extensión de la obligación de formular estas declaraciones a los miembros no electos de la junta de gobierno local, refiriéndose con esta previsión al tercio de miembros de la junta de gobierno que según el artículo 126.2 de la LRBRL podía el alcalde designar entre

personas no electas en los municipios de gran población¹⁶, y a los funcionarios de las corporaciones locales con habilitación de carácter estatal que ocupen puestos que hayan sido provistos mediante libre designación, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman¹⁷.

b. Que la declaración de bienes patrimoniales debía incorporar la información siguiente:

- La declaración de la participación del declarante en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades en las que, a su vez, participaran estas sociedades.
- En su caso, liquidaciones de los impuestos sobre la renta de las personas físicas, sobre el patrimonio y sobre sociedades.

c. Establecimiento de la obligación de formular estas declaraciones, también, al final del mandato, utilizando con ello un término más amplio y omnicompreensivo que el de “cese”.

d. Publicación anual de las declaraciones de bienes patrimoniales y de causas de posible incompatibilidad y actividades susceptibles de proporcionar ingresos económicos, en los términos que establezca en cada caso el Estatuto municipal, refiriéndose con ello al ROM.

Esta previsión adolece de un alto grado de abstracción, que no ha sido posteriormente concretado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando ha exigido la publicación de estas declaraciones en la sede electrónica municipal, y que en muchos casos está siendo utilizada para justificar la omisión de determinada información de estas declaraciones en la publicación.

En cambio, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sí ha venido a solucionar otra picaresca, cuando exige que la publicación se realice en formatos adecuados que faciliten su accesibilidad y comprensión, identificación y localización, pues en algunos casos la publicación de esta información en la web o sede municipal se realizaba en tales términos que resultaba prácticamente imposible encontrarla.

15. Cuando consideraran amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personal con quienes tuvieran relación económica o profesional.

16. Esta previsión fue declarada inconstitucional mediante la STC 103/2013, de 25 de abril (Ar. JUR\2013\134798).

17. Disposición adicional 15.ª de la LRBRL y artículo 5.2 de la disposición adicional 2.ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

e. Extensión del carácter público al Registro de declaraciones de bienes patrimoniales, que anteriormente no tenía esta condición.

✓ Aplicación, a los miembros electos de las corporaciones locales que hubieran ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el Gobierno local, de las limitaciones al ejercicio de actividades privadas contenidas 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.

Estas limitaciones, que se encuentran circunscritas al ámbito territorial de competencia local correspondiente y a un período máximo de dos años desde la finalización del mandato, interpretado este término en sentido amplio, es decir, referido a la fecha de cese del electo, suponen la aplicación del régimen siguiente:

- *Nuevas actividades profesionales*

Imposibilidad de prestar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo que hayan desempeñado, entendiéndose que se da esta relación directa cuando los electos, directamente o por delegación o sustitución, hayan dictado resoluciones relacionadas con estas sociedades o empresas, o hayan intervenido en sesiones de órganos colegiados que hayan adoptado algún acuerdo relacionado con las mismas.

- *Reanudación de actividades profesionales*

Cuando se trate de la reincorporación a empresas privadas en las que con anterioridad a ejercer el cargo electo hubieran ejercido su actividad profesional, únicamente será compatible y, por tanto, posible esta reincorporación, cuando la actividad que vayan a desempeñar en ellas sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias que como electos hubieran desarrollado, ni posibiliten la adopción de decisiones que afecten al cargo público ocupado.

- *Funciones públicas retribuidas mediante honorarios o arancel*

Cuando se trate de electos que cesen de tal condición y reingresen a la función pública en servicios retribuidos mediante honorarios, arancel o cualquier otra

forma de contraprestación económica a personas físicas o jurídicas de carácter privado, durante este período de dos años se tendrán que inhibir en todas aquellas actuaciones que guarden relación con las competencias del cargo electo ejercido.

- *Participación en sociedades contratistas de la Administración*

Durante este periodo de dos años tampoco podrán celebrar, ni personalmente ni mediante sociedades o empresas participadas directa o indirectamente en más del 10 por 100, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones Públicas, ni como contratistas directos –empresario individual o empresa– ni como subcontratistas de estos.

A efectos de su control, las personas afectadas por estas limitaciones deberán efectuar durante este período de dos años una declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio. Esta declaración entiendo que en el caso de los concejales y concejales se ha de efectuar ante el pleno corporativo, que se tendrá que pronunciar, mediante comunicación al interesado y a la empresa o sociedad en la que pretenda el electo prestar sus servicios, en el plazo de un mes; de estimar que la actividad privada se encuentra en alguno de los supuestos anteriormente comentados, esta comunicación al interesado y a la empresa o sociedad afectada se efectuará a efectos de alegaciones, analizadas las cuales se resolverá de forma definitiva.

Paralelamente, la reforma de la LRBRL introdujo la posibilidad de que los ayuntamientos contemplaran compensaciones económicas durante este período de dos años para aquellos electos que, como consecuencia de lo anterior, no pudieran desempeñar su actividad profesional ni percibieran retribuciones económicas por otras actividades.

Este es el régimen que con carácter general se ha mantenido respecto de estas cuestiones hasta la promulgación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que a continuación comentaremos, y que ha sido complementado en algunas comunidades autónomas, como la catalana, con medidas de apoyo económico a determinados ayuntamientos para el abono de retribuciones a sus miembros electos¹⁸.

18. En Cataluña, el Decreto 69/2008, de 1 de abril, de compensaciones económicas a los ayuntamientos para que abonen retribuciones a determinados cargos electos.

3.3. Modificaciones introducidas en el régimen de dedicación y de retribuciones por la LRSAL

En este marco legal cuya evolución hasta ahora hemos venido analizando, la LRSAL contempla tres tipos de nuevas medidas:

A) Modificaciones relativas al establecimiento de límites en relación con los derechos económicos de los electos, contenidas en el artículo 75 bis

Por primera vez se establece que será la Ley de Presupuestos Generales del Estado la norma que, con carácter anual, determinará los límites máximos a percibir por todos los conceptos retributivos¹⁹ y asistencias, según una escala de población y con referencia a las retribuciones de un secretario de Estado, excluidos los trienios consolidados para los cargos electos que tengan la condición de funcionarios.

Pero lo cierto es que, una vez promulgada la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, se pudo comprobar que dicha norma no contenía estos límites, lo que generó la necesidad de modificarla un mes después para, mediante el artículo undécimo del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, incorporar a la Ley de Presupuestos Generales del Estado una disposición adicional nonagésima, a fin de establecer como límites máximos totales que pueden percibir los miembros de las entidades locales, por todos los conceptos retributivos y asistencias, los siguientes:

Habitantes	Límite máximo
Más de 500 000	100 000 €
300 001 a 500 000	90 000 €
150 001 a 300 000	80 000 €
75 001 a 150 000	75 000 €
50 001 a 75 000	65 000 €
20 001 a 50 000	55 000 €
10 001 a 20 000	50 000 €
5001 a 10 000	45 000 €
1000 a 5000	40 000 €

Con las paralelas previsiones siguientes:

- Los presidentes de las diputaciones tendrán como límite la retribución del alcalde del municipio más poblado de la provincia, lo que de inicio plantea el problema de cuáles hayan de ser los límites de las retribuciones de los vicepresidentes y restantes miembros electos de las diputaciones y, también, respecto de los límites aplicables a las entidades equivalentes en aquellas comunidades autónomas que, como Cataluña, tienen una organización local propia.

Respecto de la primera cuestión cabría distinguir dos supuestos, pues mientras en el caso de los vicepresidentes, en cuanto cargos cuya única función es actuar como sustitutos legales del presidente en los casos de vacante, ausencia o cualquier otra imposibilidad, entiendo que se han de aplicar los límites establecidos para la presidencia, con las reglas de proporcionalidad que resulten de necesaria aplicación como consecuencia de las diferencias derivadas de la naturaleza de una y otra función, en el segundo caso, el de los restantes miembros electos de las diputaciones, entiendo que hay dos interpretaciones posibles, bien entender que también les resultan de aplicación los límites máximos previstos para la presidencia, con las reglas de proporcionalidad que resulten de necesaria aplicación por las diferencias de responsabilidad, o bien entender que les resultan de aplicación los límites máximos previstos con carácter general para su ayuntamiento, en función de su tramo de población.

No obstante, yo particularmente me decanto por la primera interpretación, y no solo por considerar que las normas que limitan derechos se han de interpretar, necesariamente, con carácter restrictivo, sino además por entender que la segunda interpretación generaría soluciones que darían lugar a auténticos tratos discriminatorios, pues el régimen de dedicación y de responsabilidad en una diputación de un concejal o concejala de un ayuntamiento de 1000 habitantes puede ser igual que el de otro de un ayuntamiento que tenga más de 75 000 habitantes, y, de aplicarse la escala poblacional correspondiente a sus respectivos ayuntamientos, se daría lugar a retribuciones económicamente muy distantes y, en consecuencia, claramente discriminatorias.

19. Al utilizar esta dicción y remitirse a las retribuciones de un secretario de Estado, integradas, entre otros conceptos, por el sueldo, complemento de destino, complemento de productividad y pagas extraordinarias, da por sentada la existencia de la posibilidad de dividir las retribuciones de los electos en varios conceptos retributivos.

Respecto del régimen aplicable a las entidades equivalentes a las diputaciones provinciales, veremos más adelante cómo este tema ha sido solventado por la propia Administración del Estado, en el sentido de interpretar que les resultan de aplicación las mismas reglas que a estas entidades locales.

- En el caso de los cabildos y consejos insulares, en cambio, sus presidentes y, en mi opinión, también sus vicepresidentes y restantes miembros electos, tendrán un límite máximo por todos los conceptos retributivos y asistencias, referenciado a la retribución del tramo correspondiente al alcalde o presidente de la corporación municipal más poblada de su provincia, según la siguiente tabla:

Habitantes	Referencia
Más de 150 000	Alcalde o presidente de la corporación municipal más poblada de su provincia
De 25 000 a 150 000	70 % del alcalde o presidente de la corporación municipal más poblada de su provincia
De 0 a 25 000	50 % del alcalde o presidente de la corporación municipal más poblada de su provincia

- También prevé la LRSAL la incompatibilidad del régimen de dedicación exclusiva como diputado o diputada provincial o miembro de una entidad equivalente, y como concejal o concejala, al obligarles a optar por mantener el régimen de dedicación exclusiva en una u otra entidad local, sin que en ningún caso puedan acumularse ambos regímenes de dedicación, medida que no solo resulta a todas luces innecesaria, si tenemos en cuenta el régimen de incompatibilidad radical contemplado para las situaciones de dedicación exclusiva en la LRBRL, a partir de la modificación introducida en la misma a finales del año 2000, sino que, además, es susceptible de generar mayores interrogantes, pues con su tenor literal cabría plantearse si, en cambio, sí serían compatibles y acumulables los regímenes de dedicación exclusiva en una entidad local provincial o municipal y en otro tipo de entidades locales, como por ejemplo las entidades metropolitanas.

- La LRSAL también determina que los cargos electos de los municipios de menos de 1000 habitantes no tendrán en ningún caso electos en régimen de dedicación exclusiva, aunque, con carácter excepcional, podrán desarrollar el cargo en régimen de dedicación parcial, percibiendo por ello las retribuciones estableci-

das por el pleno corporativo, dentro de los siguientes límites:

Dedicación	Referencia
Dedicación parcial al 75 %	30 000 €
Dedicación parcial al 50 %	22 000 €
Dedicación parcial al 25 %	15 000 €

Vemos, pues, que nada obsta para que en este tipo de ayuntamientos haya más de un electo en régimen de dedicación parcial al 75 %, lo que pone en entredicho el carácter racionalizador de las medidas adoptadas por el legislador, desde el momento en que en estos ayuntamientos no puede haber ningún miembro en régimen de dedicación exclusiva que perciba una retribución que como máximo podría alcanzar los 40 000 €, pero sí que podría haber 3 o más miembros en régimen de dedicación parcial al 75 %, lo que supondría un coste retributivo superior a los 90 000 €.

Estas previsiones han sido posteriormente objeto de interpretación por parte del MHAP, que con carácter informativo ha publicado una Nota explicativa en la que, respecto del tema que estamos tratando, ha concluido lo siguiente:

✓ En cuanto a *la fecha y la fuente a tener en cuenta para determinar el límite poblacional*, ha entendido que se ha de estar a las cifras de población aprobadas con carácter anual, que para el año 2014 son las establecidas en el Real Decreto 1016/2013, de 20 de diciembre, que aprueba las cifras oficiales de población con referencia al día 1 de enero de 2013.

✓ Respecto de *los límites a las retribuciones en el régimen de dedicación parcial*, ha considerado que constituyen límites a tener en cuenta los siguientes:

- Se han de ostentar funciones de presidencia o vicepresidencia de órganos colegiados municipales, sean o no de carácter decisorio; se ha de ser depositario de delegaciones del alcalde; o se han de desarrollar las responsabilidades que así lo requieran para que pueda ser reconocido este régimen de dedicación, manteniendo con este último inciso un concepto jurídico indeterminado, el de “responsabilidades susceptibles de retribución”, que amplía las posibilidades de reconocimiento del régimen de dedicación parcial, pero que requerirá una especial motivación sobre la concurrencia en cada caso de los requisitos exigidos.

- En los municipios con población inferior a 1000 habitantes, los límites retributivos están constituidos

por el 75 %, el 50 % o el 25 % de dedicación con relación a la jornada laboral, aplicándose las retribuciones en base al principio de proporcionalidad.

– En los municipios con población superior a 1000 habitantes, los límites retributivos están constituidos por el 75 %, 50 % o 25 % de la cuantía que corresponda a su tramo de población, también con aplicación del principio de proporcionalidad para el establecimiento de las retribuciones.

En estos dos últimos supuestos, el Estado interpreta que no existe ninguna posibilidad de establecer otros porcentajes de dedicación, pero lo cierto es que, del tenor literal de la norma, solo se deriva esta limitación para los municipios de población inferior a 1000 habitantes, pero no para los restantes, salvo en el caso de producirse un abuso que genere un fraude de ley, como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de un ayuntamiento que, encontrándose en el límite máximo de electos en régimen de dedicación exclusiva, estableciera para otros electos un régimen de dedicación parcial al 98 %.

✓ Respecto del concepto de *asistencias*, la Administración del Estado entiende que los límites son los mismos, con los criterios siguientes:

– Solo se pueden percibir asistencias cuando no se desarrolle el cargo retribuido en régimen de dedicación exclusiva ni parcial.

– En su determinación se ha de aplicar un criterio de proporcionalidad dentro del marco de retribuciones máximas en función del tramo de población, de lo que se deriva que su establecimiento por el pleno se ha de hacer de forma motivada y justificada y sin superar, en mi opinión, la cuantía de las retribuciones de los electos en el régimen de dedicación parcial más reducido.

✓ Respecto de *los entes locales a los cuales resultan aplicables las limitaciones*, el MHAP entiende que resultan aplicables a todas las entidades locales previstas en el artículo 3 de la LRBRL, al tratarse de previsiones incluidas dentro del capítulo dedicado al Estatuto de los miembros de las entidades locales. En el caso de las comarcas, en cuanto entidades equivalentes –a efectos de la disposición adicional 3.^a de la LRSAL– a las diputaciones, les resultan de aplicación los límites previstos para las entidades provinciales, interpretados en los términos anteriormente apuntados²⁰.

✓ Respecto del *derecho de los miembros electos en régimen de dedicación exclusiva a percibir indemnizaciones* por los gastos efectivos derivados del ejercicio del cargo, el Estado se pronuncia en sentido positivo, respecto de gastos que, como los de traslado por viajes, dietas por alojamiento, manutención, etc., se les generen de forma efectiva en el ejercicio del cargo.

✓ El Estado no se pronuncia, en cambio, sobre la compatibilidad del régimen de dedicación exclusiva con la percepción de asistencias de otras Administraciones o entes públicos, posibilidad que considero vigente en los términos apuntados al analizar la reforma de la LRBRL introducida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

B) Modificaciones relativas al establecimiento de limitaciones al número de cargos públicos electos en régimen de dedicación exclusiva, contempladas en el artículo 75 ter

También contempla la reforma introducida por la LRSAL determinados límites respecto del número de cargos públicos electos que pueden estar en régimen de dedicación exclusiva, estableciendo un máximo según una escala de población que va de un miembro, en las entidades locales de 1001 a 2000 habitantes, a 25 en las de 700 001 a 1 000 000, con la previsión de que en las de menos de 1000 no habrá ningún miembro en este régimen.

Habitantes	Número máximo de miembros
1001 a 2000	1
2001 a 3000	2
3001 a 10 000	3
10 001 a 15 000	5
15 001 a 20 000	7
20 001 a 35 000	10
35 001 a 50 000	11
50 001 a 100 000	15
100 001 a 300 000	18
300 001 a 500 000	20
500 001 a 700 000	22
700 001 a 1 000 000	25

20. Idéntico criterio mantiene el Departamento de Gobernación de la Generalitat de Cataluña en su Nota explicativa sobre la aplicación en Cataluña de determinados aspectos de la LRSAL.

Esta regla general viene acompañada por dos criterios especiales: por una parte, la previsión de que en las diputaciones el número máximo de miembros en régimen de dedicación exclusiva será el que resulte aplicable al municipio más poblado; y, por otra, la concreción del número específico de miembros en régimen de dedicación exclusiva de los ayuntamientos de Madrid y Barcelona, que no podrá ser superior, respectivamente, a 45 miembros en régimen de dedicación exclusiva en el primer caso, y 32 en el segundo.

Este segundo tipo de limitaciones también han sido objeto de interpretación por parte del MHAP, que en su Nota informativa ha considerado lo siguiente:

✓ Que esta limitación resulta aplicable desde el día 31 de diciembre de 2013, fecha de entrada en vigor de la LRSAL, intención del legislador de la que no podemos albergar ninguna duda a la vista de las motivaciones contenidas en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, por el que se introdujeron tales límites en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en la que se afirma literalmente que “[...] Resulta imprescindible incorporar este límite en la Ley de Presupuestos para que pueda ser efectivo desde la primera nómina a abonar en el mes de enero, [...]”.

✓ Que de la misma manera que el establecimiento de límites máximos a las retribuciones, se trata de una medida aplicable a todas las entidades locales previstas por el artículo 3 de la LRBRL, aplicándose a las comarcas, en su calidad de entidades equivalentes, el mismo régimen y criterios que resulten de aplicación a las diputaciones provinciales.

✓ Que la fecha y fuente a tener en cuenta para determinar el límite poblacional se deriva de las cifras de población, aprobadas con carácter anual mediante real decreto del Consejo de Ministros, que correspondan al año del inicio del mandato corporativo, en base a las cuales se determina el número de concejales y concejalas de cada corporación local con arreglo a lo dispuesto por el artículo 179 de la LOREG, por lo que en este mandato se tendrá que estar a las cifras de población aprobadas por el Real Decreto 1612/2010, de 7 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal de habitantes referidas al día 1 de enero de 2010.

✓ La imposibilidad de incrementar el número de electos en régimen de dedicación exclusiva hasta el

próximo mandato, incluso en aquellas entidades locales que se encuentren por debajo de los límites máximos establecidos.

C) La previsión de una moratoria hasta el 30 de junio de 2015, por la disposición transitoria 10.^a

Ahora bien, la propia LRSAL contempla en su disposición transitoria 10.^a un régimen transitorio, al incluir una moratoria que pospone al día 30 de junio de 2015 su aplicación en aquellas entidades locales que cumplan con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, y cuyo plazo de pago a proveedores no supere en más de 30 días el plazo legalmente previsto.

Esta regla de transitoriedad, permite que las entidades locales cuyos regímenes de dedicación y retributivo se encuentren por encima de los límites legalmente establecidos puedan mantener su *statu quo* vigente en el momento de entrada en vigor de la LRSAL hasta el día 30 de junio del próximo año, incluidos los ayuntamientos de menos de 1000 habitantes, siempre que unos y otros mantengan el cumplimiento de los requisitos económico-financieros requeridos hasta el día 30 de junio de 2015.

Esta previsión también ha sido objeto de interpretación por parte del MHAP, que ha llegado a las conclusiones siguientes:

✓ Que se trata de una previsión aplicable desde la entrada en vigor de la LRSAL, es decir, desde el día 31 de diciembre de 2013, por lo que, entiendo que previo informe del interventor sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por el legislador para que opere dicha moratoria, es susceptible de ser aplicada sin esperar a la publicación oficial de la relación de entidades que los cumplen, por parte de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local del MHAP.

A estos efectos se ha de comprobar y acreditar ante el MHAP la concurrencia de los requisitos exigidos; el de estabilidad presupuestaria, en función de la información fundada que se derive de la liquidación del presupuesto correspondiente al año 2013; el límite de deuda, según los criterios previstos por los artículos 51 y 53 del TRLRHL; y el plazo medio de pago a proveedores, referido exclusivamente a la entidad local principal, pero no a sus entes vinculados, aunque estén clasificados en el sector de Administraciones Públicas, de acuerdo con los ratios y los criterios contenidos en el apartado 4.º del capítulo III.3 de la Nota explicativa que comentamos.

✓ Que esta moratoria también resulta aplicable, como ya hemos indicado, a los municipios de menos de 1000 habitantes, que podrán mantener el régimen que tuvieran vigente a la entrada en vigor de la LRSAL, tanto por lo que se refiere a la existencia de electos en régimen de dedicación exclusiva, como en cuanto al límite máximo de las retribuciones.

✓ Que cuando el MHAP publique la relación de entidades locales que cumplen los requisitos exigidos, aquellas que no se encuentren incluidas deberán proceder a la aplicación inmediata de todas estas limitaciones, lo que nos plantea la duda, teniendo en cuenta la fecha de entrada en vigor de la norma, de si esta aplicación se ha de efectuar con carácter retroactivo, lo que, al menos con una parte de las limitaciones, resulta prácticamente imposible.

4. Régimen vigente de dedicación y retribuciones

En consecuencia, el régimen actualmente vigente de dedicación y retribuciones de los miembros electos de las entidades locales, en los términos y con el alcance que hasta ahora hemos analizado, se concreta en las siguientes determinaciones:

4.1. Medidas a adoptar

A) Consignación presupuestaria

En primer lugar resulta necesario contemplar en el presupuesto una dotación económica adecuada y suficiente para el pago de las retribuciones, indemnizaciones y asistencias de los miembros electos, dentro de los límites máximos establecidos para cada uno de estos conceptos en la LPGE, consignación que, al menos por lo que se refiere a las indemnizaciones, tendrá carácter estimativo, ya que no se puede prever a priori su importe, lo que hace aconsejable su previsión como partida de carácter ampliable.

B) Determinación de responsabilidades

Efectuada la correspondiente consignación presupuestaria y, normalmente, al principio de cada mandato, se procederá al establecimiento previo por el alcal-

de del régimen de delegaciones de sus competencias, y, en su caso, a la aprobación por el pleno de los nombramientos correspondientes de vicepresidencias, así como al establecimiento, por uno u otro órgano, según los casos, de las correspondientes responsabilidades, régimen que, una vez notificado a los afectados, ha de ser expresamente aceptado por estos, en los términos previstos por el artículo 13.4 del ROF, lo que no enerva, a mi juicio, la posibilidad de prever en la correspondiente resolución o acuerdo que se entenderán tácitamente aceptadas estas responsabilidades, si no hay oposición expresa en un plazo concreto o se hace ejercicio de las mismas.

C) Determinación del régimen de dedicación de los electos

A la vista del régimen de delegaciones, nombramientos y responsabilidades establecido²¹, por acuerdo motivado del pleno se procederá a determinar el régimen de dedicación de los concejales y concejales, estableciendo el número de electos en régimen de dedicación exclusiva, el número y el porcentaje de dedicación de electos en régimen de dedicación parcial, y las cuantías de las retribuciones por uno y otro concepto, dentro de los máximos establecidos legalmente, así como los órganos colegiados municipales que generarán derecho a la percepción de asistencias, con determinación de sus correspondientes cuantías.

D) Publicación del régimen de dedicación y retribuciones

Realizados los trámites anteriores, se procederá a la publicación íntegra de las retribuciones correspondientes a los regímenes de dedicación exclusiva y parcial, con detalle de los electos afectados, así como de las indemnizaciones y asistencias, en el BOP y en el tablón de edictos municipal, y, por imperativo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, también se publicarán en la web/sede electrónica las retribuciones percibidas anualmente por los electos, sus declaraciones de bienes y actividades y, en su caso, las indemnizaciones percibidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.8 de la LRBRL, como consecuencia del cese en el cargo, en su calidad de altos cargos.

21. Esta determinación y concreción es fundamental para poder establecer las retribuciones, de ahí que la STSJ de Galicia de 19 de junio de 2002 anulara un acuerdo municipal de establecimiento de retribuciones, por falta de definición de las responsabilidades que lo motivaban.

4.2. Conceptos económicos

A) Retribuciones

Con la reforma introducida en la LRBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se ultima, por ahora, el régimen jurídico de las retribuciones de los miembros electos de las entidades locales, único concepto de carácter retributivo de los que integran actualmente sus derechos económicos, que, si bien resulta incompatible con la percepción de asistencias en la propia corporación, la Ley no se pronuncia respecto de su compatibilidad con la percepción de asistencias en otras entidades locales de cuyos órganos colegiados pueda formar parte el electo, lo que nos hace decantarnos por su compatibilidad y cuestionarnos, en consecuencia, el carácter racionalizador y sostenible de estas medidas.

El derecho a la percepción de auténticas retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su devengo, que como ya hemos comentado con anterioridad pueden estar configuradas por diferentes conceptos retributivos, únicamente lo ostentan los electos a los que se haya reconocido un régimen de dedicación específica –exclusiva o parcial–, y respecto de las cuantías establecidas por el pleno en el marco de los límites generales fijados por el legislador a los que ya nos hemos referido.

Dentro de este marco, no obstante, el pleno no goza de una total discrecionalidad a la hora de determinar estas retribuciones, sino que se encuentra circunscrito, además de por los límites cuantitativos ya comentados, por los siguientes principios:

- El principio de igualdad, de manera que a igual dedicación y responsabilidad correspondería, en principio, igual retribución, al no estar vinculada esta a una determinada representatividad política con la que haya de guardar alguna proporción, sino a la concreta responsabilidad y dedicación al cargo que la justifiquen.
- El principio de proporcionalidad, que genera la obligación de los entes locales de establecer las retribuciones guardando la debida proporcionalidad respecto del régimen de dedicación exclusiva

y, dentro de la dedicación parcial, respecto del porcentaje de dedicación reconocida a cada electo.

Y esto hace que las decisiones plenarias correspondientes deban estar profusamente motivadas, a fin de justificar la viabilidad del reconocimiento del derecho y la legitimidad de las diferencias retributivas.

B) Asistencias

Como ya hemos señalado en el apartado 3.2.C de este trabajo, con la reforma introducida en la LRBRL por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, se culminó la construcción del concepto de “asistencia”, que hoy todavía tenemos vigente, al configurarlas como aquellos derechos económicos, de carácter no retributivo, de los miembros de las corporaciones locales que no tengan reconocido un régimen de dedicación específica –exclusiva o parcial– por su asistencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados municipales de los que formen parte, sean o no de carácter decisorio, respecto de los cuales el pleno corporativo haya establecido este derecho determinando su cuantía.

Son, pues, notas características de este derecho económico las siguientes:

- Se genera respecto de la asistencia a órganos colegiados municipales²², sean decisorios o no.
- Son incompatibles con la percepción de retribuciones municipales y las situaciones de dedicación específica al ayuntamiento.
- No tienen carácter de retribución, ni son fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo, en tanto en cuanto requieren de un presupuesto fáctico cual es la efectiva asistencia a la sesión, de manera que si este no se cumple no se devengan, perdiendo de esta manera la connotación sancionadora que tenían en el derecho anterior, que habilitaba a los alcaldes para sancionar a los concejales y concejales, en determinados supuestos de incumplimiento de sus obligaciones, con la pérdida de retribuciones.
- Su reconocimiento se genera en condiciones de igualdad, bajo el principio de igual órgano igual importe²³.

22. La STS de 20 de diciembre de 1999 considera que no se dan los supuestos de hecho necesarios para que se devengue la asistencia, respecto de la asistencia de un concejal al despacho del alcalde, a requerimiento de este.

23. STS de 1 de diciembre de 1995.

C) Indemnizaciones

De la misma manera que el concepto de asistencias, fue también la reforma introducida en la LRBRL por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la que diseñó el concepto de indemnización que actualmente tenemos vigente, y que se encuentra absolutamente alejado de cualquier connotación retributiva.

Efectivamente, este concepto de indemnización ha de ser interpretado actualmente en sentido estricto, como el derecho de los electos a ser reintegrados por la entidad local de los gastos efectivamente causados como consecuencia del ejercicio del cargo, siempre que estén documentados y se dé entre ellos la debida relación causa-efecto²⁴.

No hay, por tanto, ninguna posibilidad de seguir aplicando la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 18 de enero de 2000 (Ar. 267/2000), 13 de diciembre de 2000 (Ar. 77/2001) y 12 de julio de 2006 (Ar. 6006/2006), respecto de la interpretación del artículo 75 de la LRBRL en su redacción inmediatamente anterior a la reforma del año 2000, que admitió que, a través del ROM y en concepto de indemnizaciones, se pudiera establecer a favor de los electos una compensación económica fija en su cuantía y periódica en su devengo por su dedicación al cargo, por ejercer responsabilidades de gestión y presuponer esta circunstancia un presumible lucro cesante, y ello porque, como ya hemos dicho, a partir de aquella reforma, esta dedicación de los electos se tenía que compensar, o bien mediante retribuciones por dedicación exclusiva o parcial al cargo, en los supuestos de asunción de determinadas responsabilidades de gestión, o bien mediante la percepción de asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de los que formaran parte.

En consecuencia, actualmente, todo intento de instrumentar como indemnizaciones auténticas retribuciones encubiertas ha quedado neutralizado, y así ha sido interpretado sistemáticamente por los tribunales de justicia, que han considerado ajustadas a derecho

las actas de inspección levantadas por la Seguridad Social a determinados ayuntamientos, por considerar que algunas indemnizaciones eran retribuciones encubiertas que tendrían que haber cotizado por este concepto²⁵.

La STS de 4 de febrero de 2002 (Ar. 6788/2002) sí ha considerado, en cambio, que los gastos de representación y defensa en un proceso penal constituyen un supuesto indemnizable, siempre que se den una serie de requisitos:

- Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del electo en una actuación realizada en el cumplimiento de las funciones que como electo tenga atribuidas.
- Que su intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder, o en convergencia con intereses particulares o de su grupo político.
- Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento de los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de estos o su carácter lícito.

4.3. Características y límites

A consecuencia de todo lo anterior, podemos concluir diciendo que, de forma sinóptica, las características y límites de estos derechos económicos de los miembros electos son los siguientes:

A) Derechos económicos de electos en régimen de dedicación exclusiva

- Únicamente en municipios con población superior a 1000 habitantes.
- Hasta un número máximo que se determinará en función de la población y/o naturaleza del ente, de acuerdo con la escala prevista en el artículo 75 ter de la LRBRL.

24. STS de 1 de diciembre de 1995.

25. A título de ejemplo, las sentencias de 12 de diciembre de 2001 (Ar. 588/2001), 18 de noviembre de 2004 (Ar. 595/2004) y 19 de octubre de 2012 (Ar. 803/2012) de los tribunales superiores de justicia de Extremadura, Madrid y Cataluña respectivamente, adoptan este criterio. Esta última sentencia, en concreto, consideró que unas percepciones económicas devengadas mensualmente por miembros del equipo de gobierno, que eran ostensiblemente más altas que las que percibía la oposición, y estaban vinculadas a cometidos institucionales asociados a las funciones de alcaldía y al ejercicio de competencias delegadas de esta, no podían ser concebidas ni como asistencias ni como indemnizaciones, sino únicamente como retribuciones que deberían haber cotizado a la Seguridad Social.

- Con derecho a percibir retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su devengo, dentro de los límites máximos previstos por el artículo 75 bis de la LRBRL.
- Con derecho irrenunciable a ser paralelamente dados de alta en la Seguridad Social con cargo a la entidad local.
- Nacimiento a favor de los electos del derecho a la prestación por desempleo, en los términos previstos por la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, que los incluye en el régimen general de la Seguridad Social y extiende a los mismos la protección por desempleo²⁶.
- Régimen de incompatibilidad absoluta, en los términos previstos para los funcionarios en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, desarrollada por el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, que hemos analizado anteriormente²⁷.
- Derecho a percibir indemnizaciones por gastos efectivos realizados en el ejercicio del cargo.
- Derecho a percibir asistencias por asistencia efectiva a determinados órganos colegiados de otras Administraciones Públicas.

50 % y 25 % previstos en la escala contenida en el artículo 75 bis de la LRBRL.

- Municipios con población superior a 1000 habitantes, en términos que guarden la debida proporcionalidad respecto de las retribuciones previstas para el régimen de dedicación exclusiva, de acuerdo con el porcentaje de dedicación que se establezca por el pleno.
- Con derecho irrenunciable a ser paralelamente dados de alta en la Seguridad Social con cargo a la entidad local, que cotizará, en los términos previstos para los supuestos de pluriactividad, en proporción al régimen de dedicación.
- Nacimiento a favor del electo del derecho a la prestación por desempleo, en los mismos términos que en el régimen de dedicación exclusiva.
- Posibilidad de simultanear este régimen de dedicación, en los términos anotados en este trabajo, con otras actividades.
- Derecho a percibir indemnizaciones por gastos efectivos realizados en el ejercicio del cargo.
- Derecho a percibir asistencias por asistencia efectiva a determinados órganos colegiados de otras Administraciones Públicas.

B) Derechos económicos de electos en régimen de dedicación parcial

- Únicamente si ostentan la presidencia o vicepresidencia de órganos colegiados, decisorios o no, delegaciones de la alcaldía, o si desarrollan responsabilidades que así lo requieran, fuera de su jornada laboral en el sector público.
- Con derecho a la percepción de retribuciones en los siguientes términos:
 - Municipios con población inferior a 1000 habitantes, en los términos y porcentajes del 75 %,

C) Derechos económicos de electos sin régimen de dedicación específica

El resto de miembros electos que no se encuentren en régimen de dedicación exclusiva o parcial, tendrán derecho a percibir asistencias, en régimen de igualdad, es decir, por el mismo importe respecto de un mismo órgano, en los términos y cuantías establecidos por el pleno, siempre que asistan de forma efectiva a las sesiones de los órganos colegiados municipales, decisorios o no, que tengan reconocido el derecho a devengar estas asistencias. ■

26. La STSJ de Madrid de 19 de enero de 2012 (Ar. 244/2012) consideró ajustada a derecho una resolución que denegaba este derecho a un concejal que había renunciado voluntariamente a su condición de alcalde retribuido, y al que luego se denegó en sede municipal el derecho a ejercer su cargo en régimen de dedicación exclusiva y parcial, por entender que para poder generar una prestación por desempleo desde su condición de concejal, habría sido necesario constatar una atribución de responsabilidades con dedicación exclusiva o parcial y un posterior cese en las mismas de forma involuntaria, y no proceder en su momento desde su anterior condición de alcalde, por considerar que su cese voluntario como tal era equivalente al cese voluntario de una relación laboral.

27. La STSJ de Castilla y León de 2 de febrero de 1998 (Ar. 138/1998) ya matizaba que este régimen de dedicación era incompatible con la pensión de jubilación, que tenía que quedar en suspenso, pero sí, en cambio, era compatible con las pensiones por invalidez permanente parcial o gran invalidez, por entender que en este caso no tienen carácter de retribución.

Reforma de la Administración Pública y unidad de mercado: incidencias en el régimen de intervención municipal en la actividad económica privada¹

Dolors Canals i Ametller

Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Girona

1. Introducción

2. Reforma en curso de la Administración Pública y racionalización de la Administración local

2.1. La reforma en curso de la Administración Pública: principios, organización y contenido

2.2. Los antecedentes: Directiva de Servicios y política de mejora normativa

2.2.1. Directiva de Servicios

2.2.2. Política de mejora normativa

2.3. La progresiva reducción de la intervención municipal en la actividad económica privada

2.3.1. Modificaciones sucesivas del artículo 84 de la Ley de Bases del Régimen Local

2.3.2. La inexigibilidad de licencia municipal

2.3.3. La racionalización y sostenibilidad de la Administración local

3. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Un nuevo sistema de control preventivo de la actividad económica privada

3.1. La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Su extensión a las autoridades y normas locales

3.1.1. Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación

3.1.2. Principios generales de garantía de la libertad de establecimiento

3.1.3. Validez extraterritorial de las normas y eficacia nacional de los medios de intervención

3.1.4. Convergencia normativa y arquitectura institucional: el Consejo para la Unidad de Mercado y las Conferencias Sectoriales

3.1.4.1. Convergencia normativa y cooperación en la elaboración de proyectos normativos

3.1.4.2. Arquitectura institucional: el Consejo para la Unidad de Mercado y las Conferencias Sectoriales

3.2. El nuevo sistema de control preventivo de la actividad económica privada: reserva de ley para el régimen de licencia y margen de decisión de los Gobiernos locales

Resumen

Este artículo analiza las incidencias que las últimas modificaciones legislativas derivadas de la reforma administrativa en curso, en especial la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, tienen en el régimen de control preventivo de la actividad económica privada y en la autonomía de los Gobiernos locales.

Palabras clave: *reforma de la Administración Pública; actividad económica; mejora regulatoria; unidad de mercado; autonomía local; Gobiernos locales.*

Artículo recibido el 10/09/2014; aceptado el 02/10/2014.

1. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación ANACOBÉ [“Análisis de costes y beneficios del Derecho Público: métodos e instrumentos para la mejora de la regulación”, (DER2012-31112)], financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que soy investigadora principal.

Public Administrations' reform and the single market: some issues regarding the municipal intervention on the private economic activity

Abstract

This article analyses the latest legislative measures in the field of the current reform of public administrations, especially the Law for safeguarding the Single Market. The article focuses its attention on the impact of these measures on the previous local authorization schemes of private economic activity and the autonomy of local governments.

Keywords: *reform of public administration; economic private activity; better regulation; single market; local autonomy; local governments.*

1. Introducción

Los Gobiernos locales se han visto afectados de lleno por la reforma administrativa en curso y, de manera particular, por dos textos legales aprobados a finales del pasado año, si bien solo la tramitación de uno de ellos acaparó nuestra atención. Me refiero a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Ambas leyes inciden, en distinta medida y con alguna que otra incoherencia normativa, en el régimen de intervención municipal en la actividad económica privada que parte de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. En este trabajo se analizan las sucesivas modificaciones que ha sufrido este régimen de intervención, y, en concreto, el nuevo sistema de control preventivo del acceso y ejercicio de la actividad económica que articula la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado; una Ley que parece menoscabar aún más la autonomía local en su afán de racionalizar el marco normativo y la intervención pública en la actividad privada.

2. Reforma en curso de la Administración Pública y racionalización de la Administración local

2.1. La reforma en curso de la Administración Pública: principios, organización y contenido

Venía siendo un lugar común la opinión respecto de la necesidad de una reforma de enjundia de la Administración Pública española en aras de su racionalización. Sin embargo, han sido los momentos más crudos de la presente crisis económica y financiera los que la han precipitado, junto con las exigencias que la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera², impone a las instancias administrativas, siendo sin duda las corporaciones locales las más afectadas³.

Los principios o ejes sobre los que pivota la ambiciosa reforma administrativa son: la disciplina presupuestaria y la transparencia pública; la racionalización del sector público, la supresión de órganos y entidades duplicadas, ineficientes o no sostenibles; la simplificación administrativa y normativa; y la mejora de la eficiencia de las Administraciones Públicas. En suma, se trata, por una parte, del “adelgazamiento y la racionalización” de la Administración Pública⁴, y, por otra, del

2. Véanse las sugerentes reflexiones de ESTEVE PARDO, J., “La evolución del garantismo: de las garantías personales a las garantías del Estado. La reforma constitucional para la estabilidad presupuestaria y contención del déficit”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 46, 2013, pp. 1-13.

3. Sobre ello, ESTEVE PARDO, L., “El impacto del principio de estabilidad presupuestaria sobre los Gobiernos locales”, *Anuario del Gobierno Local 2012. Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?*, Fundación Democracia y Gobierno Local/Institut de Dret Públic, Madrid/Barcelona, 2013, pp. 153-172.

4. Así se afirma en el Resumen Ejecutivo del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (“Informe CORA”), en el apartado de resultados.

establecimiento de una “Administración neutral” ante la actividad económica, en términos de regulación normativa⁵.

Por las características con las que se presenta e implementa la reforma, puede afirmarse que nos sitúa ante una auténtica política pública, con una arquitectura institucional específica, y que parte de o persigue –según se mire– un nuevo modelo de Estado. Es, por lo demás, una política de cariz internacional, porque cumple con compromisos adquiridos con las instancias europeas y con otras organizaciones supranacionales, muy atentas a esta reforma por las consecuencias que en la situación económica española pueda tener a medio y largo plazo⁶. Por lo tanto, esta reforma no surge de la nada. Se fuerza por las autoridades europeas, que la propician o alientan⁷, y cuenta con varios antecedentes.

Como es sabido, para idear la reforma se crea la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA, en sus iniciales) por Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012⁸. Esta Comisión tiene como encargo principal elaborar el Informe “Reforma de las Administraciones Públicas” (el llamado

“Informe CORA”), que fue presentado al Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013, aunque su función no acaba aquí, pues continúa con el proceso de actuaciones a ejecutar, con plazos bien marcados, para simplificar procedimientos, reducir cargas administrativas a los ciudadanos y empresas, y evitar solapamientos y duplicidades entre Administraciones⁹.

La continuidad de la reforma se acredita con la creación, por el Real Decreto 479/2013, de 21 de junio¹⁰, de la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración (OPERA, en sus siglas), que ha de velar por la ejecución de las medidas incluidas en el Informe CORA. Asume, además, su seguimiento, impulso, coordinación y evaluación permanente, estando facultada para formular nuevas propuestas. Debe, asimismo, elaborar un informe trimestral con el resumen del nivel de ejecución de dichas medidas, y otro anual que será elevado al Consejo de Ministros sobre las medidas ejecutadas y las pendientes¹¹.

Por último, en lo que al contenido de la reforma administrativa se refiere, el Informe CORA enumera una lista de modificaciones legislativas y actuaciones concretas¹², algunas de las cuales han sido ya aproba-

5. La expresión se recoge en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, de 24 de enero de 2013.

6. El “Informe CORA” cuenta con el interés de los organismos internacionales, entre ellos la OCDE, que realizó una revisión del modelo y un informe sobre las propuestas de la reforma administrativa en curso, así como de la Comisión Europea. En este sentido, recomendando la lectura del Informe *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*, de la colección *OECD Public Governance Reviews*, OECD Publishing, julio 2014.

7. En concreto, sobre la imposición de la reforma local por las instancias europeas se han pronunciado FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., “Gobierno local y reorganización territorial: ¿la reforma vendrá de Europa?”, *Anuario del Gobierno Local 2011. Gobierno local: ¿crisis o renovación?*, Fundación Democracia y Gobierno Local/Institut de Dret Públic, Madrid/Barcelona, 2012, p. 13.

8. La CORA se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, siendo su presidente el subsecretario de Presidencia, y la vicepresidenta la subsecretaria del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

9. Para ello, la Comisión se organiza en las 4 subcomisiones siguientes: Duplicidades administrativas / Simplificación administrativa / Gestión de servicios y medios comunes / Administración institucional.

10. La Oficina se adscribe orgánicamente al Ministerio de la Presidencia, a través de la vicepresidenta del Gobierno y ministra de la Presidencia, y tiene dependencia funcional conjunta del Ministerio de la Presidencia y del de Hacienda y Administraciones Públicas.

11. Puede consultarse el primer Informe de seguimiento de OPERA, de septiembre de 2013, así como el Informe anual de seguimiento de las medidas de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, de 17 de enero de 2014, y el Informe trimestral de marzo de 2014, todos ellos en http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/reforma_aapp.html (última consulta: 27 de agosto de 2014).

12. Así, según se detalla en el mismo Informe CORA: Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas (para impulsar un marco básico pero común de la tipología de organismos públicos); Ley de procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas; reformas en materia de contratación pública (establecimiento de la Plataforma Única de Contratación del Sector Público y medidas de simplificación administrativa en los procedimientos de contratación); reforma de la Ley de Subvenciones; creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (para velar por el estricto cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en todos los niveles de la Administración, evaluar el ciclo presupuestario, la deuda pública y las previsiones macroeconómicas, y analizar la ejecución de las políticas fiscales); conexión de bases de datos y registros públicos estatales y autonómicos; creación

das, entre ellas las que ahora nos interesan, esto es: la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

2.2. Los antecedentes: Directiva de Servicios y política de mejora normativa

2.2.1. Directiva de Servicios

Entre los antecedentes de esta reforma y, en particular, de la filosofía de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, se encuentra, de manera señalada, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios, en lo sucesivo), y su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como Ley Paraguas)¹³.

Cabe recordar, en primer lugar, que, junto con el principio de simplificación administrativa como principio rector de la intervención pública en la actividad económica de servicios, la legislación básica de trasposición de la Directiva comunitaria introduce una reserva de ley –reserva impropia por no estar prevista en la Constitución, y a la que no obliga la Directiva– para el establecimiento de regímenes de autorización. Así, según el artículo 5 de la Ley Paraguas, la “normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen”. Estas condiciones no son otras que la no discriminación, la necesidad y la proporcionalidad; es decir, que el régimen de autorización “no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el terri-

torio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social” [letra a) del artículo 5]; que esté justificado por razones de interés general, en particular “por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado” [letra b) del artículo 5 de la Ley Paraguas en la nueva redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre]; y, por último, que el régimen de autorización “sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad” [letra c) del artículo 5 de la Ley Paraguas].

Luego, solo el legislador, una vez valorada, ponderada y motivada con razones suficientes la concurrencia de tales condiciones en cada caso concreto, está legitimado para subordinar el acceso y ejercicio de una actividad económica de servicios al requisito de solicitar una autorización, como medida de policía administrativa en su sentido más estricto. Queda con ello vetada la posibilidad de que las corporaciones locales, mediante ordenanza, contemplen idéntico requisito si no han estado habilitadas previamente por la legislación sectorial estatal o autonómica.

En segundo lugar, cabe mencionar que ya la Ley Paraguas establecía la eficacia nacional de las autorizaciones –o de cualquier medida de control preventivo–

de plataformas estatales de formación de empleados públicos o de gestión de centros formativos; medidas para la codificación del derecho; manuales de reducción de cargas / de racionalización y eliminación de duplicidades administrativas; grandes proyectos de simplificación administrativa sectorial: procedimientos ambientales; dominio público hidráulico; gestión del dominio público marítimo-terrestre; gestión de residuos; autorización ambiental integrada; procedimientos de evaluación ambiental y responsabilidad ambiental, entre otros; e impulso de la administración electrónica.

13. Véase su exposición de motivos. En ello también coinciden los autores que han analizado este nuevo y polémico texto; véanse, entre otras, las distintas aportaciones de ALONSO MAS, M.^a J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014.

para el acceso a las actividades de servicios¹⁴, con lo que la “realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales” (artículo 7.3). No obstante lo anterior, “las Administraciones Públicas podrán otorgar autorizaciones o solicitar comunicaciones o declaraciones responsables a los prestadores cuya eficacia esté limitada a una parte específica del territorio cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, resulte proporcionado y no discriminatorio y de forma suficientemente motivada. Asimismo, podrá exigirse una autorización, una comunicación o una declaración responsable individual para cada establecimiento físico cuando esté justificado por una razón imperiosa de interés general, resulte proporcionado y no discriminatorio. Cuando el prestador de servicios ya esté establecido en España y ejerza legalmente la actividad, estas autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente al establecimiento físico a partir del cual pretende llevar a cabo dicha actividad”. Este último apartado transcrito del artículo 7.3 de la Ley Paraguas ha sido rectificado por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, para clarificar las condiciones a valorar para los

medios de intervención que han de aplicarse a los establecimientos físicos¹⁵.

Así pues, el nuevo sistema de intervención pública en la actividad privada que se diseña por la reforma administrativa en curso bebe de los cambios iniciados con la trasposición interna de la Directiva de Servicios. Estos cambios tuvieron en su momento un fuerte impacto en el ámbito de competencias de las entidades locales, impacto que parece agravarse con la aprobación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

2.2.2. Política de mejora normativa

De igual forma han de ser consideradas antecedentes de la reforma presente de la Administración Pública la política y estrategias de mejora regulatoria desarrolladas en Europa en los últimos lustros y más recientemente en España, y que engarzan con los objetivos de la Directiva de Servicios, orientados a la mejora de la competitividad de las pequeñas y medianas empresas¹⁶.

El exceso de regulación –o de mala regulación económica– y de intervención pública justifica en gran medida, desde esta perspectiva, la reducción del control administrativo de la actividad privada y, con ello, de la intensidad de la regulación, mediante la eliminación de

14. En clara concordancia con su artículo 4, relativo a la libertad de establecimiento en todo el territorio nacional.

15. La redacción vigente del apartado 3 del artículo 7 de la Ley Paraguas es (disposición final segunda de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado):

“3. La realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales.

“Los medios de intervención que se apliquen a los establecimientos físicos respetarán las siguientes condiciones:

“a) Podrá exigirse una autorización para cada establecimiento físico cuando sea susceptible de generar daños al medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, evaluándose este riesgo de acuerdo con las características de las instalaciones.

“b) Podrá exigirse una declaración responsable para cada establecimiento físico cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por una razón imperiosa de interés general.

“c) Podrá exigirse una comunicación cuando, por razones imperiosas de interés general, éstas deban mantener un control sobre el número o características de las instalaciones o infraestructuras físicas en el mercado.

“El medio de intervención deberá resultar proporcionado y no discriminatorio. Cuando el prestador de servicios ya esté establecido en España y ejerza legalmente la actividad, estas autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente al establecimiento físico a partir del cual pretende llevar a cabo dicha actividad”.

16. Sobre esta política y su implementación en España, véanse: BETANCOR, A., *Mejorar la Regulación. Una guía de razones y medios*, Marcial Pons/Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2009; PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas? Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 201-243; CANALS I AMETLLER, D., “Mejora normativa y reducción de cargas administrativas”, *Informe Comunidades Autónomas 2009*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2010; las contribuciones de GAMERO CASADO, E. (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; y RIVERO ORTEGA, R., *Mejora regulatoria, descarga burocrática y Pymes*, Ratio Legis, 2014.

requisitos y condicionantes normativos para el acceso y ejercicio de la actividad económica.

La reforma en este aspecto se proyecta a través de dos vías distintas pero complementarias: por una parte, a través de la desregulación impuesta por medidas legislativas transversales que afectan a cualquier tipo de actividad económica; y por otra, con una especie de regulación básica del procedimiento de elaboración de disposiciones generales –estatales, autonómicas e, incluso, locales– para incidir en su contenido normativo, a modo de “regulación de la regulación”. Ambas vías se contemplan en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en aras, justamente, de la mejora normativa.

El exceso de regulación con incidencia económica motiva, pues, que esta particular actividad pública, la actividad normativa, sea a su vez intervenida para ser ordenada, simplificada y racionalizada, y que, con posterioridad, su aplicación sea evaluada y supervisada para, si es necesario, modificarla o derogarla. Se trata, en suma, de regular el ejercicio de la potestad normativa de las instancias gubernamentales que la tienen constitucional y estatutariamente reconocida, con el establecimiento de pautas legales, trámites reglamentarios obligatorios, y mecanismos de cooperación interadministrativa en la elaboración de normas jurídicas.

Las innovaciones más recientes en el proceso regulatorio, se concretan en la introducción de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo en el procedimiento de elaboración de proyectos normativos, por parte del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, en desarrollo de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno¹⁷, y en la adopción de guías metodológicas para la ejecución de las evaluaciones de impacto que dichos documentos deben contener¹⁸.

La mejora regulatoria en España se impulsa con fuerza con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que establece los principios de buena regulación económica que han de regir las iniciativas normativas (artículo 4), y la obligación de realizar análisis previos “para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios y desproporcionados” (artículo 5.1). La Ley impone también a las Administraciones Públicas –las locales incluidas– el deber de revisar periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y a los objetivos de sostenibilidad (artículo 6.1). Por último, en el marco del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios¹⁹, insta a la cooperación interadministrativa “para promocionar el análisis económico de la regulación y, en particular, evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas al funcionamiento de los mercados e impulsar iniciativas de reforma en este ámbito” (artículo 6.3).

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, avanza aún más en la intervención de la potestad normativa de las autoridades competentes, en aras de la mejora de las normas con incidencia en la actividad económica, lo que nos lleva a concluir que los objetivos anteriores de buena regulación no se han cumplido. En particular, la Ley extiende la aplicación de los principios de eficacia nacional de los medios de control preventivo y de reserva de ley para el régimen de autorización al acceso y ejercicio de cualquier tipo de actividad de contenido económico, e impone la cooperación interadministrativa en la elaboración de proyectos normativos (artículo 14) y la evaluación periódica de las normas (artículo 15).

17. Si bien este instrumento de mejora normativa se contemplaba con anterioridad en el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica en Cataluña. Sobre ello, véase con más detalle CANALS I AMETLLER, D., “La simplificación administrativa en Cataluña en el marco de la política pública de mejora regulatoria”, en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación...*, op. cit., pp. 343-385, y la bibliografía que ahí se cita (pp. 383-385); y, más recientemente, REVUELTA PÉREZ, I., “Análisis de Impacto Normativo y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, 2014, pp. 83-126.

18. Por citar dos ejemplos: la “Guía Metodológica para la realización y estructuración de la memoria de análisis de impacto normativo”, aprobada por Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009; y la “Guía de Buenas Prácticas para la elaboración y revisión de la normativa con incidencia en la actividad económica”, aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña el 13 de abril de 2010 (DOGC núm. 5609, de 16 de abril).

19. Creado por la Ley 17/2009, de 23 de diciembre (disposición adicional tercera), como órgano de cooperación multilateral, integrado por representantes de la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales. El Comité funciona –o venía funcionando– en pleno y en Comisión Local para la Mejora de la Regulación.

Dejando a un lado la dudosa constitucionalidad de alguno de sus preceptos por la presumible afectación de competencias de las comunidades autónomas²⁰, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado incide de manera clara en la autonomía local, porque reduce a mínimos el poder de decisión de los Gobiernos municipales respecto de las actividades que se ejercen en su territorio. Por otra parte, apenas los considera en el entramado institucional en el que ha de tener lugar la cooperación que la Ley impone para la tramitación de proyectos normativos (artículo 14 en relación con los artículos 10 y 12), pues dicha cooperación parece dirigirse a las autoridades autonómicas y no tanto a las locales. Será, sin embargo, en este marco de cooperación entre autoridades reguladoras, en el que habrá que buscar soluciones a las incoherencias normativas existentes entre el régimen de intervención en la actividad económica, rectificado por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y el sistema de control preventivo que, pocos días antes, implanta la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado para cualquier sector económico.

2.3. La progresiva reducción de la intervención municipal en la actividad económica privada

2.3.1. Modificaciones sucesivas del artículo 84 de la Ley de Bases del Régimen Local

El régimen de intervención municipal en el acceso y ejercicio de la actividad económica privada –caracterizado por la exigencia de licencia y la regulación por ordenanza de las condiciones y requisitos de ejercicio– se ha rectificado progresivamente desde la trasposición de la Directiva de Servicios²¹. La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su

adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus, en lo sucesivo), introdujo tres preceptos legales que afectaron de lleno a las competencias locales en los distintos sectores de intervención.

En primer lugar, la Ley Ómnibus dio nuevo contenido al artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, según el cual las entidades locales pueden intervenir la actividad de los ciudadanos a través de: ordenanzas y bandos (letra a del artículo 84.1); previa licencia y otros medios de control preventivo, si bien “cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma” (letra b del artículo 84.1); comunicación previa y declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (letra c del artículo 84.1); control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma (letra d del artículo 84.1); y órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo (letra e del artículo 84.1).

De acuerdo con el mismo precepto, cualquiera que sea la actividad de intervención de las entidades locales “se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue” (artículo 84.2); y las “licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales” (artículo 84.3).

20. Sobre la inconstitucionalidad de esta Ley se han pronunciado muchos autores, entre ellos TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 19, 2014, pp. 144-177; y ALONSO MAS, M.^a J., “Los títulos competenciales”, en ALONSO MAS, M.^a J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado...*, op. cit., pp. 217-292. Es también de interés el Dictamen del *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* núm. 5/2014, de 14 de febrero.

21. Sobre esta rectificación progresiva y su eventual inconstitucionalidad son de interés las consideraciones de QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA, “Ley, derechos fundamentales y libertades económicas: la intervención local en servicios y actividades”, *Revista de Administración Pública*, núm. 192, 2013, pp. 53-97. Véase, también, NOGUEIRA LÓPEZ, A., “El régimen de intervención local en las actividades privadas”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 341-363; y con anterioridad, de la misma autora, “Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades. ¿Reactivación económica o pretexto desregulador?”, *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2012, pp. 121-181.

En segundo lugar, la Ley Ómnibus añadió a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el artículo 39 bis, relativo a los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad, y el artículo 71 bis, sobre la declaración responsable y la comunicación previa, técnicas ambas de simplificación y sustitución de la autorización administrativa y de ciertos trámites burocráticos.

La intervención municipal en la actividad económica fue objeto de reforma posterior por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con la introducción de los artículos 84 bis y 84 ter en la Ley 7/1985, de 2 de abril, para continuar “el esfuerzo de remoción de los obstáculos administrativos iniciado con las normas de trasposición de la Directiva de Servicios”, y “restringir la posibilidad de exigir licencias a aquellas actividades en las que concurren razones imperiosas de interés general, vinculadas con la protección de la salud o seguridad públicas, el medioambiente o el patrimonio histórico-artístico”²².

De acuerdo con el nuevo artículo 84 bis de la Ley de Bases del Régimen Local, y sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 84, “con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende

proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente”. Y, en particular, para el ejercicio de actividades que no precisen autorización previa, “las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial” (artículo 84 ter). Para ello, la Ley de Economía Sostenible enmienda 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, y habilita a las corporaciones locales a cobrar tasas por las actividades de verificación de aquellas actividades no sujetas a autorización o control previo (artículo 42)²³.

2.3.2. La inexigibilidad de licencia municipal

La afectación directa del margen de actuación de las entidades locales en la actividad económica se acentúa poco después con la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (Ley de Comercio Minorista)²⁴. La Ley pretende eliminar los supuestos de licencia municipal motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, para las actividades comerciales minoristas y para la prestación de los servicios que detalla en su anexo²⁵, “realizados a través de establecimientos permanentes, situados en cualquier parte del territorio nacional, y cuya superficie útil de explotación y venta al público no sea superior a 300 metros cuadrados” (artículo 2), y que en la actualidad se ha ampliado a una capacidad no superior a 750 metros cuadrados (disposición final 3.ª de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado).

22. Apartado IV de la exposición de motivos de la Ley de Economía Sostenible.

23. De acuerdo con la nueva redacción del artículo 20.4.i de la Ley de Haciendas Locales, las tasas se cobrarán por el “otorgamiento de las licencias de apertura de establecimiento, así como por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo”. Este apartado fue de nuevo modificado por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

24. El texto legal es el resultado de la convalidación y tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas de liberalización del comercio y de determinados servicios, cuyo objeto es “el impulso y dinamización de la actividad comercial minorista y de determinados servicios mediante la eliminación de cargas y restricciones administrativas existentes que afectan al inicio y ejercicio de la actividad comercial, en particular, mediante la supresión de las licencias de ámbito municipal vinculadas con los establecimientos comerciales, sus instalaciones y determinadas obras previas” (artículo 1).

25. El anexo ha sido modificado por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización (disposición final séptima).

La inexigibilidad de la licencia municipal alcanza al inicio y desarrollo de las actividades y servicios mencionados en el anexo de la Ley, hasta el punto de que impone la prohibición –con amenaza de sanción de nulidad de pleno derecho– a las Administraciones o entidades del sector público de exigir la obtención de licencia de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, o de otras de clase similar o análogas, para el ejercicio de una actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente (artículo 3.1). Tampoco estarán sujetos a licencia los cambios de titularidad de las actividades comerciales y de servicios, los cuales se someten al régimen de comunicación previa a la Administración competente “a los solos efectos informativos” (artículo 3.2). Se considera asimismo innecesaria la licencia para la realización de obras ligadas al acondicionamiento de locales para desempeñar la actividad comercial, cuando aquellas no requieran de proyecto de conformidad con el artículo 2.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (artículo 3.3).

La inexigibilidad de licencia no regirá, sin embargo, respecto de las obras de edificación que fuesen precisas conforme al ordenamiento vigente, “las cuales se seguirán regulando, en cuanto a la exigencia de la licencia previa, requisitos generales y competencia para su otorgamiento, por su normativa correspondiente” (artículo 3.4), y tampoco para las actividades comerciales desarrolladas en establecimientos que tengan algún impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público (artículo 2.2).

Por consiguiente, se podrá iniciar la ejecución de obras e instalaciones y el ejercicio de la actividad comercial con la simple presentación de una declaración responsable, o una comunicación previa, en la que el empresario declare cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente y estar en posesión del justificante del pago del tributo correspondiente, cuando sea preceptivo (artículo 4.1). Cabe interpretar que el hecho imponible que este tributo grava, aunque de manera anticipada, es la actuación administrativa inmediatamente posterior al registro de la

comunicación o declaración correspondiente, que consistirá, como mínimo, en el trámite interno de verificación de los datos y hechos comunicados o declarados por el interesado y de contraste del supuesto de hecho con la normativa aplicable. De otro modo se dejaría también en manos de los particulares interesados el cotejo normativo y la decisión respecto del régimen de intervención aplicable al caso concreto. En este sentido se modifica, a mi parecer, la Ley de Haciendas Locales por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre²⁶.

2.3.3. La racionalización y sostenibilidad de la Administración local

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, corrige otra vez el artículo 84 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, para restringir aún más la solicitud de licencias y diferenciar el régimen de intervención en las actividades económicas del régimen de intervención sobre las instalaciones o infraestructuras físicas (artículo 20).

Según el nuevo redactado, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de régimen local, por una parte, no se requerirá licencia u otro medio de control preventivo para el ejercicio de actividades. No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto de aquellas actividades económicas: “a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no pueden salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación; b) Cuando por la escasez de los recursos naturales, la utilización del dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado” (artículo 84 bis.1). Por otra parte, las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas “sólo se someterán a un régimen de autorización cuando lo esta-

26. Véase la disposición final primera de la Ley, que da nueva redacción al artículo 20.4.i de la Ley de Haciendas Locales, según la cual las tasas se cobrarán por el “otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa”.

blezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes: a) la potencia eléctrica o energética de la instalación; b) la capacidad o aforo de la instalación; c) la contaminación acústica; d) la composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración; e) la existencia de materiales inflamables o contaminantes; f) las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico” (artículo 84 bis.2).

Con ello, la concurrencia de los riesgos que justifiquen la solicitud de autorización para las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para la actividad económica solo podrá ser evaluada por el legislador sectorial, a cuya voluntad quedan subordinadas las corporaciones locales a partir de ahora también para el establecimiento de tal requisito o control previo, con la consiguiente afectación del principio de autonomía local²⁷.

En definitiva, exceptuando la autorización para infraestructuras físicas en los supuestos que determine una norma con rango de ley, la regla general imperante es la no sumisión de la actividad económica de los particulares –sea o no de servicios– a ningún control preventivo, salvo que concurren razones imperiosas de interés general (orden público, seguridad y salud pública o protección del medio ambiente), o se encuentren limitados los operadores económicos por ser escasos los bienes públicos sobre los que se desarrollan las actividades.

Por lo tanto, la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local va mucho más allá que las modificaciones operadas con anterioridad, con claro perjuicio para las Administraciones locales²⁸; un perjuicio que se agrava, además, con la reserva de ley que contempla la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado para el establecimiento del régimen de autorización para el acceso y ejercicio de cualquier actividad económica, así como para las instalaciones e infraestructuras físicas necesarias (artículo 17.1). En mi opinión, esta reserva complica enormemente la situación, porque no encaja con la habilitación a las corporaciones locales para que, vía ordenanza, puedan acordar un régimen de licencia siempre y cuando justifiquen la concurrencia de alguna concreta razón imperiosa de interés general o la escasez de los recursos públicos afectados (artículo 84 bis.1)²⁹. Menos se ajusta a esta reserva legal el artículo 84 bis, en su apartado 3, cuando puntualiza que: “En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad local y otra Administración, la Entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente”. Si las entidades locales, mediante ordenanza, no pueden establecer la exigencia de licencia previa, no tiene ningún sentido imponerles el deber de justificar su necesidad³⁰.

Puestas de relieve estas incoherencias entre los dos textos legislativos aprobados con pocos días de diferencia, veamos a continuación cómo incide, en particular, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en el ámbito de autonomía de las corporaciones locales.

27. Así lo entiende también BASSOLS COMA, M., “La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 34 (monográfico sobre *La revisión del Gobierno y la Administración Local en la Ley 27/2013*), febrero de 2014, pp. 20-46 (en concreto, p. 38), quien, además, interpreta que este régimen de intervención es independiente de las licencias urbanísticas para desarrollar las actividades económicas, especialmente cuando se requiera la realización de obras.

28. En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno municipal”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 34 (monográfico sobre *La revisión del Gobierno y la Administración Local en la Ley 27/2013*), op. cit., p. 19.

29. Son de interés, en este mismo sentido, las consideraciones de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., “Liberalización y simplificación administrativa”, *Anuario del Gobierno Local 2013. ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local/Institut de Dret Públic, Madrid/Barcelona, 2014, pp. 151-201, en concreto pp. 182 a 186.

30. No parece entenderlo así ALONSO MAS, M.ª J., “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (dir.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, pp. 439-476; en concreto p. 457.

3. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Un nuevo sistema de control preventivo de la actividad económica privada

3.1. La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Su extensión a las autoridades y normas locales

3.1.1. Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación

La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias “para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional”, “garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución” (artículo 1.1).

Por eso, la Ley se aplica solo “al acceso a actividades económicas en condición de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional” (artículo 2). Es decir, desde la perspectiva objetiva, no se hallan sujetas ni a sus principios ni a su regulación aquellas actividades de carácter económico que no se ejerzan en tales condiciones de mercado, con lo que no es de aplicación a las actividades económicas de titularidad pública. En cuanto a las actividades económicas privadas, el alcance de la norma es absoluto, sin definición exacta de los sectores afectados por su regulación³¹, lo que generará problemas y conflictividad de difícil solución. La Ley solo exige que se encuentren establecidas en el territorio nacional, y es el lugar de establecimiento o de origen el que determina, además, la normativa aplicable al ejercicio de la actividad económica concreta (artículo 19).

Pero el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado no se ciñe a cual-

quier actividad privada de contenido económico. Se extiende también a cualquier tipo de actuación administrativa y a cualquier tipo de norma jurídica –e, incluso, norma técnica– que pueda afectar a los operadores económicos. No deja lugar a dudas su artículo 3, al establecer que “ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que supongan discriminación entre operadores”. Luego la Ley se aplica, indiscutiblemente, a las disposiciones de carácter general, ya sean leyes o reglamentos, ya sean estatales o autonómicos, y a las ordenanzas y reglamentos municipales.

Más en concreto, están sujetos a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: a) las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad o que incidan en ella; b) las autorizaciones, licencias, concesiones administrativas, y el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizatoria en materia económica; c) la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos; d) los actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones para el acceso o ejercicio de la actividad económica; e) los estándares de calidad emanados de normas o consejos reguladores, así como los actos que acrediten su cumplimiento; f) cualesquiera otros actos, resoluciones o procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos (artículo 9.2). Todas estas actuaciones públicas –que abarcan la práctica totalidad del actuar de nuestras Administraciones– están sometidas a los principios que instaura la Ley, y las autoridades competentes han de velar para que se cumplan (artículo 9.1).

En suma, el ámbito objetivo de aplicación de la Ley se extiende, por una parte, a las actividades económicas privadas, sus establecimientos e infraestructuras físicas, y a los productos, bienes y servicios; y, por otra, a los procedimientos y actos administrativos de intervención –previa y de control posterior– en el acceso y ejercicio de la actividad económica, a los contratos públicos y a las concesiones administrativas, y a todas las disposiciones de carácter general, incluidas las leyes, así como a las normas técnicas de calidad.

31. En este sentido, el Consejo Económico y Social considera inadecuada la uniformidad o universalización que otorga la Ley a la regulación del acceso y el ejercicio de las actividades económicas, “puesto que las especificidades de cada actividad y de los sectores económicos requieren de un tratamiento diferenciado, debiéndose establecer, asimismo, unos requisitos de regulación razonables e igualmente diferenciados”. Véase el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley, de 18 de abril de 2013, p. 10.

En lo que al ámbito subjetivo se refiere, la Ley alcanza a los operadores económicos –no solo porque son los beneficiarios principales de la regulación y medidas que establece, sino también del sistema de garantías procedimentales y jurisdiccionales que contempla (artículos 26 a 28)³²–, y, desde la óptica pública, se aplica a las autoridades competentes, entendidas como “cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, los consejos generales y autonómicos de colegios profesionales” (Anexo).

Nos situamos, no cabe duda, ante una Ley transversal, incluso universal respecto de la actividad económica privada y los operadores económicos a los que atañe, pero también respecto de la actividad pública, incluida la normativa, y las autoridades implicadas en su cumplimiento.

3.1.2. Principios generales de garantía de la libertad de establecimiento

El principio-eje de la Ley es, cómo no, el principio de unidad de mercado, que se “fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de los bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica” (artículo 1).

A partir de esta regla básica, La Ley concreta los principios específicos de garantía de la libertad de es-

tablecimiento y la libertad de circulación³³, que son: el principio de no discriminación (artículo 3); el principio de cooperación y confianza mutua (artículo 4), que no es otro que el principio de lealtad institucional; el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, con remisión expresa a las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (artículo 5); el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo V de la Ley (artículo 6); el principio de simplificación de cargas (artículo 7), aunque en realidad se refiere a la supresión de duplicidades y al exceso de regulación; y el principio de transparencia, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (artículo 8).

Por lo demás, como se ha dicho, las autoridades competentes –estatales, autonómicas y locales, además de los colegios profesionales– están obligadas a velar por el cumplimiento de estos principios en todas sus actuaciones administrativas y de regulación normativa adoptadas en su ámbito respectivo de competencias (artículo 9).

3.1.3. Validez extraterritorial de las normas y eficacia nacional de los medios de intervención

La novedad más polémica de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se localiza en el artículo 19 –y no tanto en el artículo 20, que establece la eficacia nacio-

32. La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado regula un procedimiento especial en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos, como vía alternativa al sistema ordinario de recursos administrativos (artículo 26), así como un nuevo recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición general, acto, actuación o inactividad o vía de hecho que se considere contraria a la Ley, mediante la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (disposición final primera). Solo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para la interposición de dicho recurso contencioso-administrativo (artículo 27).

Para un análisis a fondo de este sistema de garantías me remito al trabajo de CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, en ALONSO MAS, M.^a J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado...*, op. cit., pp. 831-919, en que se incluyen también las consideraciones de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., en “El contencioso de la Unidad de Mercado”, pp. 935-981, publicadas asimismo en la *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, 2013, pp. 51-93. Véase, además, PADRÓS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J. M.^a, “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014, pp. 113-151.

33. Sobre estos principios recomiendo la lectura de las distintas contribuciones doctrinales recogidas en ALONSO MAS, M.^a J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado*, op. cit.

nal de los medios de intervención administrativa, ya contemplada en la Ley Paraguas de 2009–, por la validez extraterritorial que impone de la normativa del lugar de origen, ya sea autonómica o local.

De acuerdo con este precepto, desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un territorio español, podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, “siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar” (artículo 19.1). Y, cuando “conforme a la normativa del lugar de destino se exijan requisitos, cualificaciones, controles previos o garantía a los operadores económicos o a los bienes, distintos de los exigidos u obtenidos al amparo de la normativa del lugar de origen, la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos, aunque difieran en su alcance o cuantía. Asimismo, el libre ejercicio operará incluso cuando la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguno” (artículo 19.3).

Dos son las críticas que están mereciendo estas previsiones, incluso respecto de su constitucionalidad³⁴: por una parte, la plena desregulación o liberalización de la actividad económica en el territorio nacional, al permitir su acceso sin ningún tipo de requisito previo a cumplir por los operadores económicos (artículo 19.1); y, por otra, el otorgamiento de plena validez extraterritorial a las normas de la autoridad de origen, incluso cuando esta normativa no exija ningún requisito, control o garantía previa (artículo 19.2).

Las críticas a la extraterritorialidad de la norma de origen, se sustentan en que esa validez se otorga cuando la norma de origen establece un régimen de acceso a la actividad menos intensivo que el previsto por la autoridad de destino, e incluso cuando la normativa de origen no regula ningún tipo de control

preventivo para dicho acceso –porque el artículo 19 se refiere solo y expresamente al “acceso” y no al “ejercicio” de la actividad–, con lo que el legislador estatal impone el ordenamiento jurídico más desregulador, afectando a las competencias que las comunidades autónomas tienen reconocidas constitucional y estatutariamente.

Se ha interpretado, en consecuencia, que este precepto persigue la competencia entre ordenamientos jurídicos autonómicos para establecer el régimen menos intervencionista posible, y, por lo tanto, anima a la competencia regulatoria –al “*dumping* regulatorio”³⁵– entre las autoridades competentes, principalmente de las comunidades autónomas, pero también entre las entidades locales.

Si bien es cierto que esta imposición, por legislación básica, de la norma menos interventora en el acceso a la actividad económica genera problemas jurídicos de calado –entre otros motivos, por la diferencia de rango de las normas a las que se refiere, con la consiguiente vulneración del principio de jerarquía normativa– y no solo dudas de constitucionalidad, creo también que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado pretende evitar la competencia reguladora entre las autoridades competentes, estableciendo un marco específico de cooperación en la elaboración de proyectos de normas con incidencia en la unidad de mercado (artículo 14), en un intento de racionalizar el complejo entramado normativo que aún afecta al acceso de la actividad económica en distintas partes del territorio nacional.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley determina que los medios de intervención administrativa –esto es, los títulos habilitantes– tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional. Así, “sin necesidad de que el operador realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos, todos los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a un

34. alguna de ellas, y cuya lectura sugiero, en: MUÑOZ MACHADO, S., “Sobre la Ley de Unidad de Mercado”, prólogo de ALONSO MAS, M.^a J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado...*, op. cit., pp. 29-42; TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 19, 2014, pp. 144-177; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de Mercado y libertades de empresa y de circulación de bienes en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Administración Pública*, núm. 163, 2014, pp. 109-144; en la misma Revista y número, REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la ley de garantía de la unidad de mercado”, pp. 23-33; ORTEGA BERNARDO, J., “Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal”, *Anuario de Derecho Municipal 2013*, Madrid, 2014, pp. 373-393; y PADRÓS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J. M.^a, “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, op. cit.

35. TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia”, op. cit., p. 160.

actividad económica o su ejercicio, o acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias” (artículo 20.1). En particular, “tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional sin que pueda exigirse al operador económico el cumplimiento de nuevos requisitos u otros trámites adicionales”: a) las autorizaciones, licencias, habilitaciones y cualificaciones profesionales obtenidas de una autoridad competente; b) las declaraciones responsables y comunicaciones presentadas ante una autoridad competente; c) las inscripciones en registros que sean necesarias para el acceso o ejercicio de una actividad económica; d) cualesquiera otros requisitos normativamente establecidos que permitan acceder a una actividad económica o ejercerla³⁶.

En relación con la eficacia nacional de los medios de control preventivo, se ha dicho que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado traspone al ordenamiento interno el principio europeo de reconocimiento mutuo. Sin embargo, no parece ser así. Lo niega la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley cuando afirma que “el principio de eficacia es conceptualmente diferente al principio de reconocimiento mutuo. No se pretende en esta norma que una autoridad competente de un lugar de un territorio reconozca las autorizaciones/habilitaciones, etc. otorgadas por otra autoridad competente, sino que éstas sean válidas para todo el territorio nacional sin necesidad, por tanto, de un procedimiento de reconocimiento que sí sería necesario en el caso de otros Estados miembros cuando así sea aplicable”³⁷.

Con todo, el principio de eficacia en el territorio nacional admite dos excepciones. No se aplica: a) en caso de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física, si bien “cuando el operador esté legalmente establecido en otro lugar del territorio, las autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura”; y b) a los actos administrativos relacionados con la ocupación de dominio público, o cuando el número de operadores económicos del lugar del territorio sea limitado en función de la existencia de

servicios públicos sometidos a tarifas reguladas (artículo 20.4).

Finalmente, este nuevo sistema de control preventivo de la actividad económica se completa con la supervisión posterior de los operadores económicos por parte de las Administraciones competentes. Para ello, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado distingue las responsabilidades de la autoridad “de destino” de aquellas que corresponden a la autoridad “de origen”, como si se tratara de responsabilidades compartidas en el control del cumplimiento de la normativa aplicable a cada operador. Esto es, la autoridad de origen es la competente para la supervisión y control de los operadores respecto del cumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad económica, mientras que la autoridad de destino lo será para la supervisión y control del ejercicio de la misma actividad (artículo 21.1). Y en caso de que, como consecuencia del control ejecutado por la autoridad de destino, se detectara el incumplimiento de requisitos de acceso a la actividad, se comunicará a la autoridad de origen para que esta adopte las medidas oportunas, incluidas las sancionadoras si proceden (artículo 21.1).

Atendiendo en particular a este reparto de funciones en el control *ex post* del cumplimiento de los requisitos de acceso, por un lado, y de las condiciones de ejercicio de la actividad económica, por otro, cabría interpretar que la norma de origen aplicable lo es únicamente respecto del acceso, pero no del ejercicio o desarrollo de la actividad, que estará sujeto en todo caso a la normativa de la autoridad de destino.

3.1.4. Convergencia normativa y arquitectura institucional: el Consejo para la Unidad de Mercado y las Conferencias Sectoriales

3.1.4.1. Convergencia normativa y cooperación en la elaboración de proyectos normativos

Las últimas leyes aprobadas en ejecución de la reforma administrativa en curso, tienen una injerencia clara en el ejercicio de la potestad normativa de las distintas instancias gubernamentales, que se manifiesta de ma-

36. Los apartados 2 y 3 del artículo 20 se refieren a la eficacia nacional de las evaluaciones, acreditaciones, certificaciones y otros similares, y a los organismos designados al efecto.

37. Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley, de 24 de enero de 2013, pp. 37-38.

nera notoria, como ya se ha señalado, en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado³⁸. Esta Ley ordena y regula trámites relativos al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, incluso de los proyectos de ley, con voluntad de lograr una convergencia normativa en el entorno de regulación económica, y quizás no tanto de uniformidad o armonización.

Aunque es criticable la Ley porque afecta a la autonomía política de las comunidades autónomas –y de las entidades locales–, al limitar la adopción de políticas públicas sobre ámbitos materiales de su competencia, tampoco puede afirmarse honestamente que las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias normativas en los sectores estatutariamente reconocidos, hayan actuado siempre y en todo caso de acuerdo con los principios de coordinación y cooperación interadministrativa, en un escenario ideal de concertación en el ejercicio de las respectivas potestades legislativas y reglamentarias que no merezca ser modificado en ningún aspecto, sustancial o formalmente, en aras de la mejora de la competitividad de la economía, e, incluso, del bienestar de los ciudadanos.

Siendo esto así, existen opiniones distintas respecto de si la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado opera una uniformidad normativa o persigue una convergencia normativa en la regulación económica. En cualquier caso, lo que es indiscutible es que persigue y propone una forma distinta de regular, orientada a una racionalización normativa paralela a la racionalización administrativa en curso.

Esta racionalización se intenta conseguir a través de varias vías, y la más controvertida es, sin duda, la obligación de cooperar en la elaboración de los proyectos normativos, sean de la autoridad que sean, aunque no

parece que el legislador estatal esté pensando justamente en las autoridades locales.

La principal injerencia de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en la potestad normativa de las autoridades autonómicas, se localiza en el deber de cooperación en la elaboración de propuestas normativas que prevé el artículo 14, el cual exige el intercambio de información relativa a los proyectos de normas que puedan tener incidencia en la unidad de mercado, “valorando especialmente la coherencia de dichos proyectos normativos con esta Ley” (artículo 14.1). En concreto, en los procedimientos de elaboración de normas que puedan afectar “de manera relevante” a la unidad de mercado, la autoridad proponente deberá poner a disposición del resto de autoridades, a través del sistema de intercambio electrónico de información previsto en el artículo 23, “con la antelación suficiente”, el texto del proyecto de norma, acompañado de los informes o documentos que permitan su adecuada valoración, incluyendo en su caso la memoria del análisis de impacto normativo (artículo 14.2). Si el proyecto de norma establece o modifica medios de intervención, se analizará la existencia de otras medidas que afecten a la misma actividad ya establecidas por otras autoridades competentes, y, en caso de concurrencia de varias Administraciones, se asegurará que los medios de intervención no recaigan sobre los mismos aspectos, y se contemplará un sistema por el cual el procedimiento concreto no genere costes adicionales para el operador “en comparación con la intervención de una única Administración” (artículo 14.4). Además, si el proyecto normativo establece o modifica requisitos de acceso o de ejercicio de una actividad económica, “se valorará la consistencia de éstos con el resto de la normativa de las demás autoridades competentes” (artículo 14.5).

38. También, aunque en menor medida, la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local incide en el procedimiento de elaboración de normas. En la modificación del artículo 25 de la Ley de Bases del Régimen Local -relativo a las competencias propias de los municipios- establece que tales competencias habrán de ser ejercidas “en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”, y, en concreto, determinadas por ley, que habrá de “evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera” (artículo 25.3), por lo que se añade un nuevo apartado 4 al mismo precepto para introducir un nuevo trámite o documento en el expediente de elaboración del proyecto legislativo:

“La Ley a la que se refiere el apartado anterior deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o actividad. La Ley deberá prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas.

“Los proyectos de leyes estatales se acompañarán de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios señalados”.

Luego la obligatoriedad de esta nueva memoria económica ha de entenderse para las leyes autonómicas, dado que el apartado último del precepto hace referencia expresa a los proyectos de ley del Estado.

Asimismo, la Ley obliga a la evaluación periódica de la normativa (artículo 15), incentivando el análisis de impacto regulatorio de cualquier nuevo texto normativo, también en términos de impacto en la unidad de mercado, con lo que habrá que considerar seriamente la necesidad de contemplar este instrumento de mejora normativa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas municipales³⁹.

Otra vía o mecanismo que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado contempla para lograr sus objetivos de convergencia normativa, es el establecimiento de estándares de regulación⁴⁰, en el marco de las Conferencias Sectoriales, las cuales están llamadas a jugar un papel protagonista en el escenario de cooperación que se proyecta para la mejora de la regulación económica.

3.1.4.2. Arquitectura institucional: el Consejo para la Unidad de Mercado y las Conferencias Sectoriales

La reforma administrativa actual se caracteriza también por la creación de organismos o consejos estatales sectoriales, algunos de ellos con competencias de supervisión y control del cumplimiento de las mismas leyes que los crean y ordenan, y otros con funciones reguladoras o de participación activa en el proceso de elaboración de proyectos normativos⁴¹.

De manera similar, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado crea una concreta arquitectura institucional, en cuyo centro se sitúa el Consejo para la Unidad de Mercado (artículo 10), como órgano de cooperación administrativa para el seguimiento de la aplicación de la Ley.

Por lo que aquí respecta, es de señalar que los Gobiernos locales tendrán una escasa participación en el Consejo, dado que la Ley establece, de manera indeterminada, que su composición contará con la presencia de “representantes de la Administración local” (artículo 10.2). Esta indeterminación parece no tener en cuenta las incidencias que pueden ocasionar sus funciones en la esfera de competencias de las entidades locales.

Las funciones que se otorgan al Consejo van más allá del mero seguimiento de la aplicación de la Ley. Entre ellas se cuentan (artículo 10.4): a) seguimiento de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes a los principios de la Ley (adaptación que ha de realizarse en el marco de las Conferencias Sectoriales); b) impulso de los cambios normativos necesarios para la eliminación de obstáculos a la unidad de mercado en los distintos marcos normativos; c) seguimiento de los mecanismos de colaboración; d) coordinación de la actividad desarrollada en las Conferencias Sectoriales; e) seguimiento de los mecanismos de protección de los operadores económicos; f) impulso de las tareas de cooperación en la elaboración de proyectos normativos; g) impulso y revisión de los resultados de la evaluación periódica de las normas.

Junto con el Consejo para la Unidad de Mercado, las Conferencias Sectoriales tiene el encargo de garantizar la cooperación entre las Administraciones Públicas para la salvaguarda de la unidad de mercado. A través de las Conferencias Sectoriales, las distintas autoridades analizarán y propondrán las modificaciones normativas necesarias para cumplir con los principios de la Ley y establecer marcos regulatorios adaptados a sus disposiciones (artículo 12.1). En particular, las Conferencias valorarán las condiciones y requisitos requeri-

39. Ya apuntaba esta idea REVUELTA PÉREZ, I., “La unidad de mercado como límite de las ordenanzas locales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146, 2010, pp. 325-357.

40. Algunos ejemplos clarificadores de estándares de regulación –o, mejor dicho, de la problemática que genera la falta de estándares de regulación en algunos sectores– se encuentran en los informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, emitidos en resolución de reclamaciones presentadas al amparo tanto del artículo 28 como del 26, ambos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. A mi parecer, la lectura atenta de estos informes auxilia con creces el entendimiento de lo que esta Ley persigue.

41. Así, por ejemplo, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, crea y regula un Consejo específico, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, como órgano independiente de supervisión y control al que se otorgan competencias de promoción de la cultura de la transparencia en la actividad de las Administraciones Públicas, de control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, de garantía del derecho de acceso a la información pública, de la observancia de las disposiciones de buen gobierno, y, en definitiva, de garantía de la correcta aplicación de la Ley. De entre las funciones que le otorga el artículo 38, merece ser resaltado el apartado c), de acuerdo con el cual corresponde al Consejo “Informar preceptivamente los proyectos normativos de carácter estatal que desarrollen esta Ley o estén relacionados con su objeto”, lo que supone añadir un nuevo trámite al procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

dos para el acceso y el ejercicio de la actividad económica, e impulsarán los cambios normativos y reformas, tales como propuestas de modificación, derogación o refundición de normativa existente, así como la adopción de acuerdos sobre estándares de regulación sectorial, en materias de competencia autonómica y local (artículo 12.2).

De hecho, para conocer la intensidad y efectos de la incidencia real de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en la esfera municipal de competencias, habrá que esperar a las modificaciones normativas que propongan las distintas Conferencias Sectoriales.

3.2. El nuevo sistema de control preventivo de la actividad económica privada: reserva de ley para el régimen de licencia y margen de decisión de los Gobiernos locales

Como he remarcado con anterioridad, la reserva de ley para el establecimiento y justificación de regímenes de autorización para el acceso y ejercicio de actividades de servicios, que introdujo la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley Paraguas), restringió de manera considerable la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas, y en particular de las Administraciones locales⁴².

Por su parte, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado extiende la reserva de ley para el requisito de autorización de cualquier actividad económica, sea o no de servicios, así como para la exigencia de licencia relativa a la instalación e infraestructura física que sea necesaria para aquella⁴³, siempre y cuando los intereses generales en juego no puedan protegerse a través de medidas interventoras menos intensivas, como la declaración responsable o la comunicación. Dispone su artículo 17.1 que: “Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de

necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la ley, que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la ley”. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización: a) respecto a los operadores económicos (es decir, respecto de las actividades económicas), “cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, sanidad pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación”; b) respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de las actividades económicas, “cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación”; c) cuando “por la escasez de recursos naturales, la utilización del dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económico del mercado sea limitado”; d) cuando “así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados o convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución”.

Como también se ha significado, esta reserva formal de ley concuerda solo parcialmente con la nueva redacción del artículo 84 bis de la Ley de Bases del Régimen Local. Concuera respecto de la reserva de ley para la autorización de instalaciones o infraestructuras físicas⁴⁴, pero no así respecto de la reserva de ley para la exigencia de licencia de acceso o ejercicio de actividades económicas que no sean de servicios.

42. En opinión de QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA, “Ley, derechos fundamentales y libertades económicas:...”, *op. cit.*, esta restricción “parece que finalmente se contrae únicamente a las Administraciones locales” (p. 57).

43. En la expresión “instalaciones o infraestructuras físicas” no ha de entenderse incluida la edificación, pues los criterios para evaluar la peligrosidad no parecen estar referidos a la construcción en sí misma, sino a la implantación de la actividad y sus instalaciones. Con todo, las nuevas previsiones de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado obligan a valorar la compatibilidad entre la normativa urbanística y las reglas que ella incorpora respecto de las instalaciones e infraestructuras, y considerar muy seriamente las implicaciones que para las licencias urbanísticas puede tener esta nueva regulación. Sobre ello, véase GIFFREU FONT, J., “La impronta de la Directiva de Servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 98, 2014, pp. 169-213.

44. Si bien el artículo 84 bis.2 no contempla la posibilidad de presentación de una declaración responsable o una comunicación.

La cuestión que se plantea acto seguido es si las corporaciones locales pueden establecer, vía ordenanza, regímenes intensivos de intervención administrativa, esto es, exigir licencia para el ejercicio de la actividad económica, sin una previa habilitación legal. En otras palabras, la cuestión es cuál es el margen de decisión de los Gobiernos locales, y si puede superarse esta incoherencia normativa sin recurrir al principio de modernidad *lex posterior derogat legem priorem* que rige la eficacia temporal de las leyes, e interpretar que la reserva de ley para el acceso a la actividad económica no es de aplicación al ámbito local⁴⁵.

De acuerdo con la literalidad de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, no existe margen de manobra para los municipios sin una norma sectorial con rango de ley que justifique la necesidad y proporcionalidad de la licencia, salvo cuando la autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional –en cuyo caso podrá estar prevista en una norma de rango inferior a la ley–, o cuando el legislador concluya que las razones imperiosas de interés general pueden salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación (artículo 17.1.a).

Ello supone un límite indiscutible a la autonomía local, fundado, por una parte, en la idea de que las ordenanzas locales pueden incidir negativamente en la unidad de mercado nacional⁴⁶, y, por otra, en la doctrina de la necesaria cobertura legal para toda intervención administrativa en la actividad de los particulares⁴⁷.

Con todo, cabe enfatizar que la reserva de ley se ciñe al establecimiento y justificación de los regímenes

de autorización. No alcanza, pues, a otros controles preventivos de menor intensidad, los cuales, salvo previsión legal de autorización, sí podrán ser establecidos por vía de ordenanza municipal, siempre y cuando se cumplan los condicionantes que prevén la Ley de Bases del Régimen Local (artículo 84 bis.1) y el artículo 17, apartados 2 a 4, de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Una interpretación contraria dejaría sin sentido el artículo 39 bis.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, únicamente respecto de las corporaciones locales, porque este precepto, asimismo básico, habilita a todas las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias y sin intermediación del legislador, para exigir medidas de intervención para el desarrollo de una actividad –sea o no económica–, si bien obliga a “elegir la menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que persiguen”⁴⁸.

Sustenta esta interpretación favorable a los Gobiernos locales, además, el artículo 84 ter de la Ley de Bases del Régimen Local, según el cual, para el ejercicio de actividades que no precise autorización previa, las entidades locales “deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial”.

Por consiguiente, mediante ordenanza municipal podrá contemplarse el régimen de declaración responsable o de comunicación⁴⁹, cuando queden justificados

45. En sentido parecido, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., “Liberalización y simplificación administrativa”, *op. cit.*, p. 186.

46. Sobre ello, REVUELTA PÉREZ, I., “La unidad de mercado como límite de las ordenanzas locales”, *op. cit.*

47. Se refiere a esa doctrina e intenta puntualizarla QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA, “Ley, derechos fundamentales y libertades económicas:...”, *op. cit.*, pp. 65 y ss., para quien un mecanismo de intervención de competencia local, ya sea sustantivo –requisitos y condiciones de fondo para el ejercicio de actividades– o formal –autorización o licencia–, “no se establece sólo con el fundamento único del citado artículo 84.1 LRRL, sin otra cobertura legal material, sino que ese mecanismo se pondrá en marcha en cuanto existan determinaciones y condiciones sustantivas en materia de urbanismo, medio ambiente, sanidad, consumo, etc., etc., establecidas por ley o con base en la ley” (p. 68), por lo que, “entendido de esta forma, el principio de que toda medida de limitación de las libertades necesita de cobertura de ley debe compartirse” (p. 69). En sentido parecido, aunque no coincido con esta conclusión, ALONSO MAS, M.^a J., en “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales”, *op. cit.*, entiende que el legislador, “consciente de que los regímenes de autorización limitan la libertad de empresa, sobre la que gravita la reserva de ley, ha considerado que los mismos deben estar previstos en una norma dotada de este rango; sin que en sentido contrario se pueda invocar la autonomía local o la potestad de ordenanza” (p. 461).

48. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA, “Ley, derechos fundamentales y libertades económicas:...”, *op. cit.*, pp. 81-82, pone de relieve, de manera acertada, la contradicción existente entre este precepto básico y la reserva de ley del artículo 5 de la Ley Paraguas en relación con el establecimiento del requisito de autorización; una contradicción normativa difícilmente salvable sin vulnerar el principio constitucional de la autonomía local (p. 84).

49. Sobre estos medios de intervención, véase, entre otros, RODRÍGUEZ FONT, M., “Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local”, *Anuario del Gobierno Local 2009. La Directiva de Servicios. Contratación local y crisis económica. Nuevos desarrollos estatutarios*, Fundación Democracia y Gobierno Local/Institut de Dret Públic, Madrid/Barcelona, 2010, pp. 261-300.

en los siguientes términos: a) “Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general” (artículo 17.2 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado); b) las entidades locales podrán exigir la presentación de una comunicación cuando, por alguna razón imperiosa de interés general, precisen conocer el número de los operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas existentes en el mercado (artículo 17.3 de la misma Ley). En todo caso, las autoridades locales tienen la obligación de velar por minimizar las cargas administrativas soportadas por los titulares de las actividades económicas, “de manera

que una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad [...], elegirán un único medio de intervención, bien sea la presentación de una comunicación, de una declaración responsable o la solicitud de una autorización” (artículo 17.4 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado). El precepto enumera los medios de control preventivo, según su intensidad en términos de intervención, estando solo el último, el requisito de autorización, reservado a la ley.

Cabe entender, por último, que los Gobiernos locales pueden exigir el cumplimiento de determinados requisitos y condiciones de carácter sustantivo para el acceso y ejercicio de la actividad económica⁵⁰, que habrán de ser contrastados con los principios de necesidad y proporcionalidad según los parámetros del artículo 18 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, y justificados en la ordenanza municipal correspondiente. ■

50. En el mismo sentido, aunque sin referirse a la reserva de ley que contiene la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, se pronuncia QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA, “Ley, derechos fundamentales y libertades económicas:...”, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

La aprobación de los presupuestos municipales sin participación ciudadana: de la cuestión de confianza a la atribución de la competencia a la junta de gobierno¹

Alfredo Galán Galán

Profesor de Derecho Administrativo. Universitat de Barcelona

Pau Panadés Jordà

Investigador colaborador de Derecho Administrativo. Universitat de Barcelona

- 1. Ausencia de participación ciudadana en la aprobación de los presupuestos municipales**
- 2. Regulación del procedimiento de aprobación de los presupuestos municipales**
- 3. Primer caso: planteamiento de una cuestión de confianza municipal vinculada a los presupuestos**
 - 3.1. Regulación de la cuestión de confianza municipal vinculada a los presupuestos
 - 3.2. Dudas acerca de la participación ciudadana en esta modalidad de aprobación de los presupuestos municipales
 - 3.2.1. Primera forma de aprobación: adopción de un acuerdo de aprobación expreso por el pleno
 - 3.2.2. Segunda forma de aprobación: por ministerio de la ley ante la falta o fracaso de una moción de censura
- 4. Segundo caso: la aprobación excepcional de los presupuestos por la junta de gobierno municipal**
 - 4.1. La nueva regulación de la aprobación excepcional de los presupuestos por la junta de gobierno municipal
 - 4.2. Los requisitos legales para la concurrencia de este supuesto excepcional
 - 4.3. Dos antecedentes inmediatos: medidas urgentes de apoyo a entidades locales con problemas financieros
 - 4.3.1. Real Decreto-ley 8/2013: aprobación de los presupuestos por la junta de gobierno local
 - 4.3.2. Real Decreto-ley 14/2013: aprobación de las medidas urgentes de apoyo por la junta de gobierno local
 - 4.4. Las especialidades desde la perspectiva competencial y procedimental
 - 4.4.1. La clara especialidad competencial y su dudoso encaje constitucional
 - 4.4.2. La dudosa especialidad procedimental
 - 4.5. Dudas acerca de la participación ciudadana en esta modalidad de aprobación de los presupuestos municipales

Resumen

El trabajo analiza la posible ausencia de participación ciudadana en la aprobación de los presupuestos municipales. En concreto, son dos los supuestos examinados: cuando se plantea una cuestión de confianza vinculada a los presupuestos, y cuando, excepcionalmente, se atribuye a la junta de gobierno municipal la competencia para su aprobación.

Palabras clave: *régimen local; presupuestos municipales; participación ciudadana; cuestión de confianza municipal.*

Artículo recibido el 22/09/2014; aceptado el 04/10/2014.

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER2012-39216-C02-01, del que es investigador principal el Dr. Alfredo Galán Galán.

The approval of municipal budget without citizens' participation: from the vote of confidence to conferring powers to the Local Government Board

Abstract

This article analyzes the possible lack of citizens' participation in the approval of the municipal budget. In particular, the article examines two elements: the proposition of a vote of confidence related to the budget and the situation –by way of exception– in which the Local Government Board has the power to approve the same.

Keywords: *local law; municipal budget; citizens' participation; municipal vote of confidence.*

1. Ausencia de participación ciudadana en la aprobación de los presupuestos municipales

El objeto de este trabajo es analizar la posible ausencia de participación ciudadana en la aprobación de los presupuestos municipales. Con esta intención, exponemos primero el procedimiento de elaboración y aprobación de los presupuestos para, seguidamente, examinar los dos casos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico en los que la intervención de los ciudadanos parece no estar presente, a saber: cuando se plantea una cuestión de confianza vinculada a los presupuestos, y cuando, excepcionalmente, se atribuye a la junta de gobierno municipal la competencia para su aprobación.

2. Regulación del procedimiento de aprobación de los presupuestos municipales

El procedimiento de elaboración y aprobación de los presupuestos generales anuales del municipio, se regula principalmente en los artículos 168 y 169 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, LHL). Esta regulación se completa con la fijación del quórum de votación requerido en el artículo 47.1 de la Ley 7/1985, de

2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL).

Se trata de un procedimiento complejo, puesto que requiere una aprobación inicial seguida de una aprobación definitiva:

- 1) Aprobación inicial del presupuesto. Corresponde al alcalde formar el presupuesto general y remitirlo, tras cumplir todos los requisitos legalmente previstos, al pleno antes del 15 de octubre para su aprobación, enmienda o devolución (artículo 168.4 LHL). En el caso de que se obtenga la mayoría necesaria, el pleno adoptará el acuerdo de aprobación inicial. Para esta aprobación basta con la mayoría simple de los miembros presentes (artículo 47.1 LBRL)².
- 2) Exposición pública del presupuesto y posibilidad de reclamaciones. Aprobado inicialmente, el presupuesto se somete a exposición pública durante un plazo de 15 días, tiempo en el cual los interesados pueden examinarlo y presentar reclamaciones ante el pleno (artículos 169.1 y 170 LHL)³.
- 3) Aprobación definitiva del presupuesto. La forma de aprobar definitivamente el presupuesto varía en atención al hecho de que se hayan presentado o no reclamaciones por los interesados tras su aprobación inicial.

2. "Existe mayoría simple cuando los votos afirmativos son más que los negativos" (artículo 47.1 LBRL).

3. Artículo 169.1 LHL: "Aprobado inicialmente el presupuesto general, se expondrá al público, previo anuncio en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, por 15 días, durante los cuales los interesados podrán examinarlos y presentar reclamaciones ante el pleno". La legitimación activa para presentar estas reclamaciones y las causas en las que pueden fundamentarse se regulan en el artículo 170 LHL.

Si durante el plazo indicado no se presenta ninguna reclamación, la aprobación inicial se eleva a definitiva, sin necesidad, por tanto, de nueva votación en el pleno (artículo 169.1 LHL)⁴.

En cambio, si se formulan reclamaciones, se concede el plazo de 1 mes al pleno para que las resuelva (artículo 169.1 *in fine* LHL)⁵. En este caso, sí que será precisa una nueva votación en el pleno. El acuerdo de aprobación definitiva del presupuesto, tras alcanzarse los votos favorables necesarios (de nuevo, basta con la mayoría simple de los miembros presentes, según el artículo 47.1 LBRL), habrá de realizarse antes del 31 de diciembre del año anterior al del ejercicio en que deba aplicarse (artículo 169.2 LHL).

3. Primer caso: planteamiento de una cuestión de confianza municipal vinculada a los presupuestos

3.1. Regulación de la cuestión de confianza municipal vinculada a los presupuestos

La cuestión de confianza en el ámbito municipal está regulada en el artículo 197 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG). En realidad, este mecanismo de relación entre el alcalde y el pleno del ayuntamiento no estaba contemplado en su redacción inicial, sino que fue introducido mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, como una de las medidas que integraron el denominado “Pacto Local”.

La exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 8/1999 subraya dos de los aspectos más importantes de la nueva institución que introduce. De entrada, ya advierte que lo reconocido es una “cuestión de confianza vinculada a proyectos concretos, (...) que tienen la máxima trascendencia en el desarrollo del gobierno municipal”. Estos concretos proyectos se detallan así: “la aprobación de los presupuestos de la corporación,

del reglamento orgánico, de las ordenanzas fiscales y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal”. A continuación, se confiesa expresamente la finalidad perseguida: “dotar a los ayuntamientos de un instrumento que permita superar las situaciones de rigidez o de bloqueo en el proceso de toma de decisiones en las materias señaladas, que tienen la máxima trascendencia en el desarrollo del gobierno municipal”.

En este trabajo nos centramos en el supuesto de que la cuestión de confianza municipal se vincule a los presupuestos anuales. De la regulación contenida en el artículo 197 bis LOREG, aplicable a este supuesto, destacamos las siguientes cuestiones:

- 1) La cuestión de confianza se plantea por el alcalde al pleno del ayuntamiento (artículo 197 bis.1 LOREG). Estamos ante un mecanismo de relación entre alcalde y pleno, sin que esté prevista la intervención de otros órganos municipales.
- 2) Es posible vincular la cuestión de confianza a los presupuestos anuales. En el ámbito municipal, en efecto, la cuestión de confianza solamente se puede vincular a cuatro asuntos concretos: los presupuestos anuales, el reglamento orgánico, las ordenanzas fiscales, y la aprobación que ponga fin a la tramitación de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal (artículo 197 bis.1 LOREG)⁶.
- 3) La vinculación de la cuestión de confianza puede hacerse tanto a la aprobación como a la modificación de los presupuestos anuales (artículo 197 bis.1 LOREG).
- 4) Para que pueda presentarse la cuestión de confianza es necesario que el acuerdo de aprobación (o modificación) de los presupuestos anuales haya sido rechazado por el pleno del ayuntamiento: que “haya sido debatido en el pleno y que éste no hubiera obtenido la mayoría necesaria para su aprobación” (artículo 197 bis.3 LOREG).

4. Artículo 169.1 LHL: “El presupuesto se considerará definitivamente aprobado si durante el citado plazo no se hubiesen presentado reclamaciones (...)”.

5. Artículo 169.1 *in fine* LHL: “(...) en caso contrario [que se hayan presentado reclamaciones], el pleno dispondrá de un plazo de un mes para resolverlas”.

6. Los presupuestos anuales y el reglamento orgánico son los dos únicos asuntos que pueden vincularse a las tres modalidades de cuestión de confianza que contempla la LOREG: la que puede presentar el alcalde (artículo 197 bis.1), el presidente del cabildo insular (artículo 201.7) y el presidente de la diputación provincial (artículo 207.4).

- 5) La aprobación de la cuestión de confianza conlleva la aprobación del asunto vinculado; en nuestro caso, de los presupuestos anuales. El quórum de votación requerido es el legalmente establecido para la aprobación del asunto vinculado (artículo 197 bis.2 LOREG)⁷: mayoría simple de los miembros presentes, en el caso del presupuesto anual (artículo 47.1 LBRL)⁸.
- 6) La consecuencia jurídica de la falta de aprobación de la cuestión de confianza varía en atención al asunto vinculado. En este sentido, efectivamente, el presupuesto anual constituye la excepción a la regla general.
La regla general se establece para los supuestos en los que la cuestión de confianza se vincule al reglamento orgánico, las ordenanzas fiscales o la aprobación que ponga fin a la tramitación de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal. Si no se obtiene el número necesario de votos favorables para la aprobación del acuerdo, el alcalde cesa automáticamente y debe procederse a la elección de uno nuevo en sesión plenaria convocada automáticamente para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de la votación del acuerdo al que se vinculase la cuestión de confianza (artículo 197 bis.4 LOREG).

La vinculación al presupuesto anual constituye la excepción a esa regla general. En este supuesto, “la previsión contenida en el número anterior no será aplicable” (artículo 197 bis.5 LOREG). La consecuencia jurídica legalmente prevista es otra: “En este caso se entenderá otorgada la confianza y aprobado el proyecto si en el plazo de un mes desde que se votara el rechazo de la cuestión de confianza no se presenta una moción de censura con candidato alternativo a alcalde, o si ésta no prospera” (artículo 197 bis.5 LOREG)⁹. Por lo tanto, no hay cese automático del alcalde. Para conseguir su marcha, será necesario presentar una moción de censura dentro del plazo indicado (un mes desde el rechazo de la cuestión de confianza por el pleno), y además, claro está, ganarla. De lo que resulta que el alcalde continuará en su cargo, entendiéndose que el pleno le mantiene la confianza, y, además, “se entenderá (...) aprobado el proyecto” *ope legis*, esto es, automáticamente, por ministerio de la ley. Esta relevante especialidad, que contempla el juego complementario de la cuestión de confianza y la moción de censura, ha dado pie a que la doctrina califique expresamente este supuesto como “cuestión de confianza constructiva”¹⁰, siendo objeto de valoraciones doctrinales contrapuestas¹¹.

7. La presentación de la cuestión de confianza vinculada al presupuesto deberá figurar expresamente en el correspondiente orden del día del pleno, y la votación se efectuará, en todo caso, mediante el sistema nominal de llamamiento público (artículo 197 bis.2 LOREG).

8. Ahora bien, como veremos seguidamente, para que se produzca el cese del alcalde es necesario que, además del rechazo de la cuestión de confianza, de modo complementario, se presente y apruebe una moción de censura, para lo que se requiere la mayoría absoluta del pleno (artículo 197 LOREG). Por consiguiente, para aprobar la cuestión de confianza y los presupuestos vinculados basta la mayoría simple, pero para conseguir el cambio de alcalde (obligatoriamente a través de una moción de censura que es constructiva) es precisa la mayoría absoluta. “Lo cual supone, por ende, con esta conversión de una técnica en otra, condicionar con la exigencia, asimismo, de la mayoría absoluta la posibilidad de destitución y cese del alcalde, tanto para la propuesta como la votación de la correspondiente [moción] de censura”; LÓPEZ PELLICER, José Antonio, “La moción de censura y la cuestión de confianza en la Administración local (reforma e innovación en la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril)”, en *Revista de Estudios Autonómicos y Locales*, núm. 279, 1999, p. 146.

9. Aclara el mismo artículo 197 bis.5 LOREG que: “A estos efectos, no rige la limitación establecida en el apartado 2 del artículo anterior”. El límite exceptuado es aquel según el cual “ningún concejal puede firmar durante su mandato más de una moción de censura” (artículo 197.2 LOREG).

10. ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, “Las relaciones de control entre órganos municipales”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, 2.ª ed., Civitas, Madrid, pp. 767-769.

11. Se muestra crítico con esta combinación de instrumentos, cuestión de confianza y moción de censura, TRUJILLO PÉREZ, Javier, “Moción de censura y cuestión de confianza en las corporaciones locales”, Civitas, Madrid, p. 98. Con igual tono crítico, destaca el carácter coyuntural de esta solución que, sin embargo, puede dar lugar a un agravamiento de la convivencia entre los miembros de la corporación, puesto que, aunque el alcalde quede confirmado en el cargo, tendrá en su contra a la mayoría del pleno, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “Comentario al artículo 22: la moción de censura y la cuestión de confianza en el régimen local”, en REBOLLO PUIG, Manuel (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, tomo I, Tirant lo Blanch, p. 644. En cambio, hace una valoración muy positiva Luis Ortega, hasta el punto de defender su extensión a los otros tres supuestos de cuestión de confianza: “esta fórmula constructiva ligada a los presupuestos es más acertada que la del modelo

La regulación de las consecuencias jurídicas del no otorgamiento de la confianza vinculada con los presupuestos es resultado de una enmienda transaccional introducida, en el marco de la tramitación de la Ley Orgánica 8/1999, durante los debates tenidos en la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas del Congreso¹². Este carácter transaccional se explica por el hecho de que, en relación con la regulación de la cuestión de confianza, existían dos posiciones enfrentadas: la del Gobierno, plasmada en el Proyecto de Ley, y la del Grupo Parlamentario Socialista. Para entenderlo correctamente, es de interés la intervención del senador socialista Pérez García, tenida en la sesión plenaria del Senado de 25 de marzo de 1999¹³, en la que hizo referencia a una observación que le hicieron los servicios de la Secretaría de Estado del Ministerio de Administraciones Públicas en relación con una previa intervención suya en la Comisión General de Comunidades Autónomas, en la que defendió que los cuatro instrumentos normativos a los que se podía vincular la cuestión de confianza quedasen sujetos al régimen actual del artículo 197 bis.5 LOREG, es decir, que quedaran aprobados automáticamente, *ope legis*, en el caso de que, perdida en el pleno la votación sobre la cuestión de confianza, no se presentase por la oposición la moción de censura. La Secretaría de Estado puso en cuestión la posibilidad de que esos instrumentos normativos pudieran incorporarse al ordena-

miento sin haber sido votados favorablemente por el pleno de la corporación. El citado senador comprendió la relevancia de esta objeción y la asumió como propia, lo que explica que se limitaran las consecuencias jurídicas hoy previstas en el apartado 5 del artículo 197 bis LOREG únicamente al caso de los presupuestos anuales. En cualquier caso, esta intervención pone de relieve, más allá de toda duda, que el supuesto que estamos examinando no hace referencia a unos presupuestos aprobados por el pleno, sino, antes al contrario, a unos que han sido expresa y específicamente rechazados, dato este del que ya era perfectamente conocido el legislador en la fase de tramitación parlamentaria.

- 7) El legislador ha limitado la posibilidad del alcalde de presentar una cuestión de confianza. En concreto, los límites legalmente previstos son los siguientes: a) cada alcalde no puede plantear más de una cuestión en cada año, contado desde el inicio de su mandato; b) ni más de dos cuestiones durante la duración total de dicho mandato; y c) no puede plantearse una cuestión de confianza desde la presentación de una moción de censura y hasta la votación de esta última (artículo 197 bis.6 y 7 LOREG).
- 8) También se establecen legalmente dos límites que afectan no al alcalde, sino a los concejales que hayan votado a favor de la aprobación del asunto al que se hubiese vinculado una cuestión de confianza. Durante un plazo de seis

general, por lo que no se entiende la razón de que no sea ésta la única fórmula general aplicable a todos los supuestos a los que es posible vincular una cuestión de confianza". Y continúa: "Mi juicio se basa en que considero que aporta más equilibrio y es más coherente para la resolución de una situación de bloqueo institucional provocado por la existencia legalmente obligada de gobiernos locales minoritarios. De una parte, el gobierno local sufre el castigo de la pérdida de la primera votación y tiene el riesgo de ver configurada una mayoría opositora de gobierno. De otra, la oposición, antes de producir la situación de bloqueo, debe sopesar si está en condiciones de arrostrar un proyecto político de coalición o de soportar el coste de no haber dado una salida propia de gobierno al bloqueo inicialmente producido. Esta tensión en la que la cuestión de confianza constructiva coloca a ambas partes puede ser preventivamente un acicate para lograr acuerdos o un instrumento que permite la continuación de la gobernabilidad con posiciones políticas más clarificadas, lo cual es esencialmente bueno para la democracia. De ahí mi juicio positivo y de ahí, también, mi petición de una reforma que haga extensiva esta fórmula a los demás supuestos"; en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, "Las relaciones de control entre órganos municipales", en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, Civitas, Madrid, pp. 768 y 769. Destaca también que esta fórmula pretende asegurar una mayor estabilidad y gobernabilidad del ayuntamiento, junto a un resumen de las valoraciones negativas y positivas indicadas, DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban, "La parlamentarización de la forma de gobierno local. La reforma de la LOREG sobre la moción de censura y la cuestión de confianza local y su incidencia en el derecho de los concejales a ejercer un cargo público representativo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, pp. 359 y 360.

12. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 583, sesión número 22 de la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas, 9 de diciembre de 1998, p. 17026.

13. Diario de Sesiones del Senado, Sesión del Pleno, VI Legislatura, núm. 125, sesión del jueves 25 de marzo de 1999, p. 5906.

meses, a contar desde la fecha de esa votación: a) no podrán firmar una moción de censura contra el alcalde que la hubiese planteado; y b) no podrán emitir un voto contrario al asunto vinculado, siempre que sea sometido a votación en los mismos términos que en tal ocasión. En este último caso, la Ley advierte que en “caso de emitir dicho voto contrario, éste será considerado nulo” (artículo 197 bis.8 LOREG).

3.2. Dudas acerca de la participación ciudadana en esta modalidad de aprobación de los presupuestos municipales

Recapitulando, nos situamos en el caso de que el presupuesto haya sido presentado por el alcalde ante el pleno, que se haya debatido el asunto, pero que no se haya alcanzado la mayoría necesaria para su aprobación (inicial) (artículo 197 bis.3 LOREG). Ante esta situación, el alcalde decide plantear una cuestión de confianza vinculada a la aprobación de esos presupuestos anuales (artículo 197 bis.1 LOREG). Llegados a este punto, la duda que se suscita es si cabe aquí o no la participación ciudadana. En otras palabras, si resulta de aplicación el trámite procedimental recogido en el artículo 169.1 LHL: el presupuesto “se expondrá al público, previo anuncio en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, por 15 días, durante los cuales los interesados podrán examinarlos y presentar reclamaciones ante el pleno”. Es importante recordar que el precepto transcrito condiciona el trámite a que el presupuesto haya sido “aprobado inicialmente”. Requisito este que justamente no se cumple en la hipótesis que contemplamos.

En rigor, las dudas que estamos describiendo acerca de la posibilidad de participación ciudadana se plantean en relación con las dos formas a través de las cuales el presupuesto puede quedar aprobado cuando se vincula a una cuestión de confianza: mediante un acuerdo expreso del pleno, o por ministerio de la ley ante el fracaso de una moción de censura.

3.2.1. Primera forma de aprobación: adopción de un acuerdo de aprobación expreso por el pleno

Debatida la cuestión de confianza en el pleno, se alcanza el número de votos favorables necesario para la aprobación del acuerdo vinculado; en nuestro caso, del presupuesto municipal. En este caso, como ya hemos indicado, se entiende confirmada la confianza del pleno en el alcalde y, simultáneamente, aprobado el asunto vinculado. Los presupuestos, en suma, quedan aprobados por acuerdo expreso del pleno del ayuntamiento.

La posibilidad de que haya participación ciudadana, en este caso, guarda estrecha relación con la calificación que demos a esta aprobación del asunto vinculado. Dicho de otra manera, dependerá de saber si el acuerdo del pleno de aprobación de la cuestión de confianza debe interpretarse como aprobación inicial o bien definitiva del presupuesto a aquella vinculado. Si es solo una aprobación inicial, se abrirá el trámite de exposición pública del presupuesto contemplado en el artículo 169.1 LHL. Ahora bien, si estamos ante una aprobación definitiva, tal cosa no será ya posible.

El punto de partida aquí es recordar que la legislación reguladora de las haciendas locales diferencia expresamente entre una “aprobación inicial” (artículo 169.1 LHL) y una “aprobación definitiva” (artículo 169.2 LHL). La participación ciudadana debe tener lugar justamente entre ambos momentos. Menos clara resulta, en cambio, la legislación sobre régimen electoral que estamos manejando. En efecto, al regular el supuesto de presentación de una cuestión de confianza vinculada a la aprobación (o modificación) de los presupuestos municipales, el artículo 197 bis LOREG se limita a referirse a la “aprobación” del acuerdo correspondiente, sin adjetivarlo y, por lo tanto, sin introducir la distinción entre una aprobación inicial y otra definitiva¹⁴. La indicada falta de adjetivación permite encontrar argumentos suficientes para sostener las dos siguientes tesis interpretativas enfrentadas:

- 1) Tesis de la aprobación definitiva: tras la presentación de la cuestión de confianza por el alcalde, el acuerdo adoptado por el pleno que la aprueba supone también la aprobación definitiva del

14. En otras palabras, el problema estriba en determinar a qué aprobación se refiere la aludida en el artículo 197 bis LOREG cuando se trata de un procedimiento complejo, como es el caso del procedimiento de aprobación de los presupuestos municipales, que incluye dos momentos sucesivos: una aprobación inicial y una posterior aprobación definitiva.

asunto a ella vinculado, es decir, la aprobación definitiva del presupuesto municipal¹⁵.

Explicado técnicamente, lo que estaría sucediendo es que el artículo 197 bis LOREG establece un procedimiento especial (o, al menos, una importante especialidad procedimental) para la aprobación del presupuesto municipal si se da el supuesto de hecho allí contemplado, a saber: que el asunto haya sido debatido en el pleno, pero que no se haya obtenido la mayoría necesaria para su aprobación. La concurrencia de este supuesto de hecho determina la aplicación preferente de la regla especial (contenida en el citado artículo 197 bis LOREG) sobre la regla general (recogida en el artículo 169 LHL). Dicho de otro modo, la regla especial desplaza en su aplicación a la regla general¹⁶.

Queda por averiguar si la regla especial, esto es, la especialidad procedimental derivada de la aplicación del artículo 197 bis LOREG, supone que el acuerdo de aprobación del pleno deba entenderse como aprobación definitiva del presupuesto vinculado a la cuestión de confianza presentada. Es cierto que en ningún momento el tenor literal de ninguno de los apartados del artículo 197 bis LOREG califica de manera expresa la aprobación como “definitiva”. Pero tal cosa –siguiendo el hilo argumental de la tesis que estamos exponiendo– va de suyo. El legislador del régimen electoral no califica como “definitiva” la aprobación porque no es necesario hacerlo. Y no es preciso hacer tal cosa porque dicho legislador, a diferencia del regulador de las haciendas locales, no distingue entre una aprobación “inicial” y otra “definitiva” del presupuesto municipal. Solamente hay una aprobación, denominada justamente con esa expresión, “aprobación”, sin más, que tiene siempre el carácter de definitiva¹⁷. En caso de claridad,

no hace falta acudir a la interpretación. Y en todo caso, según recoge el artículo 3.1 de nuestro Código Civil: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras”. Reconducir la expresión “aprobación”, a secas, empleada por el artículo 197 bis LOREG a una mera “aprobación inicial”, en el sentido que le da el artículo 169 LHL, es una interpretación forzada que contradice el claro tenor del artículo 197 bis LOREG, así como el mandato recordado del artículo 3.1 del Código Civil.

- 2) Tesis de la aprobación inicial: el acuerdo del pleno supone la aprobación de la cuestión de confianza presentada por el alcalde, pero también únicamente la aprobación inicial del presupuesto municipal vinculado¹⁸.

Detrás de esta tesis late la idea de que el artículo 197 bis LOREG no establece, en rigor, un procedimiento especial de aprobación del presupuesto municipal. Su objeto es mucho más modesto: lo que pretende es simplemente establecer un mecanismo que permita desbloquear una votación. El “bloqueo” se produce cuando el pleno rechaza por primera vez el proyecto de presupuesto presentado por el alcalde. Para conseguir “desbloquear” la situación, el legislador del régimen electoral se limita a introducir un mecanismo: la presentación de la cuestión de confianza vinculada al presupuesto. Pero si se consigue la aprobación del pleno, en esta segunda ocasión, deberá reanudarse el procedimiento ordinario –en rigor, el único existente– tal y como está previsto en el artículo 169 LHL. En consecuencia, este primer visto bueno del pleno debe entenderse como una “aprobación inicial” del presupuesto, y a continuación someterse al trámite de exposición al público, con la posibilidad de presentación de reclamaciones, terminando finalmente con un nuevo pronuncia-

15. Sostiene esta tesis RODRÍGUEZ FERMOSO, Carlos, “La ‘aprobación’ del presupuesto del art. 197 bis, punto 5, de la Ley Electoral General, en su redacción otorgada por la Ley Orgánica 8/1999, ha de entenderse definitiva y no inicial”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, 2003. También parece decantarse por esta solución CANDELA TALAVERO, José Enrique, “Mecanismos de control municipal. Especial referencia a la cuestión de confianza”, en *Revista CEMCI*, núm. 14, 2012, p. 9.

16. Puede ser también calificado como un procedimiento excepcional, en contraposición con el procedimiento ordinario de aprobación de los presupuestos, en el sentido de que opera únicamente si concurre el supuesto de hecho legalmente contemplado, cosa que constituye la excepción a la regla general.

17. En rigor, estamos ante una aprobación única.

18. Sostiene esta tesis ARNAL SURIA, Salvador y GONZÁLEZ PUEYO, Jesús María, *Manual de Presupuestos y Contabilidad de las Corporaciones Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2007, pp. 347 y 348.

miento del pleno en forma de “aprobación definitiva”.

A favor de esta interpretación juega el hecho de que el artículo 195 bis LOREG no califica expresamente la aprobación como “definitiva”. Por tanto, cabe argumentar que puede referirse a la “inicial”. Sobre todo porque esta interpretación es la que resulta más conforme con la Constitución (en adelante, CE); en concreto, con las exigencias constitucionales de garantizar la participación ciudadana en los procedimientos de toma de decisiones de las Administraciones Públicas (así, artículo 105 CE). No hace falta recordar aquí, por sobradamente conocida, la reiterada jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que destaca, en general, la importancia de la participación y, en particular, la configuración como un trámite esencial de la audiencia e información pública.

Ambas tesis, como puede observarse, cuentan con argumentos convincentes a su favor. Especialmente relevante, a nuestro juicio, es que la segunda tesis satisfaga mejor las exigencias constitucionales de garantizar la participación ciudadana, especialmente en un asunto tan importante como es la aprobación del presupuesto anual del municipio. Ahora bien, dicho esto, también es cierto que la tesis de la aprobación definitiva no se ajusta bien a la finalidad que motivó la reforma de la LOREG con la introducción de la cuestión de confianza. Como ya hemos indicado, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1999 confiesa el objetivo perseguido por la reforma: “dotar a los ayuntamientos de un instrumento que permita superar las situaciones de rigidez o de bloqueo en el proceso de toma de decisiones en las materias señaladas [incluida la aprobación del presupuesto], que tienen la máxima trascendencia en el desarrollo del gobierno municipal”. Pues bien, esta finalidad se garantiza mejor si el acuerdo del pleno se entiende como aprobación “definitiva” del presupuesto. No queda para nada asegurado, en cambio, si es una mera aprobación “inicial”: presentadas alegaciones, en efecto, será precisa una nueva votación en el pleno con el consiguiente riesgo de repetición del bloqueo. Con el agravante, claro está, de que ya no podrá el alcalde volver a presentar una nueva cuestión de confianza para superarlo. Convendría traer a colación otra vez las pautas interpretativas del

artículo 3.1 del Código Civil, ahora para recordar que las normas deben ser interpretadas “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad” que persiguen. Desde esta perspectiva teleológica, nos parece claro que solamente se ajusta al “espíritu y finalidad” de la reforma de la LOREG, esto es, a la introducción del mecanismo de la cuestión de confianza, el entendimiento de que el acuerdo del pleno suponga no solo la aprobación de la cuestión presentada, sino también la aprobación con carácter definitivo del asunto a ella vinculado; en nuestro caso, del presupuesto municipal.

3.2.2. Segunda forma de aprobación: por ministerio de la ley ante la falta o fracaso de una moción de censura

La cuestión de confianza se debate en el pleno, pero, a diferencia del supuesto anterior, no se alcanza la mayoría requerida: se rechaza la cuestión de confianza y no queda aprobado el asunto vinculado. Ahora bien, si lo vinculado es la aprobación del presupuesto, excepcionalmente el artículo 197 bis.5 LOREG contempla otra posible vía para su aprobación: que en el plazo de un mes, a contar desde el rechazo por el pleno, no se haya presentado una moción de censura constructiva (con candidato alternativo a alcalde), o bien que, habiéndose presentado en plazo, no haya prosperado. Si se dan estas circunstancias, “se entenderá otorgada la confianza y aprobado el proyecto”. Los presupuestos municipales también quedarán aprobados, aunque en este caso el efecto se producirá sin acuerdo expreso favorable del pleno, antes al contrario, a pesar de la existencia de un previo acuerdo expreso de rechazo. La aprobación, en conclusión, tiene lugar directamente por ministerio de la ley: el legislador sustituye en la toma de la decisión al pleno municipal.

Aquí también queda estrechamente ligada la posibilidad de que haya participación ciudadana con la calificación que demos a esta aprobación del asunto vinculado. En efecto, dependerá de saber si esa aprobación por ministerio de la ley debe interpretarse solo como una aprobación inicial, o bien estamos ya ante una aprobación definitiva del presupuesto. Únicamente en el primer caso estaremos a tiempo de abrir el trámite de exposición pública del artículo 169.1 LHL.

Las dos tesis enfrentadas, favorables a la aprobación definitiva o bien a la aprobación inicial, descri-

tas en el apartado anterior, con los argumentos que las sustentan, en gran medida son también aplicables a este nuevo supuesto. En nuestra opinión, sin embargo, existe aquí una razón más en apoyo de que la aprobación tiene un carácter definitivo. Como hemos señalado, en efecto, en este caso la aprobación del presupuesto se produce automáticamente por ministerio de la ley *—ope legis—*, desconectada, por tanto, de la voluntad de los integrantes del pleno municipal. Prevista esta sustitución por el legislador en la toma de la decisión, no parece lógico que esa decisión legislativa pueda ser posteriormente revisada por el pleno, en el sentido de confirmarla o corregirla. La decisión legislativa, en suma, debe interpretarse como definitiva.

Son pocas las sentencias que se han pronunciado directamente sobre este supuesto. Y, además, lo han hecho de manera contradictoria, poniendo así de relieve lo polémico del caso. Por su interés, destacamos seguidamente las siguientes:

- 1) A favor de la tesis de la aprobación definitiva se ha pronunciado la Sentencia núm. 127/2004, de 17 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (recurso contencioso-administrativo 884/2002)¹⁹. Lo argumenta así en su fundamento jurídico 2.º: “Queda claro, por la narración fáctica desarrollada dentro del expediente administrativo y nunca cuestionada, que dicha moción de censura nunca se presentó. Entonces, el paso siguiente, fue el señalado, los presupuestos quedaron automáticamente aprobados. El caso, no obstante se plantea desde la perspectiva, según los términos aludidos, de si se trataba de una aprobación inicial o, en cambio, definitiva. La solución acertada es, sin duda, la consideración de definitiva. La aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General desplaza a la Ley de Haciendas Locales. Los presupuestos se entienden aprobados de forma unitaria, no pudiendo ser sometidos a información pública ni ser objeto de reclamación. Una interpretación contraria

a dicho planteamiento violentaría los artículos 197.5 bis LOREG y el artículo 3.1 del Código Civil: ‘Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas’.

“La expresión *in fine* ‘espíritu y finalidad de aquéllas’ es relevante, sin duda para el caso. Es, en consecuencia, una aprobación definitiva *ope legis*. Otra concepción permitiría el bloqueo en la gestión del gobierno; precisamente aquello que intentaba impedir la reforma de la Ley Orgánica 5/1985 operada por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, la cual dentro de su preámbulo, en relación a la moción de confianza, establecía: ‘Se trataría con ello de dotar a los Ayuntamientos de un instrumento que permita superar las situaciones de rigidez o de bloqueo en el proceso de toma de decisiones en las materias señaladas, que tienen la máxima trascendencia en el desarrollo del gobierno municipal’”.

De esta Sentencia conviene destacar, de entrada, la firmeza con la que se pronuncia: “La solución acertada es, sin duda, la consideración de definitiva”. Bajo la premisa de que estamos ante un procedimiento especial de aprobación del presupuesto municipal, se argumenta que la LOREG “desplaza” la LHL, de manera que “se entienden aprobados de forma unitaria”. Se traen a colación, como argumento, los criterios de interpretación del artículo 3.1 del Código Civil, según el cual las normas deben interpretarse según “el sentido propio de sus palabras”, y atendiendo a su “espíritu y finalidad”.

- 2) A favor de la tesis de la aprobación inicial, en cambio, se ha pronunciado la Sentencia núm. 687/2006, de 20 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (recurso de apelación 177/2006). Esta Sentencia discrepa expresamente de la precedente del Tribunal Su-

19. Esta sentencia se dicta en relación con la aprobación del presupuesto del Consejo Insular de Ibiza y Formentera. No obstante, le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 197 bis LOREG, a pesar de la referencia expresa que hace el precepto a los alcaldes, “por la naturaleza de los Consejos como instituciones de la Comunidad Autónoma y, al mismo tiempo, Administración Local, según se recoge en el art. 4.1 de la Ley 8/2000, de 27 de octubre, de los Consejos Insulares” (fundamento jurídico 2.º).

perior de Justicia de las Islas Baleares. Lo argumenta así en su fundamento jurídico 3.º:

“No se trata de un mecanismo de aprobación que exima del trámite necesario. Tan sólo solventa el problema de un bloqueo en la votación. De ahí que la Sala no comparta el criterio sostenido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sección 1ª, 127/2004, de 17 de febrero, recurso 884/2002. El artículo 197 bis de la LOREG no regula un trámite excepcional del presupuesto municipal, sino tan sólo un medio de desbloquear una votación. Por ello, es necesario el debate previo para llegar a la aprobación inicial que prevé el artículo 168 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. Si esta aprobación no se obtiene en el pleno, cabrá activar la fórmula de desbloqueo comentada. Pero a continuación será necesario continuar con el trámite previsto en el artículo 169 del citado texto, exponiéndose necesariamente al público a fin de que los interesados puedan examinarlos y presentar las reclamaciones pertinentes. No tendría sentido que la participación ciudadana se suprimiera sólo por el hecho de que no exista una mayoría suficiente para la aprobación en el pleno del ayuntamiento”.

Conviene subrayar que esta Sentencia ha sido dictada teniendo presente la anterior, de la que disiente, y, por lo tanto, su argumentación puede ser leída como una réplica a las razones esgrimidas en aquella. Para el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en efecto, no estamos ante un “trámite excepcional del presupuesto municipal”, sino únicamente ante un “medio de desbloquear una votación”. En consecuencia, producido el desbloqueo, “será necesario continuar con el trámite previsto en el art. 169” LHL, es decir, con la exposición al público y, si hay alegaciones, posterior aprobación definitiva.

En refuerzo de esta argumentación, el Tribunal de Justicia de Cantabria cita la Sentencia de 6 de julio de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, del Tribunal Supremo (recurso de casación 5352/2001). En relación con la finalidad buscada por el artículo 197 bis LOREG, afirma el Tribunal Supremo en su fundamento jurídico 4.º lo siguiente:

“Este precepto efectivamente prevé un mecanismo dirigido a evitar el bloqueo de la toma de decisiones en una materia de tanta trascendencia para la vida municipal como es el presupuesto municipal. Pero ello no significa que, en aras de lograr esa excepcional forma de aprobar el presupuesto, se pueda limitar el debate y la actuación de los concejales.

“El mecanismo más bien sugiere lo contrario: hay un desiderátum de que el presupuesto municipal se logre con un acuerdo adoptado por la mayoría que resulta necesaria y tras el debate que es connatural a la democracia participativa y al pluralismo político; y solamente en el caso de que no se logre la mayoría necesaria para esa aprobación y para la cuestión de confianza que se haya presentado vinculada a tal aprobación, y tampoco prospere o se presente la ulterior moción de censura establecida para esa eventualidad, es cuando opera esa excepcional forma de aprobación del presupuesto municipal”.

Vaya por delante que esta Sentencia del Tribunal Supremo aborda el problema de la participación de los concejales en el debate relativo a la aprobación de los presupuestos municipales. Ahora bien, como correctamente afirma el Tribunal de Justicia de Cantabria, “el argumento de fondo es el mismo para el debate ciudadano” (fundamento jurídico 3.º). Acierta el Tribunal Supremo cuando califica el mecanismo previsto en el artículo 197 bis LOREG como una forma “excepcional” de aprobación de los presupuestos. Porque, efectivamente, su aprobación *ope legis* debe ser siempre una excepción a la regla general, consistente en que dicha aprobación sea el resultado de “un acuerdo adoptado por la mayoría que resulta necesaria y tras el debate que es connatural a la democracia participativa y al pluralismo político”. De esa naturaleza excepcional deriva que únicamente cabrá aplicar ese mecanismo cuando concurra el supuesto de hecho legalmente previsto, a saber: “solamente en el caso de que no se logre la mayoría necesaria para esa aprobación y para la cuestión de confianza que se haya presentado vinculada a tal aprobación, y tampoco prospere o se presente la ulterior moción de censura establecida para esa eventualidad”. De lo dicho

podemos concluir también, sin embargo, que si concurre el supuesto de hecho indicado, por mandato legal necesariamente “opera esa excepcional forma de aprobación del presupuesto municipal”. Y en esto precisamente parece consistir la excepción: el legislador sustituye al pleno en la toma de la decisión. La finalidad buscada, de evitar el bloqueo en un asunto de tanta trascendencia, ha sido legalmente considerada un fundamento suficiente para justificar precisamente eso: que la voluntad de los representantes de los vecinos que componen el pleno, traducida mayoritariamente en un rechazo a los presupuestos sometidos a su examen, sea sustituida por la voluntad favorable a su aprobación del legislador. En otras palabras, el legislador se pone de lado del alcalde, artífice del proyecto de presupuesto, aunque no cuente con el apoyo suficiente para su aprobación en la cámara municipal. De esta manera se fortalecen los rasgos presidencialistas del sistema. Para poder frenar la aprobación de los presupuestos, en suma, no basta con que el alcalde esté en minoría, es decir, con su rechazo en el pleno por una oposición en mayoría. Se exige algo más: que la mayoría de la oposición dé un paso más y se convierta en mayoría de gobierno, al exigirse que presente y triunfe una moción de censura que, como sabemos, es constructiva. Es ocioso notar que, dada la realidad política de un municipio cualquiera, resulta siempre más fácil alcanzar la mayoría para hacer oposición al equipo de gobierno actual que para apoyar a un candidato alternativo a alcalde²⁰.

Las consideraciones que acabamos de hacer en el párrafo anterior nos permiten poner en tela de juicio la afirmación que realiza el Tribunal de Justicia de Cantabria: “No tendría sentido que la participación ciudadana se suprimiera sólo por el hecho de que no exista una mayoría suficiente para la aprobación en el pleno del ayuntamiento” (fundamento jurídico 3.º). Si el legisla-

dor ha considerado que existe una justificación suficiente, en el caso excepcional que estamos contemplando, para desapoderar al pleno de la toma de la decisión, siendo sustituido por una aprobación *ope legis*, esa misma justificación quizá sirva también de base para explicar la ausencia de participación ciudadana. El vecino no participará en la toma de la decisión, ni a través de sus representantes electos en el pleno municipal ni tampoco directamente mediante la formulación de alegaciones.

- 3) La reciente Sentencia núm. 855/2013, de 11 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (recurso contencioso-administrativo 177/09), ha vuelto sobre la cuestión. En ella se toman en consideración las dos sentencias anteriormente citadas, pero se vuelve a la tesis primera, sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de que la aprobación debe entenderse definitiva. Discrepa, por tanto, de la posterior Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Lo argumenta de manera muy clara en su fundamento jurídico 5.º: “La vía del artículo 197 bis de la LOREG significa que el derecho al ejercicio del cargo de alcalde incluye el de la presentación de sus propios presupuestos y el de obtener una votación clara y diáfana sobre los mismos, sin enmiendas ni dilaciones (...)

“Por la doctrina se viene considerando que el artículo 197 bis de la LOREG introduce un procedimiento excepcional y especial de aprobación del presupuesto que no ofrece ninguna laguna legal, sino que exige un esfuerzo de interpretación legal que debe hacerse, no arbitrariamente, sino al amparo de los criterios hermenéuticos que el propio ordenamiento jurídico contiene y que no son otros que los expuestos en el artículo 3 del Código Civil, para concluir que la aprobación del presupuesto —que dicho procedimiento establece— es definitiva y no ini-

20. En palabras de Luis Ortega: “La esencia de este modelo es que prevalece la ausencia de un compromiso político de la oposición para gobernar con unos nuevos presupuestos, al propio rechazo mayoritario de la oposición a los presupuestos de la minoría de gobierno. Estamos, así, ante una cuestión de confianza constructiva, al exigírsele a la oposición, para derrotar la confianza, lograr convertirse en un nuevo equipo de gobierno”; en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Las relaciones de control entre órganos municipales”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, 2.ª ed., Civitas, Madrid, p. 768.

cial, pues no puede conseguirse de otra manera la finalidad perseguida por la norma (...)

“Esta Sala no comparte tal criterio [en referencia al mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en la sentencia ya citada de 20 de noviembre de 2006], toda vez que se debe partir de la existencia de dos procedimientos: uno, el ordinario de aprobación del presupuesto (artículo 169 LHL), tal y como se ha expuesto anteriormente y, otro, el procedimiento excepcional establecido en la LOREG (artículo 197 bis.5).

“Sobre el fundamento del citado artículo 197 bis.5, se ha pronunciado la STS de 5 de julio de 2005 (...) El recto sentido de lo dicho por esta sentencia no deja lugar a dudas de que estamos en presencia de dos procedimientos distintos, siendo completo el previsto en la LOREG y no un mero acto de trámite que obligue, posteriormente, a seguir el procedimiento ordinario del artículo 169 LHL”.

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia, como puede observarse en el fragmento transcrito de su sentencia, trae en apoyo de su tesis tanto la doctrina científica –que no concreta– como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, en este último caso, la misma esgrimida por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, pero entendida en modo distinto: en “el recto sentido de lo dicho” por ella. Es interesante destacar el énfasis puesto en subrayar que nuestro ordenamiento jurídico contempla dos procedimientos de aprobación del presupuesto municipal: uno “ordinario”, regulado en el artículo 169 LHL, y otro “excepcional”, regulado en el artículo 197 bis.5 LOREG. Se trata de dos procedimientos “distintos”. Por consiguiente, lo pre-

visto en la LOREG es un procedimiento “completo” que “no ofrece ninguna laguna legal”. Al contrario –se subraya en la sentencia–, lo contenido en la LOREG “no [es] un mero acto de trámite que obligue, posteriormente, a seguir el procedimiento ordinario” de la LHL. Todo ello sobre la base de que el artículo 197 bis LOREG atribuye al alcalde un derecho a la presentación de sus propios presupuestos, y el de obtener una votación sobre ellos “sin enmiendas”. Esto es, el uso de la vía de la LOREG impediría, así, que puedan introducirse cambios en el proyecto presentado por el alcalde.

4. Segundo caso: la aprobación excepcional de los presupuestos por la junta de gobierno municipal

4.1. La nueva regulación de la aprobación excepcional de los presupuestos por la junta de gobierno municipal

El artículo 1.38 de la reciente Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), ha añadido una nueva disposición adicional decimosexta a la LBRL²¹. Esta disposición no estaba en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno, sino que se incorporó durante su tramitación en el Congreso²². En ella se contempla el supuesto en el que el pleno municipal “no alcanzara, en una primera votación, la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos previstos en esta Ley”. Pues bien, dada esta premisa, y para cuatro supuestos concretos, la Ley atribuye a la junta de gobierno la competencia para la aprobación del acuerdo. Uno de estos supuestos es, justamente,

21. Es discutible, desde el punto de vista de la técnica legislativa, el acierto de incluir esta notable peculiaridad en el régimen común como una disposición adicional. Así lo ha destacado, por ejemplo, el Gobierno de Canarias, en su propuesta de resolución del recurso de inconstitucionalidad contra la LRSAL (recogida en el Dictamen 172/2014, de 8 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias). El ejecutivo autonómico, en efecto, considera que la Ley es merecedora “de un especial reproche”: “En primer lugar, aunque no sea el más importante, por la técnica legislativa empleada al situar el precepto como una disposición adicional. Si se atiende a su rúbrica, referida a la mayoría requerida para la adopción de acuerdos en las corporaciones locales, es evidente, que debería formar parte del cuerpo de la normativa básica que regula el régimen local y no figurar como una disposición complementaria de derecho especial, por tratar en realidad de un aspecto nuclear sobre la formación y expresión de la voluntad de la institución”.

22. En concreto, se introdujo a través de la Enmienda núm. 420, del Grupo Parlamentario Popular; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, núm. 58-2, 30 de octubre de 2013, p. 293. Precisamente por este motivo el Consejo de Estado no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre ella en el Dictamen emitido sobre el Proyecto de Ley.

la no aprobación de los presupuestos. Sorprendentemente, durante la tramitación parlamentaria, la inclusión de los presupuestos en dichos supuestos fue calificada por los impulsores de la reforma como un “error”, aunque finalmente no hubo ninguna rectificación²³. Por consiguiente, dispone la Ley que “la junta de gobierno local tendrá la competencia para aprobar: (...) El presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, siempre que previamente exista un presupuesto prorrogado”²⁴.

Estamos ante una solución que el propio precepto legal califica de “excepcional”. Su justificación se encuentra en el deseo del legislador de evitar el bloqueo en la toma de decisiones de claro contenido económico, que guarda estrecha relación con las medidas introducidas para la lucha contra la crisis económica, y en coherencia con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera²⁵.

La solución legalmente prevista es la atribución a la junta de gobierno local de la competencia para la aprobación del presupuesto. Supone, por tanto, una importante alteración de las reglas generales de distribución de responsabilidades entre los órganos municipales.

En el régimen común o general, en efecto, se atribuye en exclusiva al alcalde la iniciativa para la elaboración de los presupuestos. Como ya hemos indicado, a él corresponde su formación, así como su presentación ante el pleno (artículo 168.1 y 4 LHL). Pero corresponde a este pleno la competencia para la aprobación y modificación de los presupuestos. Lo que incluye, en el marco del procedimiento complejo ya descrito, tanto su aprobación inicial como la aprobación definitiva [ar-

tículo 22.2.e) LBRL, y artículos 168.4 y 169.1 y 2 LHL]. Expresamente se prohíbe la delegación de esta competencia del pleno tanto en el alcalde como en la junta de gobierno local (artículo 22.4 LBRL).

Esta regla encuentra ahora como excepción el supuesto contemplado en la nueva disposición adicional decimosexta LBRL: la atribución legal de la competencia para la aprobación del presupuesto a la junta de gobierno municipal, con el consiguiente desapoderamiento del pleno. No hay, por tanto, una aprobación del presupuesto por ministerio de la ley, esto es, *ope legis*, a diferencia de lo establecido en el artículo 197 bis.5 LOREG, sino un cambio legal en la determinación del órgano municipal competente para la aprobación del acuerdo correspondiente.

4.2. Los requisitos legales para la concurrencia de este supuesto excepcional

El legislador es consciente de que está cambiando las reglas de juego. Precisamente por ello, de modo expreso afirma que la junta de gobierno asume la competencia “excepcionalmente”. Carácter excepcional que queda fuera de toda duda con solo recordar que, en el régimen ordinario, no solamente la competencia para la aprobación del presupuesto se atribuye al pleno, sino que, además, se prohíbe legalmente su delegación a otros órganos municipales, incluyendo de manera específica la junta de gobierno (artículo 22.4 LBRL). Pues bien, subrayamos que la naturaleza excepcional de esta medida debe ser tenida en cuenta a la hora de precisar su alcance: impone una interpretación restric-

23. En el debate del Proyecto de Ley en la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas, el Sr. D. José Alberto Martín-Toledano Suárez, en nombre del Grupo Parlamentario Popular, al tomar la palabra afirma lo siguiente: “Hemos planteado a los letrados de la Mesa unas correcciones técnicas de algunas enmiendas del Grupo Popular. En concreto, en cuanto a la 420, que se refiere a la asunción por la junta de gobierno de determinadas competencias de pleno, teníamos dos borradores y por error se presentó aquel en el que figuraba que la aprobación del presupuesto sería asumida por la junta de gobierno. Mantendríamos las otras competencias, pero no la aprobación del presupuesto”; en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, X Legislatura, núm. 451, sesión núm. 19, celebrada el miércoles 30 de octubre de 2013, p. 15.

24. Disposición adicional decimosexta LBRL, apartado 1: “Excepcionalmente, cuando el pleno de la corporación local no alcanzara, en una primera votación, la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos prevista en esta ley, la junta de gobierno local tendrá competencia para aprobar: a) El presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, siempre que previamente exista un presupuesto prorrogado. b) Los planes económico-financieros, los planes de reequilibrio y los planes de ajuste a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril. c) Los planes de saneamiento de la corporación local o los planes de reducción de deudas. d) La entrada de la corporación local en los mecanismos extraordinarios de financiación vigentes a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y, en particular, el acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez previstas en el Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros”.

25. La justificación de la mencionada Enmienda núm. 420 es tan breve como poco clara: “A fin de solventar determinadas incidencias que se pueden producir en el funcionamiento ordinario de una corporación local”.

tiva de todo lo que le atañe y, por supuesto, impide su aplicación analógica²⁶.

El caso excepcional al que resulta de aplicación la disposición que estamos examinando se delimita por la concurrencia de varios requisitos, algunos comunes a los cuatro supuestos que se enumeran, y un último, en cambio, específico para el caso de la falta de aprobación del presupuesto:

- 1) El primer requisito común viene establecido de manera expresa: que el pleno no haya alcanzado, en una primera votación, la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo. En nuestro caso, para la aprobación del presupuesto (disposición adicional decimosexta, apartado 1, LBRL). Lo que se exige, por consiguiente, es que no se haya alcanzado la mayoría requerida “en una primera votación” del pleno. El empleo de esta expresión suscita la duda acerca del momento en que cabe la sustitución del pleno por la junta en el marco de un procedimiento complejo, como es el de la aprobación de los presupuestos municipales. Recuérdese que se requiere, en su caso, una doble aprobación: la inicial, y otra posterior definitiva. Pues bien, se trata de averiguar si la atribución legal de la competencia a la junta opera solamente en el caso de que el pleno no alcance la mayoría requerida en el momento de la aprobación inicial, o, por el contrario, también si esa situación se produce posteriormente en la aprobación definitiva de los presupuestos. Todavía más: si la sustitución es posible que se produzca en ambos casos en un mismo supuesto.

Una interpretación restrictiva, conduce a sostener que la aplicación de la disposición adicional decimosexta se limita a aquella hipótesis en que la falta de quórum de votación se haya producido en la fase de aprobación inicial (en nuestro caso, del presupuesto). A contrario, no será de aplicación cuando, aprobado inicialmente el acuerdo, la no consecución de la mayoría requerida se produce en la segunda votación, es decir, en la posterior fase de la aprobación definitiva. La atribución de la competencia a la junta de

gobierno solo serviría, de este modo, para evitar el bloqueo del presupuesto en el momento inicial del procedimiento de aprobación y no, sin embargo, en la recta final de la aprobación definitiva. A favor de esta tesis interpretativa juega la literalidad de la expresión legal “en una primera votación”, entendiendo que se refiere a la primera de las dos votaciones que integran el procedimiento complejo, esto es, la relativa a la aprobación inicial del presupuesto. Por lo demás, esta interpretación restrictiva no solamente es conforme, sino que vendría obligada por la naturaleza excepcional del supuesto que se contempla en dicha disposición adicional.

A pesar de lo convincentes que puedan resultar los argumentos anteriores, nos decantamos, sin embargo, por una interpretación más amplia, que permita la aplicación de la disposición adicional sexta en ambos momentos: la junta puede sustituir al pleno si no alcanza la mayoría requerida, ya sea en la aprobación inicial como en la posterior aprobación definitiva. En consecuencia, aunque el pleno haya acordado la aprobación inicial, si llegado el momento de la aprobación definitiva del presupuesto ese mismo pleno no alcanza “en una primera votación” la mayoría necesaria, la competencia para esa aprobación se traspa legalmente a la junta de gobierno local. A favor de esta tesis interpretativa juega un distinto entendimiento de la literalidad de la expresión legal “en una primera votación”. A lo que alude, en efecto, no es a la primera “aprobación” (inicial), sino –literalmente– a la primera “votación” del asunto en el pleno, con independencia de que se trate de la aprobación inicial o bien de la definitiva. Esta interpretación, por lo demás, resulta coherente con la finalidad perseguida por la disposición introducida con la reforma: lo que se pretende es asegurar que el asunto (en nuestro caso, el presupuesto) se aprobará, superándose el bloqueo que pueda producirse en el pleno. Pues bien, desde esta perspectiva teleológica, es irrelevante que el bloqueo se produzca en la aprobación

26. La existencia de esta situación de excepcionalidad ha sido puesta en duda. Sirva de ejemplo el Dictamen 165/2014, de 12 de marzo, del Consejo Consultivo de Andalucía: “el precepto [disposición adicional decimosexta] invoca una situación de excepcionalidad que en realidad no contempla (...) Se desconoce cuál es la situación de excepcionalidad, y si ésta es que no se adoptare la aprobación en una primera votación, es claro que no puede calificarse como tal”.

inicial o bien en la definitiva. Lo que mueve al legislador es procurar un remedio que, en todo caso, dadas las circunstancias previstas en el precepto, permita superar la oposición mayoritaria del pleno.

La última idea apuntada en el párrafo anterior, permite encontrar una respuesta satisfactoria a la pregunta acerca de qué sucede si el bloqueo por la mayoría del pleno se produce tanto en el momento de la aprobación inicial como en el posterior de la aprobación definitiva del presupuesto. La hipótesis que aquí se contempla, como bien se entenderá, es aquella en la que no se alcanza la mayoría requerida en el pleno para la aprobación inicial, de manera que el acuerdo de aprobación es adoptado por la junta. Superado este primer escollo, la tramitación del presupuesto sigue adelante, con su exposición pública y presentación de alegaciones. Y llegado el momento de la aprobación definitiva, de nuevo en el pleno no se alcanza la mayoría necesaria. La duda es si, de nuevo, la junta puede sustituir en la aprobación al pleno. En otras palabras, si la disposición adicional decimosexta limita el traslado de la competencia a una sola de las aprobaciones posibles (la inicial o la definitiva) o, en cambio, puede abarcar ambas (la inicial y la definitiva). La segunda opción apuntada es, a nuestro juicio, la que mejor se ajusta a la finalidad perseguida por el precepto. De lo que se trata, como ya se ha dicho, es de garantizar la aprobación del presupuesto, introduciendo un mecanismo que supere el bloqueo en el pleno con independencia tanto del momento en que se produzca como del número de ocasiones en que tenga lugar.

Una última consideración en este punto: las reflexiones que acabamos de hacer acerca del significado que debemos dar a la expresión legal “en una primera votación”, presuponen algo que no está del todo claro y de lo que nos ocuparemos más abajo en este mismo trabajo: que la disposición adicional decimosexta no ha alterado el procedimiento para la aprobación de los presupuestos municipales. En otras palabras,

que la intervención excepcional de la junta, adoptando ella el acuerdo de aprobación, debe incardinarse, como una especialidad, dentro del procedimiento ordinario previsto en los artículos 168 y 169 LHL. En concreto, suponemos que la sustitución del pleno por la junta en el momento de la aprobación inicial se traduce en un acuerdo de aprobación igualmente “inicial” del presupuesto, seguido, por tanto, de los trámites posteriores regulados en los artículos arriba citados. Y que, por consiguiente, no suponen un acuerdo de aprobación única o, si se prefiere, de aprobación a secas. Sobre ello volveremos más adelante.

- 2) El segundo requisito común, a diferencia del primero, se establece de forma implícita: la aplicación de la disposición adicional decimosexta da por hecho la existencia de una junta de gobierno local. Conviene recordar aquí, sin embargo, que la junta no es un órgano municipal de existencia obligatoria [artículo 20.1.b) LBRL]²⁷. En consecuencia, no será posible la sustitución en la aprobación del presupuesto en aquellos municipios en los que no exista el órgano (la junta de gobierno local) al que la Ley concretamente atribuye de manera excepcional la competencia. El hecho de que estemos ante un supuesto de naturaleza excepcional impide recurrir a una interpretación extensiva, y menos aún a la analogía: no será posible, pues, en los casos de inexistencia de la junta, entender que la voluntad de la disposición adicional decimosexta es atribuir la competencia a otro órgano municipal de carácter igualmente ejecutivo, en concreto, al alcalde. No creemos que haya sido un descuido del reformador local. Antes al contrario, parece una decisión consciente: no ha querido ir más lejos de lo lejos que ya ha ido, hasta el extremo de aceptar que no solamente la elaboración y presentación, sino también la aprobación del presupuesto se concentren en las únicas manos de un órgano, el alcalde, que, además, no es colegiado, sino unipersonal. Esta interpretación que aquí se propone se refuerza si acudimos a los antecedentes de la disposición adicional de-

27. El artículo 20.1.b) LBRL dispone lo siguiente: “La junta de gobierno local existe en todos los municipios con población superior a 5000 habitantes y en los de menos, cuando así lo disponga su reglamento orgánico o así lo acuerde el pleno de su ayuntamiento”.

cimosexta, que son analizados con más detenimiento en otra parte de este estudio. El artículo 26.g) del Real Decreto-ley 8/2013 ya prevé la sustitución del pleno en la aprobación del presupuesto, pero únicamente a favor de la junta de gobierno local. Por su parte, el posterior pero muy cercano en el tiempo Real Decreto-ley 14/2013, en su disposición adicional tercera, en el marco de la aprobación de medidas urgentes de apoyo en materia financiera, contempla la sustitución del pleno por la junta, pero, en caso de no existir, expresamente se establece que el traslado competencial opera a favor del alcalde. En definitiva, cuando el legislador lo ha querido, expresamente ha contemplado la habilitación al alcalde, como excepción a la regla de que la competencia se atribuye a la junta, de modo que, si no lo contempla expresamente, es sencillamente porque no lo quiere, como reiteradamente ha tenido ocasión de demostrar en el caso de la aprobación de los presupuestos: primero en el Real Decreto-ley 8/2013, y después mediante la introducción en la LBRL de la nueva disposición adicional decimosexta.

- 3) El tercero de los requisitos se exige específicamente para el supuesto de falta de aprobación del presupuesto: que se trate de la aprobación del presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, siempre que previamente exista otro prorrogado [disposición adicional decimosexta, apartado 1.a), LBRL].

La expresión utilizada por el legislador ha generado alguna duda: “El presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, siempre que previamente exista un presupuesto prorrogado”. Intenta disi-

parla, con poca fortuna, la “Nota explicativa de la reforma local”, de 5 de marzo de 2014, aprobada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas²⁸. La última de las preguntas que se plantea es la siguiente: “¿En qué escenario puede aprobar la junta de gobierno el presupuesto del ejercicio inmediato siguiente?”. Y la responde confusamente: “Durante el ejercicio ‘n’ el presupuesto que ha sido objeto de ejecución, con su posterior liquidación, se corresponde con el presupuesto del ejercicio inmediato anterior ‘n-1’ al haber sido este último objeto de prórroga. En esta situación, cuando en el año ‘n’ la corporación local tramite el presupuesto del ejercicio siguiente, esto es, el del año n+1, podrá aprobarlo por junta de gobierno si sometido en primera votación al acuerdo del pleno no se hubiera conseguido la aprobación del presupuesto”.

El traslado de la competencia del pleno a la junta de gobierno únicamente tendrá lugar, en consecuencia, cuando el municipio esté viviendo con un presupuesto prorrogado. En otras palabras, la disposición adicional decimosexta de la LBRL solamente se aplicará cuando se trate de la aprobación de un presupuesto en una corporación local que en el ejercicio inmediato anterior contase ya con un presupuesto prorrogado²⁹. Esta prórroga es contemplada por el artículo 169.6 LHL en los siguientes términos: “Si al iniciarse el ejercicio económico no hubiese entrado en vigor el presupuesto correspondiente, se considerará automáticamente prorrogado el del anterior, (...) hasta la entrada en vigor del nuevo presupuesto”³⁰.

28. Puede encontrarse en: www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Gestión%20del%20Portal/Nota%20explicativa%20de%20la%20reforma%20local.pdf

29. “Por tanto, para que el presupuesto pueda ser aprobado por la junta de gobierno ha de partirse de la premisa de que en el ejercicio inmediatamente anterior al que se refiere el presupuesto para aprobar la corporación ya se encontrara con el presupuesto prorrogado”; consideración contenida en el documento “Aprobación de los presupuestos por la junta de gobierno local tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)”, de la Dirección General de los Servicios Jurídicos y Coordinación Territorial de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), p. 3. Este documento puede encontrarse en:

www.femp.es/files/3580-774-fichero/WEB%20Aprobación%20presupuestos%20Junta%20de%20Gobierno.pdf

30. En este mismo sentido, el artículo 112.4 LBRL establece: “La aprobación definitiva del presupuesto por el pleno de la corporación local habrá de realizarse antes del 31 de diciembre del año anterior al del ejercicio en que deba aplicarse”. Y concluye el apartado 5 del mismo artículo: “Si el presupuesto no fuera aprobado antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, quedará automáticamente prorrogada la vigencia del anterior”.

4.3. Dos antecedentes inmediatos: medidas urgentes de apoyo a entidades locales con problemas financieros

En la compleja y muy abundante normativa reciente que se está dictando en materia financiera, prácticamente toda ella introducida mediante un uso abusivo del instrumento del decreto-ley, podemos localizar, un tanto escondidos, dos importantes antecedentes del caso que nos ocupa: el primero se encuentra en el artículo 26.g) del Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a las entidades locales con problemas financieros; el segundo se recoge en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

4.3.1. Real Decreto-ley 8/2013: aprobación de los presupuestos por la junta de gobierno local

El Real Decreto-ley 8/2013 se dicta con una doble finalidad, como su título ya nos indica. El primer objetivo persigue la “reducción de la morosidad de las administraciones públicas”, en la idea de que tal cosa “constituye un elemento imprescindible para mejorar la competitividad de la economía española, pues conlleva reducir las necesidades de financiación de las empresas, lo que les permite aprovechar mejor sus oportunidades de negocio y facilitar el crecimiento económico” (primer párrafo del apartado I del preámbulo). El segundo objetivo es “regular medidas extraordinarias, de carácter temporal y voluntario, de apoyo a la liquidez de los municipios” (artículo 20). Nos interesa detenernos en este segundo contenido de la norma.

Las “medidas extraordinarias de liquidez para municipios con problemas financieros” son reguladas en el título II. Tras determinar los municipios que pueden solicitar estas medidas (artículo 21) y las concretas medidas que pueden adoptarse (artículos 22 a 25), el texto normativo se ocupa de fijar las “condiciones a las que se somete el acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez de municipios” (capítulo III). Estas condiciones, siempre de naturaleza fiscal y financiera, son de dos tipos: unas aplicables con carácter general, es decir, cualquiera que sea la medida que se

adopte (artículos 26 y 27), y otras que son adicionales, aplicables específicamente en relación con determinados grupos de medidas (artículos 28 a 31).

La regulación de las condiciones generales se encabeza con la imposición legal a los municipios, a los que se aplique cualquiera de las medidas de apoyo a la liquidez, de la obligación de remitir al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un plan de ajuste (o la revisión del que ya tengan), en el que se incorporen las condiciones que se enumeran en el artículo 26. En la letra g) de este artículo nos encontramos con la condición que nos interesa destacar: “En el caso de que, existiendo previamente un presupuesto prorrogado, el pleno de la corporación local no apruebe el presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, deberá remitirse éste a la junta de gobierno local, quien tendrá la competencia para su aprobación. El presupuesto así aprobado será objeto de publicación de acuerdo con las normas generales y del mismo se dará cuenta al pleno en la primera sesión que se celebre con posterioridad a dicha aprobación”.

4.3.2. Real Decreto-ley 14/2013: aprobación de las medidas urgentes de apoyo por la junta de gobierno local

El Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, como su título indica, tiene como objeto la adopción de “medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras”. Aprovechando su aprobación, y a pesar de la falta de una conexión temática directa, se incluye una disposición adicional tercera: “Ampliación del plazo para la aplicación de las medidas del Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio”.

La rúbrica de la disposición adicional tercera es engañosa por inexacta. Es verdad que dedica su primer apartado a lo que anuncia, pero no así los otros dos siguientes.

En efecto, el apartado primero se ocupa de la ampliación del plazo previsto en el anterior Real Decreto-ley 8/2013. El artículo 32.2 de este último texto normativo preveía un plazo para que los municipios pudieran solicitar al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas acogerse a alguna o varias de las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez. Esta solicitud debía ir acompañada de un plan de ajuste (o su modificación si ya lo tenían) y de los correspondien-

tes acuerdos del pleno de la corporación local que con tuviesen la aceptación de las medidas que pudiera acordar el Ministerio, y de las condiciones relativas a dichas medidas. Pues bien, como decimos, el apartado primero del posterior Real Decreto-ley 14/2013 amplía en un mes ese plazo.

Los apartados segundo y tercero son los que nos interesan a los efectos de nuestro estudio: en ellos se atribuye a la junta de gobierno local (apartado segundo) o bien, de no existir, al alcalde (apartado tercero) la competencia que inicialmente corresponde al pleno para la aprobación de las medidas urgentes de apoyo en caso de padecer problemas financieros.

La regla general, efectivamente, es el traslado por ministerio de la ley de la competencia del pleno a la junta de gobierno local: “Cuando siendo competencia del pleno de la corporación local éste no alcanzara, en una primera votación, la mayoría necesaria para presentar la solicitud de acogerse a determinadas medidas, aprobar el plan de ajuste o aprobar algunas de las medidas incluidas en dicho plan de ajuste a las que se refiere el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, la junta de gobierno local asumirá esta competencia. La junta de gobierno local dará cuenta al pleno, en la primera sesión que se celebre con posterioridad a la presentación de la mencionada solicitud, de la aprobación del plan de ajuste o de alguna de las medidas en él incluidas” (apartado segundo de la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2013).

Por excepción, en aquellos municipios en los que no exista junta de gobierno local, el traslado competencial opera en favor del alcalde: “En los casos en los que no exista junta de gobierno local, por concurrir las circunstancias a las que se refiere el artículo 20.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las decisiones mencionadas en el apartado anterior corresponderán al alcalde” (apartado tercero de la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 14/2013)³¹.

A diferencia del Real Decreto-ley 8/2013, que no justifica de manera expresa la notable singularidad contenida en su artículo 26.g) de atribuir a la junta de gobierno local la competencia para la aprobación de los presupuestos, el preámbulo del Real Decreto-ley 14/2013 sí que se detiene a indicar las razones que explican la introducción de la disposición que estamos comentan-

do: “La disposición adicional tercera trata de posibilitar que municipios que inicialmente, y habiéndolo podido hacer, no solicitaron las medidas del título II del Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, presenten las solicitudes y el plan de ajuste correspondiente en un plazo adicional. En un buen número de casos esa situación se ha debido a problemas de gobernabilidad en los ayuntamientos correspondientes. Para solventar esta situación se posibilita la aprobación por la junta de gobierno local o, si esta no existiese por tratarse de municipios de menos de 5000 habitantes y que no estén obligados a disponer de aquel órgano, por el alcalde. Con ello se desbloquearía una situación de interferencia de la situación política en el funcionamiento financiero de los municipios afectados”. Y continúa: “En definitiva, el objetivo de esta disposición es facilitar la mayor incorporación posible de municipios a las medidas extraordinarias citadas eliminando obstáculos que no deberían afectar al logro de la estabilidad y del reequilibrio de los municipios afectados”. Concluye así: “La urgencia y necesidad de esta disposición radica en que las medidas extraordinarias de apoyo a ayuntamientos con problemas financieros deben ser solicitadas ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas dentro de este mismo año. Medidas que se consideran necesarias para resolver con la mayor celeridad posible la grave situación financiera de los ayuntamientos concernidos”.

4.4. Las especialidades desde la perspectiva competencial y procedimental

No cabe duda de que la disposición adicional decimosexta de la LBRL introduce una importante especialidad en orden a la aprobación del presupuesto, siempre que concurren los requisitos allí establecidos. Menos claro es, en cambio, si esta especialidad se circunscribe únicamente al ámbito competencial, o si, por el contrario, afecta también al aspecto procedimental.

4.4.1. La clara especialidad competencial y su dudoso encaje constitucional

Como ya hemos dicho, la solución prevista en la mencionada disposición adicional decimosexta es la atribución a la junta de gobierno local de la competencia

31. La junta de gobierno local no es un órgano de existencia necesaria en todos los municipios. Ya hemos reproducido más arriba el contenido del artículo 20.1.b) LBRL.

para la aprobación del presupuesto. Supone, por tanto, una importante alteración de las reglas generales de distribución de responsabilidades entre los órganos municipales. Reiteramos que no hay aquí una aprobación *ope legis* del presupuesto, sino un cambio legal en la determinación del órgano municipal competente para la aprobación del acuerdo correspondiente.

El desapoderamiento legal del pleno a favor de la junta respecto a la aprobación de los asuntos de naturaleza económica recogidos en la disposición adicional decimosexta (incluido el presupuesto municipal) ha originado serias dudas acerca de su constitucionalidad. Así se sostiene, por ejemplo, en el conflicto en defensa de la autonomía local planteado contra la LRSAL³², que cuenta con el apoyo, en este punto concreto, del Dictamen del Consejo de Estado 338/2014, de 26 de mayo, dictado justamente en relación con el planteamiento de este recurso³³. Con una sustancial identidad de argumentación, la defensora del pueblo ha inter-

puesto un recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional tercera, apartados dos y tres, del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre³⁴. La constitucionalidad de esta disposición legal también ha sido analizada en los dictámenes de varios órganos consultivos autonómicos, emitidos con ocasión de la propuesta de presentación de un recurso de inconstitucionalidad desde las correspondientes comunidades autónomas³⁵.

En concreto, los municipios promotores del conflicto en defensa de la autonomía local afirman que la disposición adicional decimosexta de la LBRL supone una vulneración del principio democrático en el ámbito local (artículos 1.1 y 23.1 CE), así como de la autonomía local, especialmente de la municipal, por la imbricación existente en este nivel entre democracia y autonomía³⁶, puesto que el artículo 140 de la Constitución “incluye la opción constitucional por una administración democrática”³⁷.

32. Una argumentación igual puede encontrarse también como fundamento del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LRSAL por un grupo de diputados del Congreso, pertenecientes al Grupo Parlamentario Socialista, IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, UPyD y el Grupo Parlamentario Mixto.

33. Concluye el Consejo de Estado: “En definitiva, existen fundamentos jurídicos suficientes para que los municipios interesados planteen conflicto en defensa de la autonomía local respecto de la disposición adicional decimosexta de la LBRL”.

34. La interposición de este recurso de inconstitucionalidad fue solicitada a la actual defensora del pueblo, mediante escrito de entrada de 16 de diciembre de 2013, por el diputado de Izquierda Unida en el Congreso, D. Alberto Garzón Espinosa, al amparo de la legitimación activa que, ante el Tribunal Constitucional, confieren a la institución del defensor del pueblo los artículos 162.1.a) de la Constitución, 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. La respuesta favorable a esta solicitud con acuerdo de interposición del correspondiente recurso tuvo lugar mediante Resolución del defensor del pueblo de 26 de febrero de 2014. En el escrito se concluye, efectivamente, que: “La nueva regla podría vulnerar la Constitución porque, en suma, la sustitución del pleno por la junta de gobierno tras no alcanzarse en una primera votación plenaria la mayoría necesaria para tomar una decisión vital para la administración municipal, podría vulnerar los preceptos constitucionales citados”. Esta Resolución puede encontrarse en:

http://cdn27.hiberus.com/uploads/documentos/2014/03/05/documentos_respuestasoledadbecerrilalbertogarzon_4385959c.pdf

35. Así lo hacen el Dictamen 165/2014, de 12 de marzo, del Consejo Consultivo de Andalucía, el Dictamen 172/2014, de 8 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias, y el Dictamen 13/2014, de 12 de mayo, del Consejo de Navarra.

36. La jurisprudencia constitucional ha destacado insistentemente la conexión entre el principio democrático y la autonomía local. Sirva de ejemplo la reciente STC 103/2013, de 25 de abril, en cuyo fundamento jurídico 6.º se afirma: “El principio representativo es, también, fundamento de la autonomía local”. Ya con anterioridad, se había sostenido en el fundamento jurídico 3.º de la STC 132/2012, de 19 de junio, que: “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”. Que esta conexión viene de antiguo lo demuestra la cita del fundamento jurídico 3.º de la STC 33/1993, de 1 de febrero: “uno de los aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado atañe al funcionamiento democrático de los órganos de gobierno de las corporaciones locales y, dentro de él, en concreto, a lo que afecta al quórum y mayorías necesarias para la adopción de acuerdos de los órganos colegiados superiores, ya que los preceptos relativos a estas cuestiones definen precisamente un gobierno de democracia local” (reiterado en el fundamento jurídico 4.º de la STC 331/1993, de 12 de noviembre).

37. Aunque no nos detengamos ahora en este punto, el conflicto en defensa de la autonomía local, al igual que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo de diputados citado, con respaldo del Consejo de Estado, destacan que el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, atribuye expresamente al pleno de la corporación local la competencia para la aprobación de los planes económico-financieros. En este sentido, los municipios recurrentes sostienen, en relación con la disposición adicional decimosexta de la LBRL, “que la previsión de que los planes económico-financieros puedan ser aprobados por la junta de gobierno, y no por el pleno, supone una contradicción con la Ley orgánica a la que remite el artículo 135 de la Constitución en este punto, y, por ello, resulta inconstitucional. En efecto, de acuerdo con el art. 23.4 LOEPSF, estos planes deberán ser aprobados por el pleno de la corporación. Esa previsión del legislador orgánico, al que remite el art. 135 de la Constitución no puede ser contradicha por la legislación básica local, como ya se ha advertido en supuestos anteriores”. No todos, sin embargo, están de acuerdo con esta argumentación. Así, por ejemplo,

En relación con la posible vulneración del principio democrático, tanto el conflicto en defensa de la autonomía local como el Dictamen del Consejo de Estado parten de la diferente configuración que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, incluida la más reciente, tienen el pleno y la junta de gobierno en los municipios. Sirva de ejemplo la reciente STC 161/2013, de 26 de septiembre, que, en su fundamento jurídico 9.º, configura el pleno municipal como “órgano de carácter representativo de una colectividad política territorial que somete a un procedimiento democrático decisiones que incorporan fines políticos propios, reflejo del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la autonomía local garantizada en el artículo 137 de la Constitución”. En ese mismo fundamento, y en contraposición, el Tribunal destaca la naturaleza ejecutiva de la junta de gobierno local: “que está configurado legalmente como un órgano municipal ejecutivo tanto por su conformación orgánica como por la naturaleza de sus competencias (...) Ese carácter ejecutivo (...) se deriva, en primer lugar, de su composición orgánica, ya que no se integra de conformidad a los principios de representatividad y proporcionalidad del pleno, sino por el alcalde y una serie de concejales nombrados y separados libremente por el alcalde”.

Se llega a la conclusión de que es notoriamente contrario al principio democrático sustraer al pleno y, con ello, al máximo órgano de representación política en el que está presente la oposición, la competencia para aprobar acuerdos de importancia esencial para la vida financiera y presupuestaria del municipio. La justificación legal de este desapoderamiento, como hemos dicho, no se explicita en el preámbulo de la LRSAL. Pero, compartiendo el criterio del Consejo de Estado, entendemos que esas razones “son, como es obvio, las mismas que expone el preámbulo del Real Decreto-ley 14/2013”, y que ya hemos reproducido. La in-

troducción de estas disposiciones obedece, pues, al deseo de evitar “problemas de gobernabilidad en los ayuntamientos”. El traslado de la competencia a la junta, por consiguiente, se justifica “para solventar esta situación”, siendo tal el no lograr en el pleno la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo correspondiente, “eliminando obstáculos que no deberían afectar al logro de la estabilidad y del reequilibrio de aquellas entidades”. Se concluye, con total claridad, que “con ello se desbloquearía una situación de interferencia de la situación política en el funcionamiento financiero de los municipios afectados”.

Recapitulando: para el normador que está detrás de estas reformas, el hecho de que decisiones clave de carácter financiero y presupuestario no sean aprobadas por el pleno, que es a quien corresponde la competencia, se considera un “obstáculo” que origina “problemas de gobernabilidad” a los municipios. De ese modo, trasladar la competencia a la junta se configura como un mecanismo de “desbloqueo”, que permite poner fin a lo que se entiende que es una “situación de interferencia de la situación política en el funcionamiento financiero de los municipios afectados”. En definitiva, aunque pueda resultar sorprendente, la voluntad mayoritaria de los representantes electos de los vecinos se califica como una “interferencia” para lo que evidentemente se considera prioritario en estas normas, a saber, el correcto “funcionamiento financiero de los municipios afectados”. Otra manifestación más de cómo las últimas reformas locales utilizan como un criterio rector el económico de la eficiencia, en el marco de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, reforzados con el nuevo artículo 135 de la Constitución, con total olvido de otros criterios que tienen igual anclaje constitucional, como por ejemplo el principio democrático³⁸.

En la crítica a esta identificación coinciden la mayoría de los textos arriba indicados³⁹. Así, en el con-

el Consejo de Navarra, en cuyo Dictamen 13/2014, de 12 de mayo, afirma: “tampoco cabe entender vulnerado lo dispuesto en el artículo 135.5 de la Constitución, toda vez que nos encontramos no tanto ante el desarrollo de los principios establecidos en este precepto, sino ante la asignación, excepcional, de una competencia a un determinado órgano administrativo municipal”.

38. En este sentido debe interpretarse, a nuestro parecer, la escueta justificación ya reproducida de la Enmienda núm. 420 que introdujo en el Congreso la disposición adicional decimosexta. En ella, efectivamente, se justifica la medida en el deseo de “solventar determinadas incidencias” que pueden producirse –se reconoce– “en el funcionamiento ordinario” de la entidad local.

39. Pero no todos. Algunos dictámenes de órganos consultivos autonómicos, en efecto, se han pronunciado a favor de la constitucionalidad de la disposición adicional decimosexta de la LBRL, por su no vulneración del principio democrático. Así lo hace el Dictamen 172/2014, de 8 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias: “La norma [disposición adicional decimosexta], al atribuir a la junta de gobierno local la aprobación a la que se refiere, no supone vulneración de los principios democráticos

flicto en defensa de la autonomía local –y en igual sentido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo de diputados del Congreso– se afirma que: “ese desapoderamiento del pleno se produce ante una situación como la no aprobación en primera votación que, aunque se califique de excepcional, debe considerarse ordinaria en el funcionamiento democrático de una entidad pública”. En el mismo sentido, el Consejo de Estado sostiene: “El voto contrario a la adopción de tales decisiones de la mayoría de los miembros del pleno no es –como dice el preámbulo del Real Decreto-ley 14/2013– ‘una situación de interferencia de la situación política en el funcionamiento financiero de los municipios afectados’, sino una cabal manifestación de la voluntad de los vecinos del municipio expresada a través de sus representantes libremente elegidos”. A la misma conclusión llega el Dictamen 165/2014, de 12 de marzo, del Consejo Consultivo de Andalucía: “no cabe duda de que el mero hecho de privar al pleno de sus competencias por no adoptar determinados acuerdos en primera votación falta al principio democrático, en la medida en [que] el pleno es el órgano que representa a los ciudadanos, por lo que su derecho a participar en los asuntos públicos quedaría vacío de contenido”. Ya con anterioridad inició este hilo argumental el defensor del pueblo: “Se trata ciertamente de una decisión legislativa opinable, y tampoco puede dudarse del sentido de la disposición adicional tercera [del Real Decreto-ley 14/2013] de librar un ‘obstáculo’. Pero el defensor del pueblo no puede compartir que el respeto por las reglas procedimentales, más cuando se atienen al principio de las mayorías (que exige el respeto por las minorías) pueda ser calificado de ‘obstáculo’. Es simplemente un ingrediente de la decisión. Si la ley hasta ahora requiere mayoría del pleno, no es ello propiamente un obstáculo, sino un requisito, sin el cual la decisión no existe o es inválida”. Y prosigue:

“La causa de la sustitución del pleno por la junta de gobierno resulta estar en que no se alcanza ‘en una primera votación la mayoría necesaria’ para tomar una decisión. Parece pues como si la mayoría hubiera de ser alcanzada a toda costa, ‘no alcanzar la mayoría para aprobar’ no es una decisión válida, esa mayoría alcanzada no sirve y se traslada a la junta de gobierno y al alcalde la capacidad de decidir aprobar. Tiene razón el solicitante cuando dice que ‘se ignora’ al pleno municipal”.

4.4.2. La dudosa especialidad procedimental

Menos claros son la existencia y –en caso afirmativo– el alcance de la especialidad introducida por la disposición adicional decimosexta respecto al procedimiento de aprobación del presupuesto. Dos son, en breve, las interpretaciones que pueden barajarse al respecto.

La primera opción interpretativa consiste en entender que no solamente cambia el órgano municipal competente, sino también el procedimiento para la toma de la decisión. Si concurren los requisitos previstos en la disposición adicional decimosexta, el acuerdo de aprobación corresponderá a la junta de gobierno local, de manera que no deberá seguirse el procedimiento que legalmente está previsto para el caso de la aprobación por el pleno. La aprobación de los presupuestos municipales, en consecuencia, puede tener lugar a través del procedimiento ordinario regulado en los artículos 168 y 169 LHL, cuando el acuerdo lo toma el pleno, lo que constituye la regla general, o bien siguiéndose un procedimiento distinto, especial frente al ordinario, y excepcional, como señala la disposición adicional decimosexta de la LBRL, cuando la competencia para la toma del acuerdo se traslada a la junta. Como esta disposición adicional no indica expresamente el procedimiento que debe seguir la junta para la aprobación del presupuesto, hemos de entender que ese acuerdo se adoptará con el mismo procedi-

en tanto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.1 LBRL la junta de gobierno local, necesariamente, ha de estar integrada por el alcalde y un determinado número de concejales, no superior al tercio del número legal de los mismos, que son cargos públicos representativos. El precepto por consiguiente se considera constitucional”. A la misma conclusión llega el Dictamen 13/2014, de 12 de mayo, del Consejo de Navarra: “Entiende la propuesta de recurso de inconstitucionalidad que se produce con esta disposición adicional una lesión del principio democrático (...) No podemos compartir la primera de las objeciones que se plantea a este precepto (...) no cabe y es lo que se encarga de señalar la sentencia [STC 103/2013, de 25 de abril, fundamento jurídico 6.º], que formen parte de la junta de gobierno personas que no ostenten la condición de concejales, precisamente por la legitimidad democrática que corresponde al ayuntamiento. Ahora bien, ello sin perjuicio de las funciones o competencias que corresponda ejercitar a cada órgano, ‘decisión ésta que corresponde adoptar al legislador básico’ en palabras de ese Tribunal”.

miento con el que habitualmente toma este órgano sus decisiones. La consecuencia de adoptar esta tesis interpretativa es que para la aprobación del presupuesto basta el solo acuerdo de la junta. En otras palabras, no estamos ante un procedimiento complejo: no es precisa ya una aprobación inicial y otra posterior definitiva, sino que la decisión de la junta de gobierno local basta como única aprobación.

Nosotros nos decantamos, sin embargo, por otra tesis interpretativa, según la cual no estamos ante un procedimiento distinto, sino ante una mera especialidad procedimental. En consecuencia, también en este caso excepcional debe seguirse el procedimiento previsto en los artículos 168 y 169 LHL (en rigor, el único existente), con la peculiaridad de que, si no se consigue la mayoría necesaria en la votación del pleno, el trámite se salva mediante el traslado de la competencia a la junta. Pero a partir de ese momento, es decir, de la adopción del acuerdo de aprobación por la junta, debe seguirse el procedimiento tal y como está legalmente previsto. Así, si la junta ha sustituido al pleno en la aprobación inicial del presupuesto, procederá ahora exponerlo al público, y, si se presentan alegaciones, corresponderá al pleno –y no a la junta– su aprobación definitiva. Salvo, claro está, que no se alcance nuevamente la mayoría requerida en el pleno, y otra vez el obstáculo se supere mediante un acuerdo de la junta⁴⁰.

A favor de esta segunda interpretación pueden traerse convincentes argumentos. De entrada, el carácter excepcional exige la interpretación restrictiva de lo establecido en la disposición adicional decimosexta: si podemos limitar su alcance a una especialidad procedimental, no cabrá ampliarlo a entender que su existencia presupone un procedimiento totalmente distinto de aprobación de los presupuestos. Y decimos que presupone porque, en segundo término, lo cierto es que la citada disposición adicional no dice nada expresamente al respecto, y, por tanto, en ningún momento recoge un procedimiento especial de aprobación. Por

lo demás, la reforma local no ha modificado el procedimiento previsto en los artículos 168 y 169 LHL, de manera que lo coherente es afirmar que siguen siendo aplicables a todos los casos de aprobación de los presupuestos. En tercer y último lugar, parece favorecer la tesis interpretativa que sostenemos el hecho de que la reiterada disposición adicional decimosexta exija que la junta, tras adoptar excepcionalmente el acuerdo de aprobación del presupuesto, “dé cuenta al pleno”, lo que demuestra que el pleno no ha quedado totalmente apartado, sino que, al contrario, sigue estando presente en el procedimiento⁴¹.

4.5 Dudas acerca de la participación ciudadana en esta modalidad de aprobación de los presupuestos municipales

Las dudas acerca de la existencia y, en caso de respuesta afirmativa, sobre la forma de llevar a cabo la participación ciudadana, en el supuesto excepcional de aprobación del presupuesto municipal por la junta previsto en la disposición adicional decimosexta de la LBRL, dependerá de la posición que hayamos adoptado sobre la cuestión antes tratada relativa al procedimiento que debe seguirse en estos casos.

Si nos decantamos por la primera tesis interpretativa indicada, esto es, que no debe seguirse el procedimiento ordinario de los artículos 168 y 169 LHL, sino un procedimiento distinto seguido ante la junta de gobierno local, la consecuencia obligada es que no resultará aquí de aplicación lo dispuesto en el artículo 169.1 LHL, puesto que este precepto regula la participación ciudadana como trámite en un procedimiento en el que la aprobación queda en manos de la asamblea municipal.

Incluso los que mantengan esta tesis podrían plantearse la aplicación por analogía del trámite de participación del artículo 169.1 LHL. Es verdad que, por esta

40. Esta es la tesis sostenida por la Dirección General de los Servicios Jurídicos y Coordinación Territorial de la FEMP en el documento ya citado. Entre las consideraciones afirma: “Esta disposición [disposición adicional decimosexta] no hace sino atribuir a la junta de gobierno local una competencia que, con carácter general, corresponde al pleno, pero en modo alguno no altera el procedimiento de aprobación de los presupuestos” (pp. 3 y 4). Idea que se reitera entre las conclusiones del documento: “Considerando que la disposición adicional decimosexta de la LBRL no modifica el procedimiento para la aprobación de los presupuestos (...)” (p. 4).

41. Somos conscientes, no obstante, de que la exigencia de dar cuenta al pleno puede servir para sostener lo contrario de lo afirmado arriba en el texto: la finalidad perseguida por la Ley al imponer esta obligación a la junta –podría afirmarse, en efecto– es asegurar que el pleno tendrá conocimiento del acuerdo adoptado y que, en su caso, podrá activar los mecanismos de control oportunos, pero demuestra que ya no es un asunto de su competencia.

vía, salvamos la existencia de un trámite que, como hemos visto, la jurisprudencia reiteradamente califica de esencial, y que tiene un directo anclaje en nuestro texto constitucional. Pero también es cierto que encaja mal con la finalidad perseguida por el legislador de la reforma local. Efectivamente, si para asegurar a toda costa el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en el marco de la garantía de la eficiencia económica, llegamos a sostener que la disposición adicional decimosexta de la LBRL no solamente traslada la competencia, sino que, además, exceptúa la aplicación del procedimiento de aprobación del presupuesto previsto para el pleno, no parece coherente con este planteamiento afirmar después que, a pesar de ello, debe mantenerse el trámite de participación ciudadana con la posibilidad de formular alegaciones, con la consiguiente dilación que todo ello conlleva, amén de la necesidad de dar respuesta a las alegaciones planteadas y, en su caso, de proceder a una segunda aprobación⁴².

La segunda tesis interpretativa –recordemos– sostiene que, a pesar de que la aprobación del presupuesto corresponda excepcionalmente a la junta, igualmente debe seguirse el procedimiento de aprobación de los

artículos 168 y 169 LHL, que, por lo demás, es el único existente. Por consiguiente, deberá respetarse en todo caso el trámite de participación del artículo 169.1 LHL. Veamos las opciones posibles.

Si la junta sustituye al pleno en el acuerdo de aprobación inicial, tras su toma el presupuesto se expondrá al público, y los ciudadanos podrán formular alegaciones. En el caso de que así suceda, la respuesta a las alegaciones y el acuerdo de aprobación definitiva corresponderán al pleno. Nótese que el pleno estaría resolviendo unas alegaciones que versan sobre un proyecto de presupuesto que la mayoría rechazó en su aprobación inicial.

Si la junta sustituye al pleno en el acuerdo de aprobación definitiva, tras su toma se procederá a dársele publicidad en los términos legalmente previstos (artículos 169.4 y 5 LHL, y 112.3 LBRL). La duda, en este caso, es averiguar a qué órgano municipal corresponde resolver las alegaciones presentadas durante el trámite de participación ciudadana. La mayoría del pleno, en una primera votación, lo habrá rechazado. Por lo tanto, parece razonable entender que, en este supuesto, corresponderá a la junta resolver las alegaciones y seguidamente acordar la aprobación definitiva⁴³. ■

42. Nada impide, sin embargo, que la junta de gobierno local voluntariamente ponga en marcha los mecanismos de participación ciudadana que estime oportunos.

43. Esto es defendido por la Dirección General de los Servicios Jurídicos y Coordinación Territorial de la FEMP, en el documento reiteradamente citado. Entre las consideraciones, en referencia al supuesto en que no se alcance en el pleno la mayoría necesaria para la aprobación definitiva, afirma: “en este caso, corresponderá a la junta de gobierno resolver las alegaciones que se presenten en el período de exposición pública y aprobar definitivamente el presupuesto”. Y añade: “Por otra parte los grupos políticos municipales y los partidos políticos que los sustentan podrán presentar alegaciones a los presupuestos, en el período de exposición pública, en la misma forma que lo harían si los presupuestos fueran aprobados por el pleno” (p. 4). De manera coherente, entre las conclusiones del documento se incluye la siguiente: “En tal caso, corresponderá también a dicho órgano municipal [junta] resolver las alegaciones que se hayan presentado en el período de exposición pública y decidir sobre las alegaciones o enmiendas que los grupos políticos municipales hayan presentado en el procedimiento de aprobación del presupuesto” (p. 4).

Los efectos colaterales de la reforma local: la incertidumbre sobre los centros asociados de la UNED

Alberto Palomar Olmeda

Profesor titular (acred.) de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

1. Consideraciones generales y de modelo en la reforma local de 2013
2. Breve apunte sobre el reparto de competencias en el ámbito local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local¹
3. La disposición adicional novena de la LRSAL
 - 3.1. Régimen general de los convenios
 - 3.2. Régimen específico de los convenios y demás instrumentos de cooperación de la UNED
4. Enmarque del sistema de aplicación de la LRSAL
 - 4.1. Determinaciones de carácter territorial
 - 4.1.1. País Vasco
 - 4.1.2. Comunidad Foral de Navarra
 - 4.1.3. Ciudades de Ceuta y Melilla
 - 4.1.4. Madrid y Barcelona
 - 4.2. Determinaciones de carácter sectorial
5. De los instrumentos de cooperación en concreto
 - 5.1. Convenios
 - 5.2. Consorcios
 - 5.2.1. Disposición adicional decimotercera. Consorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos
 - 5.2.2. Disposición adicional decimocuarta. Régimen jurídico especial de determinados consorcios
 - 5.2.3. Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa
6. Reconsideración general sobre el sistema

Resumen

El presente trabajo analiza un aspecto específico de la publicación de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. En concreto, se trata de analizar el encaje de los centros asociados de la UNED, que constituían, hasta el momento, una forma de cooperación interadministrativa, con la que se ha articulado una forma presencial de actuación de esta Universidad.

La aplicación de la LRSAL queda condicionada por sus normas y determinaciones específicas, por un lado, y, por otro, por un conjunto de medidas estatales y autonómicas, que están condicionando la aplicación real de la LRSAL en tanto no se realice una reordenación del sistema financiero del conjunto de las Administraciones Públicas.

Palabras clave: *centros asociados; enseñanza superior; adaptación de convenios; cooperación interadministrativa; financiación autonómica; competencias propias.*

Artículo recibido el 06/10/2014; aceptado el 03/11/2014.

1. En adelante, LRSAL.

Collateral effects of the local reform: uncertainty over UNED's associated centers

Abstract

This article analyzes a specific component of the Law on rationality and sustainability of Local Administration. In particular, it tries to study whether UNED's associated centers fit in the new scheme. Until now, these centers were a sort of interadministrative cooperation institution which has allowed an on-site activity of the University. The application of the Law on rationalization and sustainability of Local Administration is conditioned, on the one hand, by its norms and specific clauses, and in the other, by a set of State and Autonomous Community measures. All of these facts are interfering with the real application of the Law and it will be impossible to move forward until the reformulation of the financial system of all Public Administrations.

Keywords: associated centers; university studies; amendment of contracts; interadministrative cooperation; Autonomous Communities' financing system; proper competences.

1. Consideraciones generales y de modelo en la reforma local de 2013²

Es muy probable que pocas normas hayan causado desde el momento de su publicación un escepticismo mayor en su virtualidad aplicativa que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local³. El denominado mundo local es ciertamente complejo por el número de entidades que lo conforman (más de 8000), por su disparidad (entidades básicas, insulares, voluntarias, etc.), por el haz de competencias que han asumido en los últimos años, y finalmente por ser la Administración de mayor proximidad a los ciudadanos, y por tanto, en muchos niveles, la más exigente con quienes la representan⁴.

Es cierto, sin embargo, que se conforma –la local– como una instancia central en la vida pública española, y por tanto sus reformas y sus nuevos modelos organi-

zativos son analizados con mucho cuidado y desde muchas perspectivas.

En este contexto no puede negarse que la racionalización y sostenibilidad de la Administración local son objetivos que inmediatamente calan en la vida pública española, y de ahí las expectativas que generó el anuncio y posterior publicación de la Ley 27/2013. Pero es cierto también que pocas normas han producido – como señalábamos – en tan breve tiempo una sensación de que su virtualidad práctica estaba más que condicionada desde el principio⁵.

Podríamos preguntarnos sobre las causas de este escepticismo inmediato, y realmente esto nos permite indicar que las causas de aquel son ciertamente muchas y muy complejas, e incluyen desde una duda sobre el diagnóstico inicial –las Administraciones locales como invasoras injustificadas de competencias que corresponden a otros–, su operatividad real en un momento en que la financiación general y la posibilidad de su incremento están limitadas, y, por tanto, la pérdida de los

2. Una visión general puede obtenerse de los trabajos de VELASCO CABALLERO, F., “La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en el sistema de derecho local”, en DOMINGO ZABALLOS, M., (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Navarra, 2014; JIMÉNEZ ASENSIO, R., “La reforma local: primer análisis de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: contexto, elementos estructurales y algunas pautas interpretativas para la aplicación de un marco normativo complejo”, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013*; y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.

3. En adelante, LRSAL.

4. DÍAZ LEMA, J. M., “El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?”, en *Anuario del Gobierno Local 2012*.

5. FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., “Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?”, en *Anuario del Gobierno Local 2012*; y GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: de la duda a la incertidumbre”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.

prestadores actuales no necesariamente conlleva que se “revierta” en la instancia superior, o, finalmente, lo “corto” de su perspectiva, la falta de criterio sobre la instancia supraterritorial de las diputaciones, etc.

Se quiera decir o no, lo que no cabe negar es que la Administración local en su conjunto –y la municipal en particular– ha dedicado una parte importante de la financiación que proviene del urbanismo y de la cesión de aprovechamientos para conseguir prestaciones adicionales para los ciudadanos de sus respectivas comunidades políticas. La Ley no resuelve, desde el principio, cuál es el tránsito ni el flujo de fondos desde la Administración local a la autonómica por la realización de los servicios que venía realizando aquella; y, claro está, la posibilidad de una cesión voluntaria de los fondos propios, o de la financiación presupuestaria adicional, por aquella instancia territorial a la que corresponda la realización de la actividad, se presenta como hipótesis

no suficientemente fundada, y, probablemente, el elemento central de la rápida duda sobre la virtualidad real de la reforma.

Realmente han sido la propia norma, por un lado, y la legislación complementaria, por otro, las que rápidamente han alimentado las dudas sobre la aplicación. Así, el contorno complejo de las disposiciones adicional decimoquinta (educación), transitoria primera (salud) y transitoria segunda (servicios sociales), por un lado, y, por otro, la publicación de diversas normas autonómicas que realmente han “vaciado” la aplicación (leyes o decretos-leyes de Galicia, Andalucía, Madrid, Castilla y León, etc.), nos sitúan ante un entorno aplicativo ciertamente complejo y claramente sometido a una condición suspensiva: que se apruebe un nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas, que les permita asumir las nuevas obligaciones que se contienen en la LRSAL⁶.

6. La disposición adicional primera de la Ley 1/2014, de 25 de julio, de adaptación del régimen local de la Comunidad de Madrid a la Ley 27/2013, establece que:

“1. Las competencias relativas a la educación, previstas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, y las relativas a salud y servicios sociales establecidas en las disposiciones transitorias primera y segunda de la misma Ley, continuarán siendo ejercidas por los Municipios en los términos previstos en las leyes de atribución y en los convenios de colaboración que, en su caso, estén vigentes, hasta que hayan sido asumidas por parte de la Comunidad de Madrid, mediante el establecimiento de un nuevo Sistema de Financiación Autonómica que permita su asunción.

“2. Los Municipios podrán continuar ejerciendo las restantes competencias relativas a la educación, salud y servicios sociales, en los términos previstos en las leyes correspondientes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

“[...]”.

En el mismo sentido, la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de la Comunidad de Galicia, establece, por su parte, lo siguiente:

“[...]”

“Disposición adicional primera. Régimen aplicable a las competencias atribuidas por la legislación autonómica anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local

“Las competencias atribuidas a las entidades locales por la legislación autonómica anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, continuarán ejerciéndolas ellas, rigiéndose por la indicada legislación o, en su caso, por el derecho estatal aplicable como supletorio, sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones adicionales cuarta y quinta sobre la asunción por la Comunidad Autónoma de las competencias relativas a la educación, salud y servicios sociales.

“[...]”.

Este mismo esquema se encuentra en la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de la Comunidad de Galicia, cuando señala lo siguiente:

“[...]”

“Disposición adicional cuarta. Asunción por la Comunidad Autónoma de las competencias relativas a la educación, salud y servicios sociales:

“1. Las competencias que debe asumir la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de educación, salud y servicios sociales en cumplimiento de las disposiciones de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, continuarán siendo prestadas por los municipios en tanto no se den las condiciones previstas para su traspaso en la normativa básica y, en particular, el establecimiento del nuevo sistema de financiación autonómica y de las haciendas locales previsto en la misma.

“2. En el marco de lo que dispongan las normas reguladoras del sistema de financiación de las comunidades autónomas y de las haciendas locales, el Consello de la Xunta de Galicia regulará las condiciones del correspondiente traspaso de medios económicos, materiales y personales, sin que la gestión por las comunidades autónomas de los servicios anteriormente citados pueda suponer un mayor gasto para el conjunto de las administraciones públicas.

Se puede indicar ya que cuando esto ocurre el acer-vo analítico y de proyección de soluciones no estaba del todo fundado, y demuestra que las reordenaciones de carácter territorial exigen una reflexión de conjunto, y, en este caso, que la transformación del régimen local exigía un visión global sobre las Administraciones afectadas, y, desde luego, sobre el sistema de financiación de las mismas.

Lo cierto es que esta falta de visión global propicia una situación de transitoriedad y de precariedad, que realmente impide resolver las dudas concretas que se pueden plantear. De alguna forma el vaciamiento o el diferimiento del trasvase competencial deja tocado el modelo, con la paradoja de que, como no está muerto, tiene algunos efectos adicionales de carácter aplicativo –como el que aquí se plantea– que son consecuencia de esta concepción agónica de la reforma, que tenía unos visos de gran alcance y se ha quedado –por el momento– en un reforma de pequeños vuelos.

Pero, desde luego, no es este el momento de seguir por esta línea general de la crítica o de la duda general

sobre el modelo proyectado, sino, únicamente, de fundar en las mismas un análisis de carácter concreto que es, finalmente, el que aquí se pretende. De alguna forma, y parodiando la célebre frase, lo que tratamos de analizar son “efectos colaterales” (pero reales) de una cuestión concreta que probablemente deba ser considerada como una isla en medio de un océano.

En este sentido, el tema concreto que nos corresponde analizar es el de la incidencia de la reforma local sobre el modelo organizativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Este análisis exige realizar algunas consideraciones previas sobre la propia Universidad y la función que le corresponde realizar⁷.

En este sentido comencemos por recordar que, al principio de la década de los 70, se decide crear la Universidad Libre a Distancia. La idea cuaja, pero el nombre y la denominación, no. Por fin, en agosto de 1972, un decreto-ley da vida a la Universidad Nacional de Educación a Distancia: el Decreto-ley de 18 de agosto de 1972.

“A tales efectos, con carácter previo a la regulación por el Consello de la Xunta de las condiciones del correspondiente traspaso de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior, las consejerías competentes por razón de la materia deberán elaborar un plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los servicios.

“[...]”.

Y, asimismo, el Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que establece medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, establece en su disposición adicional única que “Las competencias que, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, se preveían como propias de los municipios en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud e inspección sanitaria, en materia de prestación de servicios sociales, y de promoción y reinserción social, así como aquellas otras en materia de educación, a las que se refieren las disposiciones adicionales decimoquinta y transitorias primera, segunda y tercera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, continuarán siendo ejercidas por los municipios en los términos previstos en las leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad Autónoma. [...]”. El esquema se mantiene, igualmente, en el Decreto-ley 1/2014, de 27 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, cuando en su artículo 4.º establece que: “1.– Las competencias que, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se preveían como propias de los municipios en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud e inspección sanitaria, en materia de prestación de servicios sociales, y de promoción y reinserción social, así como aquellas otras en materia de educación, a las que se refieren las Disposiciones adicionales decimoquinta y transitorias primera, segunda y tercera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, continuarán siendo ejercidas por los municipios en los términos previstos en las Leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad de Castilla y León. 2.– El resto de competencias en dichas materias atribuidas a las Entidades Locales de Castilla y León por la legislación de la Comunidad Autónoma anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, continuarán siendo ejercidas por éstas, de conformidad con las previsiones de la norma de atribución y en los términos establecidos en el artículo 7.2, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local. 3.– Las competencias que la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León, atribuye a los municipios en materia de construcción, conservación y mantenimiento de los consultorios locales, continuarán siendo ejercidas por éstos, en los términos previstos en dicha norma y de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Diputaciones Provinciales por el artículo 36.1.i) de la misma norma, en orden a la coordinación del servicio de mantenimiento y limpieza de los mismos en los municipios de menos de 5.000 habitantes y de las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma en orden a la planificación general, prestación y dotación de medios sanitarios en todos ellos”.

7. Con carácter general, GARCÍA ARETIO, L., “La Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de España”, en *RIED. Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 2006, págs. 17-51; PÉREZ JUSTE, R., “La Universidad Nacional de Educación a distancia (UNED)”, en *BORDÓN. Revista de Pedagogía*, vol. 41, núm. 3, Madrid, 1989.

La Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) es una institución de derecho público, dotada de personalidad jurídica y de plena autonomía en el desarrollo de sus funciones, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes.

La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificada por la Ley 4/2007, de 12 de abril, establece en su disposición adicional segunda que la UNED impartirá enseñanza universitaria en todo el territorio nacional, y que, en atención a sus especiales características, el Gobierno establecerá una regulación específica de la misma que tendrá en cuenta, en todo caso, el régimen de sus centros asociados y de convenios con las comunidades autónomas y otras entidades públicas y privadas, las específicas obligaciones de su profesorado, así como el régimen de los tutores. Sus estatutos se aprueban por el Real Decreto 1239/2011, de 8 de septiembre.

El artículo 5 de los Estatutos establece que:

“La UNED, como Universidad Nacional, asume como misiones fundamentales la inserción y coordinación entre los diferentes centros asociados de cada una de las Comunidades Autónomas así como el apoyo a las lenguas y culturas de España.

“Para ello y de acuerdo con lo que proceda en cada caso, la UNED podrá desarrollar las siguientes actividades:

“a) Colaborará con las Administraciones Autonómicas y demás Administraciones Territoriales para la difusión de la lengua, la cultura y el mejor servicio a sus ciudadanos en educación superior.

“b) Potenciará la docencia y el conocimiento de las lenguas oficiales españolas, tanto en España como en el exterior.

“c) Incorporará progresivamente las lenguas oficiales españolas a las páginas web y demás publicaciones de la Universidad, especialmente en Comunidades con dos lenguas oficiales, cuyos Centros Asociados propiciarán la convivencia enriquecedora de las dos lenguas en todas sus actividades.

“d) Propiciará de forma progresiva que los estudiantes puedan ser tutorizados en la lengua oficial que deseen”.

En esta perspectiva, puede decirse que el desarrollo político y estratégico de la UNED se centró en la implantación de enseñanzas en su modalidad de a dis-

tancia, y, en segundo momento, en acercar la educación superior a los núcleos de población alejados de las grandes metrópolis, que no disponen de universidad. La creación de centros regionales servirá para asentar la UNED y su peculiar método docente en toda la península y en las islas.

Estas dos líneas se completan, sucesivamente, con el inicio de una amplia actividad internacional de la que, por razones del idioma, América Latina se convierte en el objetivo central. La UNED se implanta en algunos países y su modelo metodológico la convierte en una referencia esencial de la AIESAD (Asociación Iberoamericana de Educación Superior a Distancia)⁸.

La UNED es hoy una gran obra educativa: la mayor universidad de España, con sus más de 260 000 estudiantes, y con una oferta educativa que abarca 26 títulos de Grado, 43 másteres, más de 600 programas de Formación Continua, 12 cursos de idiomas, más de un centenar de cursos de verano, y casi 400 actividades de Extensión Universitaria.

Sobre esta base la UNED ha ido creando una red de centros asociados que proyectan su actividad en el territorio. Esta proyección ha revestido diversas formas jurídicas que van, razonablemente, desde la firma de convenios hasta la participación en consorcios interadministrativos. Es cierto que existen, adicionalmente, algunos fenómenos organizativos diferentes con esquema de personificación propia, pero, en términos estadísticos, se centra en los mencionados anteriormente.

Desde la perspectiva de lo que aquí se analiza, el Real Decreto 1317/1995, de 21 de julio, regula el régimen de convenios de la UNED con sus centros asociados. El artículo 2.º del citado Real Decreto señala que “1. La red básica de centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) estará constituida, al menos, por un centro asociado por cada Comunidad Autónoma, situado de forma que su zona de influencia alcance el mayor número posible de alumnos de dicha Comunidad Autónoma y, en su caso, de las limítrofes. [...]”.

En punto a la forma de creación de los centros asociados, el Real Decreto 1317/1995, en el artículo 1.º, establece una cierta –no ilimitada– libertad de formas. En concreto, establece que “Los centros asociados a la Universidad Nacional de Educación a Distancia se cons-

8. En este mismo ámbito, AMADOR MUÑOZ, L. y MONREAL GIMENO, M.ª C., “La Unión Europea ante la Educación a distancia (no presencial)”, *Eúphoros*, núm. 4, 2002, págs. 207-216.

tituirán mediante consorcios, fundaciones u otras entidades con personalidad jurídica propia". Es cierto que el Real Decreto no concreta cuándo se puede realizar o utilizar alguna de las diferentes fórmulas indicadas, que, por tanto, quedan en régimen de decisión y de interés de las partes.

En todo caso, lo que se visualiza desde lo anterior es una universidad pública proyectada sobre el territorio con diversas fórmulas de cooperación interadministrativa, en función del deseo de las diferentes comunidades políticas de acercar la educación universitaria dispensada por la UNED. El modelo permite indicar, por tanto, que desde una perspectiva financiera la UNED, mediante las fórmulas de cooperación interadministrativa señaladas, obtiene un esquema financiero mixto, en el que algunas de las obligaciones derivadas de su implantación en el territorio se realizan por Administraciones diferentes a la que realmente ejerce su tutela.

En este esquema incide la publicación de la LRSAL no porque afecte directamente al modelo de universidad a distancia, sino porque condiciona –en los términos que veremos– la posibilidad de las Administraciones locales de realizar o de ejercer competencias que no figuren expresamente en el haz de competencias que obligatoriamente deben ejercer. Pues bien, en este esquema podemos indicar que la competencia sobre la enseñanza universitaria corresponde esencialmente a las comunidades autónomas –en el plano de la gestión– salvo en el caso de la UNED, que por su condición supraautonómica se ha reservado en manos del Estado. La UNED y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo conforman, en esencia, la estructura universitaria de la Administración General del Estado.

A partir de esta simple referencia podemos seguir el análisis, centrado, como se ha apuntado, en las condiciones y la forma en que se puede realizar la función de la UNED de presencia física en el territorio, y en la fórmula de cooperación interadministrativa. Se trata, claro está, de una forma de gestión que es tributaria de su historia (viene haciéndose así), pero de la que realmen-

te podríamos indicar o postular su "carácter contingente", y realmente el legislador o el presupuestarista podrían haber concebido el fenómeno territorial no sobre la base de la cooperación interadministrativa, sino de la presencia única de un órgano estatal en los respectivos territorios, si se considera que la figura de los centros asociados es un instrumento central de su organización y gestión.

La importancia de la cuestión que aquí se analiza es que el legislador no ha cambiado la fórmula cooperativa por la de gestión directa (perfectamente lícito), sino que, como se verá seguidamente, lo que hace es afectar a la fórmula cooperativa, sin que la solución de la gestión directa se convierta en el sistema alternativo natural por excelencia.

Este es, precisamente, el punto de interés del presente trabajo, que trata de analizar cómo la reforma del régimen competencial en el ámbito local produce un efecto colateral en el régimen de "presencia en el territorio de la UNED". El esquema –sin otras opciones alternativas, como la financiación íntegramente presupuestaria– incide claramente en el modelo de gestión de esta Universidad Pública, que, como se ha indicado, había situado los centros asociados en una forma de prestación del servicio que acercaba territorialmente la enseñanza a los ciudadanos españoles.

2. Breve apunte sobre el reparto de competencias en el ámbito local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local⁹

Con carácter general, podemos señalar que el esquema actual de competencias en el ámbito local se sustenta en diferenciar entre las competencias propias y las que no lo son. Las propias deben ser pres-tadas por el responsable constitucional, y financiadas conforme al esquema financiero convencional. Las que no son propias solo podrán ser asumidas en el ámbito local si la situación financiera de estas entida-

9. Con carácter general, ALONSO MAS, M.^a J., "El nuevo régimen de las competencias municipales", en DOMINGO ZABALLOS, M., (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Navarra, 2014; BOIX PALOP, A., "Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales", en REALA. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Nueva Época)*, núm. 2, julio-diciembre 2014; y CALVO VERGEZ, J., "La nueva reforma de la Administración Local: principales cuestiones planteadas en el marco de su racionalización y sostenibilidad", en REALA. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Nueva Época)*, núm. 2, julio-diciembre 2014.

des es satisfactoria. En razón de lo que hemos apuntado en el apartado anterior, esta segunda opción es la que realmente sustenta mejor la situación de los centros adscritos a una función de la enseñanza superior que, en este caso, se presenta como competencia estatal.

No obstante lo anterior, el desarrollo del régimen competencial podemos resumirlo en la forma siguiente:

- El artículo 25 de la LBRL (las referencias se entienden hechas a partir de aquí a la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre) admite que el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, pueda promover actividades y prestar servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de la comunidad vecinal, en los términos que se contienen en el propio artículo 25.

- De esta forma, el párrafo segundo del artículo 25 contiene las competencias propias que, “en todo caso”, deben ejercer los municipios, y entre las que se incluyen urbanismo, medio ambiente urbano, abastecimiento de agua, infraestructura viaria, servicios sociales, policía local, tráfico, información de la actividad turística, ferias, salubridad pública, cementerios y actividades funerarias, promoción del deporte, de la cultura, escolaridad obligatoria, y participación ciudadana¹⁰.

- La determinación de los servicios anteriores debe hacerse por ley, a la que se acompañará una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas, y el cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad.

- La ley que los establezca debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales, sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas.

- Por su parte, y en el mismo esquema actual, el artículo 26 de la LBRL diferencia las competencias por razón del número de habitantes, distinguiendo desde los servicios que tienen que prestar todos los munici-

pios hasta los que tienen que prestar los de población superior a 20 000 o a 50 000 habitantes.

- Esta medida se completa con otra que consiste en la atribución directa de la coordinación prestacional a las diputaciones provinciales, en relación con los municipios inferiores a 20 000 habitantes, en los siguientes servicios: “a) Recogida y tratamiento de residuos. b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. c) Limpieza viaria. d) Acceso a los núcleos de población. e) Pavimentación de vías urbanas. f) Alumbrado público”.

Lo relevante de esta opción prestacional es que “[...] Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera. [...]”.

La fórmula concluye con la indicación de que “[...] Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios. [...]”.

- Competencias delegadas.

El artículo 27 de la LBRL admite que tanto el Estado como las comunidades autónomas puedan delegar en los municipios el ejercicio de sus competencias respectivas. Se pone aquí de manifiesto un principio aceptado jurisprudencialmente en la conformación del régimen local y que identificamos con el carácter “bifronte” de la Administración local, que deriva del propio modelo constitucional (la doc-

10. MORENO MOLINA, J. A. y VILLANUEVA CUEVAS, A., “El régimen de los servicios mínimos tras la reforma efectuada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local”, en DOMINGO ZABALLOS, M., (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Navarra, 2014.

trina de las SSTC de 28 de julio de 1981 y de 22 de diciembre de 1981).

La delegación habrá de mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas, y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria.

La Administración del Estado y las de las comunidades autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias: vigilancia y control de la contaminación ambiental, protección del medio natural, prestación de los servicios sociales, conservación o mantenimiento de los centros sanitarios de titularidad de la comunidad autónoma, escuelas infantiles, actividades complementarias en los centros escolares, gestión de instalaciones culturales y deportivas, inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales, promoción y gestión turística, comunicación, autorización y sanción en materia de espectáculos públicos, liquidación y recaudación de tributos, inscripción de asociaciones, empresas o entidades en los registros administrativos, gestión de oficinas unificadas de información y tramitación administrativa, cooperación con la Administración educativa a través de la UNED.

En esta delegación se mantiene el principio de titularidad en el ejercicio de la competencia, que es inherente a la propia figura de la delegación, pero se añade, en este ámbito, el relativo al ejercicio de la propia competencia. En concreto, se señala que “[...] La Administración delegante podrá, para dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados, dictar instrucciones técnicas de carácter general y recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal, así como enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas. En caso de incumplimiento de las directrices, denegación de las informaciones solicitadas, o inobservancia de los requerimientos formulados, la Administración delegante podrá revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del Municipio. Los actos del Municipio podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante. [...]”.

Pero, sin duda, la referencia más importante es que “[...] La delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Admi-

nistración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación. [...]”.

La consecuencia del incumplimiento de la obligación de financiación está, igualmente, prevista en el apartado 6 del artículo 27, cuando señala que “[...] El incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la Entidad Local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que ésta tenga con aquélla”.

Es cierto que, en este ámbito, se contienen medidas para evitar que el nuevo régimen de la delegación concluya en un esquema muy próximo al actual. De entre estas medidas, el artículo 57 de la LBRL se refiere a la garantía de pago en el ejercicio de las competencias delegadas.

En concreto, el artículo 57 bis establece: “1. Si las Comunidades Autónomas delegan competencias o suscriben convenios de colaboración con las Entidades Locales que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago a cargo de las Comunidades Autónomas, será necesario que éstas incluyan una cláusula de garantía del cumplimiento de estos compromisos consistente en la autorización a la Administración General del Estado a aplicar retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación. La citada cláusula deberá establecer, en todo caso, los plazos para la realización de los pagos comprometidos, para la reclamación por parte de la Entidad Local en caso de incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de la obligación que hubiere contraído y para la comunicación a la Administración General del Estado de haberse producido dicho incumplimiento, teniendo en cuenta el plazo que, en su caso, se pueda establecer mediante la Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere el apartado 3 de este artículo. [...]”.

Se generaliza así un esquema adicional de cumplimiento que podemos denominar “retención en fuente” del dinero como fórmula de garantía. Se convierte al Estado en garante del cumplimiento de las obligaciones de pago de las comunidades autónomas, con la autorización de “retención en fuente” del dinero. Adelantemos que la retención en fuente produce un efecto notoriamente complejo, en tanto ocasiona una distorsión general en la figura presupuestaria, que se ve limitada por la inexistencia del volumen de ingresos previs-

tos para el conjunto de estas obligaciones. El que se produzca la retención en fuente consiste, en síntesis, en el establecimiento de obligaciones prioritarias de pago frente a obligaciones generales, que son todas las contenidas en la norma presupuestaria. Estas obligaciones garantizadas constituyen un elemento de ruptura de la relevancia del presupuesto, y permiten que unas obligaciones se paguen antes que otras en función de la propia ordenación legal de las obligaciones como prioritarias y no prioritarias. Este esquema de funcionamiento realmente contribuye a que la figura del presupuesto y su relevancia, incluso desde una perspectiva democrática, resulten ciertamente postergadas.

Es cierto que este esquema se completa en el artículo 109 de la LBRL con otra preferencia, en este caso subjetiva, consistente en establecer un mecanismo adicional para el pago de las deudas con el Estado, las comunidades autónomas, la Seguridad Social y cualesquiera entidades de derecho público dependientes de las anteriores que tengan las entidades locales, o aquellas con estas, y que pueden extinguirse igualmente fuera del circuito presupuestario con la compensación.

En el contexto señalado podríamos preguntarnos: ¿dónde queda la actividad de la UNED? La respuesta es clara: se trata de una universidad estatal que puede ejercer su función directamente, mediante los centros propios que pueda establecer y financiar con el dinero presupuestario que se le asigne en los presupuestos del Estado, o mediante la delegación de sus competencias en la Administración local. Adicionalmente podrá participar, conforme a las diferentes fórmulas de cooperación interadministrativa, en las competencias impropias que pueden ejercer únicamente aquellas entidades locales que, por su situación financiera de superávit, puedan dedicar esfuerzos a la prestación de los servicios que conforman el haz de competencias obligatorias.

De esta forma, por tanto, podemos indicar que el futuro pasa por una trilogía organizativa que implique: la asunción de las competencias de presencia en el territorio íntegramente por el Estado; obtener delegaciones específicas para la realización de funciones estatales; o la vinculación de la actividad impropia a la situación financiera de la entidad local, estableciéndose la

interdicción de hacerlo en aquellas entidades locales que no tengan esa situación de superávit.

3. La disposición adicional novena de la LRSAL

Situados en este plano podemos decir que la Ley 27/2013 tiene un entramado muy complejo de entrada en vigor real¹¹ y, sobre todo, de aplicación específica de determinados ámbitos sectoriales. Este esquema de entrada en vigor real es consecuencia –como hemos apuntado– del hecho de que la Ley no resuelve realmente el problema de la financiación de las competencias y, sobre todo, de lo que pudiéramos denominar el régimen de transición.

A esto debe añadirse la obligación de adaptación sobre un conjunto de instrumentos que, en estos momentos, regulan las relaciones interadministrativas, y que, claro está, condicionan efectivamente la visibilidad del modelo.

Analicemos estas cuestiones de una forma detenida, según los diversos aspectos que se plantean en la disposición adicional novena en función de la perspectiva de la respectiva situación planteada.

3.1. Régimen general de los convenios

La LRSAL es plenamente consciente de que la situación actual de prestación de servicios por parte de las Administraciones locales responde a fórmulas de gestión muy diferenciadas y que, desde luego, presentan un riqueza organizativa que no es previsible a priori. Es cierto, sin embargo, que esta disparidad organizativa nos permite indicar que la opción por la realización de actividades diferentes a las previstas con carácter mínimo en la legislación de régimen local no se ha realizado con fórmulas de gestión directa o indirecta propiamente locales, sino que es consecuencia, en muchos casos, de formas de cooperación interadministrativa surgidas a lo largo del tiempo, y como consecuencia de la existencia de intereses recíprocos que han ido fraguando fórmulas de orden cooperativo. Nos corresponde, en este momento, centrarnos en la fórmula convencional, que ciertamente es el instrumento más sen-

11. Desde una perspectiva legal, la disposición final sexta (“Entrada en vigor”) indica que: “La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’”. La publicación en el BOE se produce el 30 de diciembre de 2013.

cillo y, por tanto, más utilizado para este régimen de cooperación interadministrativa.

Es la disposición adicional novena la que regula la figura de los convenios para el ejercicio de las competencias y servicios municipales. En concreto, establece que: “1. Los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos, en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, por el Estado y las Comunidades Autónomas con toda clase de Entidades Locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de éstas últimas de competencias delegadas o competencias distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, deberán adaptarse a lo previsto en esta Ley a 31 de diciembre de 2014. Transcurrido este plazo sin haberse adaptado quedarán sin efecto. [...]”.

La interpretación del contenido de la disposición adicional novena, podemos resumirla sobre la base de varias ideas: a) la disposición adicional analizada únicamente afecta a los convenios suscritos entre el Estado o las comunidades autónomas y las entidades locales; b) dentro de este tipo de convenios solo afecta a aquellos que lleven aparejada financiación destinada a sufragar el ejercicio en el ámbito local de las competencias delegadas, o de competencias distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

A partir de esta delimitación, las consecuencias operativas se centran en la necesidad de que se adapten antes del 31 de diciembre de 2014. En caso contrario se produce *ope legis* la pérdida de efectos del convenio.

¿Qué es y en qué consiste –material y formalmente– la adaptación? Esta es, sin duda, la gran pregunta. Pero realmente en la estructura de la LRSAL la respuesta es sencilla: determinar si la competencia en cuestión se ejerce por delegación o como consecuencia de intereses propios de la respectiva entidad local.

En el primero de los casos, y conforme dispone el artículo 27 de la Ley 7/1985, en la redacción dada por la LRSAL, la Administración delegante debe utilizar criterios uniformes que se supone debe fijar previamente, y formalizar la correspondiente delegación en los términos, condiciones y circunstancias que han sido apuntados. Si por el contrario no se trata de una delegación, sino de una competencia propia, al no estar entre las que obligatoriamente deben prestar las correspondientes entidades locales (ya sean los municipios o, incluso, las diputaciones provinciales o el resto de entidades locales), el ejercicio está condicionado a lo que establece el artículo 7.4 cuando señala que:

“4. Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

“[...]”¹².

12. Un ejemplo sobre estos informes puede encontrarse en el artículo 6 de la Ley 1/2014, de la Comunidad de Madrid, de adaptación del régimen local de la Comunidad de Madrid a la Ley 27/2013. En concreto, señala que:

- “1. De acuerdo con el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, las Entidades Locales solo podrán ejercer nuevas competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.
- “2. Cuando la Comunidad de Madrid deba emitir el informe de inexistencia de duplicidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, y la presente Ley, su tramitación se ajustará a lo previsto en este artículo. La solicitud de informe se dirigirá a la Consejería con competencia en materia de Administración Local, correspondiendo su emisión al órgano competente por razón de la materia sectorial a que se refiera la solicitud. Dicho informe deberá contar, además, con la conformidad de la Consejería con competencias en materia de Administración Local, que informará al Consejo de Gobierno. El informe de inexistencia de duplicidades será preceptivo y vinculante y será evacuado en el plazo de dos meses. Si transcurrido dicho plazo no se hubiera evacuado, se entenderá que es desfavorable a la inexistencia de duplicidad.
- “3. La solicitud del informe se realizará por el órgano municipal competente, junto con la siguiente documentación:
 - “a) Memoria descriptiva de la solicitud y de las condiciones en las que se prevé prestar el servicio o desarrollar la actuación.
 - “b) En su caso, informe de sostenibilidad financiera emitido por el Estado.

Algunas normas autonómicas han ido más allá y han establecido las tareas que realmente corresponde realizar para la adaptación. Así, la disposición adicional tercera de la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de la Comunidad de Galicia, establece que:

“[...] 2. La adaptación establecida en el apartado anterior consistirá en la realización de una evaluación por las partes firmantes del convenio sobre la continuidad en la cooperación en el ejercicio de estas competencias, en la cual habrá de justificarse la colaboración y cooperación para la prestación de los servicios o la realización de las actividades y su financiación conjunta y la no existencia de duplicidades.

“Asimismo, la entidad local deberá ponderar si por las condiciones de la actuación se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad

financiera. Si la entidad local apreciara este riesgo, se requerirá el informe vinculante de la consejería competente en materia de hacienda, que se emitirá con arreglo a lo establecido en la presente ley por la tramitación de urgencia.

“La evaluación, si es positiva, se incorporará a una adenda al convenio, acuerdo o instrumento de cooperación, en la cual se recogerán, asimismo, en su caso, las modificaciones acordadas en garantía de los principios mencionados en el apartado anterior”.

Asimismo, otras comunidades autónomas como la de Cataluña han dictado un decreto-ley específico para regular la adaptación de los convenios, acuerdos e instrumentos de cooperación. Se trata del Decreto-ley 4/2014, de 22 de julio. La norma diferencia, con claridad, la adaptación cuando se trata de materias delegadas y cuando se trata de competencias propias¹³.

“4. Para verificar la inexistencia de duplicidades, el informe deberá valorar las circunstancias siguientes:

- “a) Concurrencia de dos o más Administraciones Públicas, en el ejercicio de la competencia de forma exclusiva y excluyente.
- “b) Posible incidencia de la distinción entre competencias, servicios, funciones, actividades y tareas.
- “c) Volumen, flexibilidad, rigidez y cobertura de la demanda del servicio de que se trate.
- “d) Condicionantes geográficos en la prestación de servicios, de tal suerte que las condiciones de accesibilidad puedan aconsejar la existencia de ámbitos territoriales diferentes de prestación.
- “e) Concurrencia temporal en la prestación, de tal forma que la duplicidad pueda quedar matizada o neutralizada por la existencia de cronologías diferenciadas en la prestación del servicio.
- “f) Coincidencia en la forma de prestación del servicio.

“5. La emisión del informe no implicará garantía de asunción ni de financiación de la prestación por parte de la Comunidad de Madrid, funcionamiento o mantenimiento de la competencia, servicio o actividad a que se refiera dicho informe.

“6. La Comunidad de Madrid, a efectos informativos, se dirigirá anualmente en el primer semestre a la Administración competente para la emisión del informe sobre sostenibilidad financiera previsto en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en relación con eventuales ejercicios de competencias por parte de las Entidades Locales distintas de las propias y delegadas que hayan sido asumidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”.

En el mismo sentido el artículo 8 del Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece que:

“1. Los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación en que la financiación de la Junta de Andalucía vaya dirigida al ejercicio por las entidades locales de competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación, deberán adaptarse a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de la siguiente forma:

- “a) Las partes que lo suscribieron efectuarán una valoración sobre la necesidad de continuar colaborando en el ejercicio de estas competencias, previo informe vinculante de la Consejería competente por razón de la materia sobre la inexistencia de duplicidades en la prestación de los servicios o en la realización de las actividades que constituyen el objeto de la cooperación, conforme a lo previsto en el artículo 5.3 de este Decreto-ley. En el caso de que en dicha valoración se concluya la continuación de la colaboración se suscribirá por las partes como adenda al convenio.
- “b) En el caso de que se valore continuar la colaboración, la entidad local solicitará a la Consejería que tenga atribuida la tutela financiera de las entidades locales informe vinculante sobre la sostenibilidad financiera de la actividad o servicio objeto del convenio, que se regirá por lo dispuesto en los artículos 3.2, 4 y 5.4 del presente Decreto-ley.

“2. En el caso de que la valoración o el informe previstos en el apartado anterior sean negativa o desfavorable, el convenio quedará sin efectos a 31 de diciembre de 2014”.

13. En concreto, el artículo 4.º establece que:

“1. El convenio, acuerdo o instrumento de cooperación ya suscrito entre la Generalidad de Cataluña y el ente local que traiga emparejado cualquier tipo de financiación de la Administración de la Generalidad destinado a satisfacer el ejercicio de competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación tiene que añadir, mediante adenda, los elementos siguientes:

Desde esta perspectiva podemos, por tanto, indicar que si se trata de asunción de la competencia y gestión de la misma en régimen de delegación, corresponde a la Administración General del Estado la adopción de las cautelas previstas con carácter general. Si, por el contrario, se concibe como una competencia propia, la adaptación pasa necesariamente por obtener los informes previos de la Administración competente sobre la inexistencia de duplicidades y sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

3.2. Régimen específico de los convenios y demás instrumentos de cooperación de la UNED

Desde la consideración que acaba de exponerse, podríamos decir que los convenios suscritos en materias que no son de competencia directa de los municipios –en este caso la educación en su estrato superior– deberían adaptarse antes del 31 de diciembre de 2014, o de lo contrario se produciría el efecto de pérdida de su vigencia a dicha fecha.

Esta determinación condicionaba, qué duda cabe, la viabilidad de la estructuración de la UNED, motivo que debió entender el legislador y que le lleva a dedicar el apartado segundo de la disposición adicional novena de la LRSAL a los convenios de la UNED, con la siguiente referencia específica:

“2. La adaptación a las previsiones de esta Ley de los instrumentos de cooperación suscritos por las Entidades Locales para el funcionamiento de Centros Asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia deberá realizarse en el plazo de tres años desde

su entrada en vigor. Durante el plazo de adaptación de los instrumentos de cooperación, la financiación de las Administraciones locales a los centros asociados no se extenderá a los servicios académicos que se presten a los alumnos matriculados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”.

Las pautas interpretativas nos sitúan en un entorno conforme al cual el plazo general de adaptación de los convenios –31 de diciembre de 2014– se entiende ampliado hasta tres años después de su entrada en vigor.

Esta determinación, que es textual en la redacción de la disposición adicional novena, introduce un principal problema interpretativo consistente en saber si la fecha de entrada en vigor se refiere únicamente a la propia LRSAL, o si dicha aplicación, por la conexión con las determinaciones sectoriales y, en este caso, por la aplicación específica de las determinaciones sobre educación, permitiría indicar que la condición suspensiva de la entrada en vigor de la LRSAL va más allá de la determinación genérica de la demora de tres años que contiene la disposición adicional novena. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Pero no obstante lo anterior y que se constata el deseo del legislador de obtener un mayor plazo para la adaptación de los instrumentos de cooperación interadministrativa, que se refiere a los denominados centros asociados de la UNED, se incluye una determinación ciertamente compleja de administrar cuando se señala que “durante el plazo de adaptación de los instrumentos de cooperación, la financiación de las Administraciones Locales a los centros asociados no se extenderá a los servicios académicos que se presten a los alumnos matriculados con posterioridad a la entra-

“a) Una valoración favorable sobre la necesidad de continuar colaborando en los servicios o actividades que se prestan en ejercicio de dichas competencias. En todo caso, esta valoración tiene que justificar la inexistencia de duplicidades o la no ejecución simultánea de los mismos servicios o actividades que se prestan en ejercicio de la competencia distinta.

“b) Una cláusula de garantía de cumplimiento de las obligaciones financieras o de compromisos de pago de la Generalidad de Cataluña.

“2. Previamente a la aprobación de esta adenda, será preceptivo el informe del ente local, en que se pondere que los servicios o actividades que se prestan en ejercicio de dichas competencias no ponen en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal.

“Si el ente local aprecia un riesgo, será preceptivo el informe del departamento de la Generalidad de Cataluña competente en materia de tutela financiera de los entes locales, que solicitará el departamento competente en la materia objeto del convenio, acuerdo o instrumento. Este informe es vinculante y se tiene que emitir en el plazo de 15 días desde la recepción de la solicitud.

“En caso de que el departamento de la Generalidad de Cataluña competente en materia de tutela financiera de los entes locales tenga que requerir al ente local la aportación de documentación complementaria para emitir el informe, se suspenderá el plazo para emitir el informe durante el tiempo de la recepción y la complementación del requerimiento efectuado.

“3. En el supuesto de que la valoración o el informe previstos en el apartado anterior sean negativos o desfavorables, el convenio quedará sin efectos a 31 de diciembre de 2014”.

da en vigor de este Ley [...]”. La medida tiene una lógica interpretativa en el sentido de que, de lo contrario, el efecto ampliatorio que se contiene en el citado párrafo segundo acabaría produciendo el “arrastre” superior a los tres años, como consecuencia de las obligaciones potencialmente pendientes a consecuencia de los alumnos matriculados posteriormente, al no coincidir los efectos de la terminación de sus estudios con los del respectivo convenio.

Es cierto, sin embargo, que esta comprensión hacia lo que ha buscado el legislador no deja de ser sorprendente como criterio delimitador, porque exige vincular los convenios a técnicas que no son habituales en el ámbito público, como la contabilidad de costes y la individualización de gastos en el marco de los potenciales beneficiarios de una obligación conveniada.

En todo caso, desde la perspectiva del control del gasto y la habilitación para el mantenimiento de la actividad, lo que queda claro es que, con carácter general, existe una prórroga de tres años, y que la única cuestión añadida es que los convenios o demás instrumentos de financiación local no se destinen a los servicios que se prestan a los estudiantes de nuevo ingreso, sino únicamente a los que ya están consolidados.

El criterio, de futuro, no deja de ser complejo, porque realmente parece querer añadir un requisito adicional al esquema que hemos apuntado de competencias delegadas y competencias propias de las entidades locales. Si la idea es que las entidades locales no participan en los servicios a los alumnos de nueva adscripción, podría llegar a intuirse que la opción del legislador es la de que la intervención de las entidades locales se produzca por la vía de la delegación, aunque, como se ha visto, esta opción tiene el problema de incrementar el gasto en el ámbito de la Administración General del Estado, puesto que la delegación implica necesariamente financiación.

4. Enmarque del sistema de aplicación de la LRSAL

De lo expuesto en el apartado anterior sacamos la conclusión de la necesidad de adaptación de los instru-

mentos de cooperación interadministrativa para cumplir las determinaciones de la LRSAL. Es cierto, sin embargo, que la LRSAL tiene un conjunto de determinaciones específicas de carácter aplicativo, fundadas en elementos territoriales y funcionales, que condicionan su aplicación. Como consecuencia de esto y de su carácter general, nos corresponde en este momento analizar aquellos aspectos que, por razones de carácter territorial o de carácter sectorial, pueden afectar al régimen de los instrumentos de cooperación interadministrativa, que, claro está, resultan sometidos y condicionados por unos y otros.

4.1. Determinaciones de carácter territorial

En este apartado incluimos las siguientes determinaciones:

4.1.1. País Vasco¹⁴

Es realmente complejo saber qué ha querido decir el legislador en la disposición adicional primera de la LRSAL cuando señala que: “1. Esta Ley se aplicará a la Comunidad Autónoma del País Vasco en los términos establecidos en el artículo 149.1.14.a y 18.a y disposición adicional primera de la Constitución¹⁵, sin perjuicio de las particularidades que resultan de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y de las demás normas que actualicen los derechos históricos de los territorios forales. [...]”. De los preceptos citados, el que probablemente tiene más sentido es el que se refiere a la Ley de Estabilidad Presupuestaria, en el que se señala que: “1. En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en esta Ley se llevará a cabo, según lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, conforme a lo dispuesto en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra. 2. En virtud de su régimen foral, la aplicación

14. RAZQUIN LIZARRAGA, M., “Reforma local y derechos históricos: Navarra y País Vasco”, en DOMINGO ZABALLOS, M. (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Navarra, 2014.

15. La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los estatutos de autonomía.

a la Comunidad Autónoma del País Vasco de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Concierto Económico”.

Desde esta consideración podríamos, por tanto, decir que las normas estatutarias nos sirven para la delimitación competencial, y las financieras para determinar un esquema propio e individual, que pasa por aplicar las líneas generales de la misma “sin perjuicio” de lo dispuesto en el concierto económico.

4.1.2. Comunidad Foral de Navarra¹⁶

La disposición adicional segunda de la LRSAL establece que:

“Disposición adicional segunda. Régimen aplicable a la Comunidad Foral de Navarra.

“1. La presente Ley se aplicará a la Comunidad Foral de Navarra en los términos establecidos en el artículo 149.1.14.a y 18.a y disposición adicional primera de la Constitución, sin perjuicio de las particularidades que resultan de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En su aplicación, y sin perjuicio de las facultades de coordinación y tutela que les corresponden, la competencia para decidir sobre la forma de prestación de servicios a la que se refiere el artículo 26.2 de la Ley de Bases de Régimen Local corresponderá a la Comunidad Foral de Navarra.

“2. La Comunidad Foral de Navarra, podrá, en su ámbito competencial, atribuir competencias como propias a los municipios de su territorio así como del resto de las Entidades Locales de Navarra, con sujeción en todo caso, a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local.

“[...]”.

Podemos indicar que las determinaciones que se contienen en este precepto tienen una parte semejante a la del País Vasco, y una parte novedosa y adicional, consistente en la habilitación explícita para que la delegación se realice para el resto de entidades locales de

Navarra diferentes a las de los municipios de su territorio, aunque, eso sí, con remisión explícita a la regulación que se contiene, con carácter general, en el artículo 25 de la LBRL.

4.1.3. Ciudades de Ceuta y Melilla

Las especialidades de estas dos ciudades autónomas se contienen en la disposición adicional cuarta de la LRSAL, cuando señala que: “1. La organización y funcionamiento de las instituciones de Gobierno de las Ciudades de Ceuta y Melilla se regularán de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta, la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla y por las normas de desarrollo dictadas en virtud de la potestad reglamentaria de sus respectivas Asambleas, no rigiéndose, en el citado ámbito, por lo dispuesto en la normativa de régimen local. 2. Corresponde a las Ciudades de Ceuta y Melilla, en el marco de las Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995, de 13 de marzo, y de las normas reglamentarias dictadas en su desarrollo, determinar la forma de gestión de los servicios públicos con respeto a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, plurianualidad, transparencia, responsabilidad, lealtad institucional y eficacia en el uso de los recursos públicos, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley y demás normativa estatal que resulte de aplicación a las Ciudades con Estatuto de Autonomía. [...]”.

Y en el apartado 4 señala: “4. Las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán llevar a cabo actuaciones de cooperación con relación a materias que sean competencia del Estado, suscribiendo, a tal efecto, los correspondientes Convenios de Colaboración. Asimismo, ambas Ciudades y la Administración General del Estado podrán celebrar Convenios de Colaboración referidos a competencias estatutariamente asumidas en virtud de los respectivos Estatutos de Autonomía, conforme a lo establecido en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

16. RAZQUIN LIZARRAGA, M., “Reforma local y derechos históricos: Navarra y País Vasco”, en DOMINGO ZABALLOS, M. (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Navarra, 2014.

4.1.4. Madrid y Barcelona¹⁷

El régimen de especialidades se completa, finalmente, con las previstas en la disposición adicional quinta, en la que se señala que: “Las disposiciones de esta Ley son de aplicación a los municipios de Madrid y Barcelona, sin perjuicio de las particularidades de su legislación específica y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

Madrid

El régimen de competencias del municipio de Madrid se contiene en la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. La propia consideración y el papel que está llamada a ejercer dicha Ley se contemplan en el preámbulo de la norma, cuando señala que:

“[...]”

“Las singularidades de Madrid reclaman un tratamiento legal especial que haga posible un gobierno municipal eficaz. Ese es el objeto de la presente Ley. Con ese fin se aborda un tratamiento integrado de los distintos factores que singularizan a Madrid, tanto de los que derivan de su condición capitalina como de los que provienen de su condición de gran ciudad. De esta manera, la presente Ley desarrolla las previsiones establecidas al respecto tanto por el texto constitucional, como por el propio Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

“En efecto, el artículo 6 del Estatuto de la Comunidad de Madrid prevé que, por su doble condición de capital del Estado y sede de las instituciones generales, la villa de Madrid tendrá un régimen especial, regulado por Ley votada en Cortes, que determinará las relaciones entre las instituciones estatales, autonómicas y municipales en el ejercicio de sus respectivas competencias. Pero más allá, la Ley incluye otras normas especiales encaminadas a hacer posible el gobierno eficaz de una urbe de las dimensiones y problemas propios de Madrid, sin par en el resto de España.

“La regulación especial de la ciudad de Madrid no es, con todo, una novedad jurídica. En 1963 se aprobó, por primera vez, un régimen especial para Ma-

drid con el que se trató de dar respuesta, como señala la exposición de motivos del Decreto 1674/1963, de 11 de julio, a los delicados aspectos que ofrece la administración municipal madrileña, como consecuencia de ser, además del Municipio más populoso de la nación, la capital del Estado y sede del Gobierno nacional.

“La singularidad de Madrid tampoco pasó inadvertida a la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local. En la disposición adicional sexta de esta Ley ya se prevé la sustitución del régimen especial aprobado en 1963 por otro actualizado. A través de esta Ley se da cumplimiento a las previsiones legales anteriormente mencionadas.

“Obvio es que la presente Ley no recoge todo el régimen jurídico de la ciudad de Madrid. Contiene únicamente normas especiales que se aplicarán preferentemente respecto de las previstas en la legislación general. De otro lado, las normas especiales de la presente Ley no cuestionan el ejercicio de las competencias legislativas sobre régimen local de la Comunidad de Madrid.

“[...]”.

En punto al régimen competencial que la Ley de Capitalidad establece, cabe indicar que el artículo 31 consagra el principio general de la universalidad competencial cuando señala que: “El Ayuntamiento de Madrid puede promover toda clase de actividades y prestar todos los servicios públicos que afecten al interés general de los ciudadanos y no estén expresamente atribuidos a otras administraciones públicas. En estos supuestos, el Ayuntamiento puede llevar a cabo actividades complementarias a las realizadas por esas Administraciones”.

Sobre esta base se establece un régimen de competencias municipales, propias y delegadas, conforme al siguiente esquema:

A) Competencias municipales.

El régimen general de competencias que pueden ser desarrolladas por el Ayuntamiento de Madrid se contiene en el artículo 32 de la Ley de Capitalidad, cuando señala que:

“1. Las competencias del Ayuntamiento de Madrid son propias o atribuidas por la Administración General

17. GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “La incidencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en el régimen jurídico de las grandes ciudades”, en DOMINGO ZABALLOS, M. (COORD.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Navarra, 2014.

del Estado en régimen de delegación o de encomienda de gestión.

"2. Asimismo, son competencias del Ayuntamiento de Madrid las que le transfiera o delegue la Comunidad de Madrid en aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 3/2003, de 11 de marzo, para el desarrollo del Pacto Local, en relación con los artículos 138 y siguientes de la Ley 2/2003, 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid".

B) Competencias propias.

Según el artículo 33 de la Ley de Capitalidad, son competencias propias del Ayuntamiento de Madrid:

"[...] todas las asignadas en calidad de tales a los municipios en general y a los de gran población, sea directamente por la legislación de régimen local, sea por la legislación estatal o autonómica reguladora de los distintos sectores de la acción administrativa.

"Cuando estas competencias tengan una regulación específica en esta Ley se entenderán asignadas en los términos establecidos en la misma".

C) Competencias delegadas y encomienda de gestión.

Señala el artículo 34 de la Ley de Capitalidad que: "1. La atribución de competencias en régimen de delegación se efectuará de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación. 2. La encomienda de gestión de determinadas actividades de carácter material, técnico o de servicios, derivadas de competencias administrativas de la Administración General del Estado y de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica que resulte de aplicación, requiere la aceptación por el Pleno y se formaliza mediante convenio suscrito al efecto".

A partir de este esquema general se contemplan competencias específicas que, en realidad, no son –en su regulación en la Ley de Capitalidad– sino la concreción de un régimen general que hemos analizado en el marco general de las competencias de los artículos 25 y 26 de la LBRL.

Barcelona

El régimen específico de la ciudad de Barcelona puede analizarse desde una doble perspectiva normativa, que está representada por una ley estatal y por una ley del Parlamento de Cataluña.

A) La Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona.

El régimen competencial que establece esta norma autonómica podemos resumirlo en el siguiente esquema:

a) Determinación general sobre el régimen competencial.

Es el previsto en el artículo 58 de la Ley, cuando señala que:

"1. Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente y del régimen de capitalidad reconocido en la presente Carta, así como para el cumplimiento de las finalidades establecidas en el artículo 2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local y en la Carta europea de autonomía local, la legislación del Estado y la de la Generalidad de Cataluña deben asegurar al municipio de Barcelona la atribución de las competencias procedentes de acuerdo con su capacidad de gestión, así como la participación en la gestión de los servicios y equipamientos del Estado o de la Generalidad básicos para el desarrollo de la ciudad.

"2. La participación de la ciudad en la gestión de los servicios y equipamientos a que se refiere el apartado 1 debe realizarse por medio del Ayuntamiento o las entidades o asociaciones ciudadanas que éste designe, de acuerdo con lo establecido en el título cuarto de la presente Carta.

"3. En cualquier caso, el Ayuntamiento puede promover todo tipo de actividades y prestar todos los servicios públicos que atenten el interés general de los ciudadanos y que no estén expresamente atribuidos a otras administraciones públicas. En este supuesto, el Ayuntamiento puede realizar actividades complementarias a las propias de estas administraciones".

b) Régimen específico de competencias.

En el marco de este régimen específico se pueden citar las siguientes competencias:

- Urbanismo (artículos 64-84).
- Vivienda (artículos 85-86).
- Transportes urbanos de viajeros (artículos 90-92).
- Movilidad (artículos 93-100).
- Medio ambiente, salud pública, consumo y sanidad (artículos 102-106).
- Servicios sociales (artículos 107-110).
- Juventud (artículo 111).
- Mujer (artículo 112).
- Cultura (artículos 113-119).
- Deportes (artículos 120-122).
- Educación (artículos 123-127).

- Seguridad ciudadana (artículos 128-135).
- Protección civil (artículos 136-140).

B) La Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona.

La justificación última de la norma puede extraerse de la exposición de motivos, cuando señala que:

“[...]”

“A comienzos del siglo XXI, Barcelona quiere otorgarse, partiendo de la experiencia de muchos siglos de estatuto propio, de casi veinticinco años de autogobierno democrático y de acuerdo con el mandato del Parlamento de Cataluña y de las Leyes del Estado, una Carta Municipal que refuerce su autonomía, al servicio de una gestión administrativa eficaz y próxima a las ciudadanas y ciudadanos, de una descentralización más amplia, de una potenciación de las competencias municipales en el marco de una positiva colaboración institucional, y de una mejora de la calidad de los servicios de la ciudad que se corresponda con las necesidades y ambiciones de todos los barceloneses y barcelonesas.

“Una Carta que responda a los anhelos de la ciudadanía que, a través de su participación e implicación colectiva, ha hecho de Barcelona lo que es. La Carta profundiza los mecanismos de participación ciudadana, refuerza la práctica democrática y estimula la cooperación entre el Ayuntamiento y el movimiento asociativo y los agentes sociales, como factor de progreso y cohesión.

“Barcelona es el núcleo central de un continuo urbano y de un territorio que se expresa en realidades municipales plurales y con valor propio, pero que, por su carácter metropolitano, requiere coordinación, entendimiento y la aplicación de criterios comunes en ámbitos diversos.

“El Municipio de Barcelona dispone desde el año 1960 de un régimen especial, aprobado por Decreto 1166/1960, por el que se regula el régimen especial de Barcelona, en virtud del cual se introdujeron determinadas singularidades relativas a la organización, administración y hacienda municipal en dicho Municipio. Este régimen especial fue complementado con el Decreto 3276/1974, de 28 de noviembre, de constitución y desarrollo de la Entidad Metropolitana de Barcelona y sus disposiciones concordantes.

“Posteriormente, la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, mantuvo vigente dicho régimen especial salvo en lo que se oponga, contradiga o

resulte incompatible con la misma, en virtud de lo dispuesto en su disposición adicional sexta.

“Pero más allá de antecedentes históricos, desde la década de los 80, el Ayuntamiento de Barcelona ha plasmado, en diversos documentos, su inquietud por disponer de una normativa que solucionara las deficiencias que los responsables municipales se encontraban a la hora de gestionar una ciudad de más de un millón y medio de habitantes, pero con un anillo metropolitano que engloba casi tres millones, y ofreciera soluciones adecuadas para la óptima gestión de la ciudad. El hito más relevante de este proceso lo constituyó la promulgación por el Parlamento de Cataluña, tras su aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona por unanimidad en julio de 1997 de un ‘Anteproyecto de Ley especial de Barcelona’, de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, norma autonómica donde se contempla un régimen especial para dicha ciudad en lo que se refiere a diversos aspectos referidos en los títulos de la misma, como son la organización del Gobierno Municipal, los distritos, la potestad normativa municipal, la participación ciudadana y los derechos de los vecinos, la organización municipal ejecutiva, y, esencialmente las competencias municipales (urbanismo, infraestructuras, vivienda, transportes, movilidad, telecomunicaciones, medio ambiente, salud pública, servicios sociales, juventud, cultura, deportes, educación, seguridad ciudadana y protección civil, entre otras).

“La legislación estatal posconstitucional se ha hecho eco de esta necesidad de que las dos ciudades más pobladas de la geografía española dispongan de una serie de especialidades, justificadas precisamente en las dificultades que la gestión de los asuntos municipales comporta en las mismas.

“Así, la disposición transitoria cuarta de la reciente Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, establece que ‘En tanto no se apruebe su régimen especial, el Título X de esta Ley no será de aplicación al municipio de Barcelona’.

“Por su parte, el artículo 161 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 dispone que ‘El municipio de Barcelona tendrá un régimen financiero especial, del que será supletorio lo dispuesto en esta ley’.

“Las Cortes Generales, en diversas ocasiones, han destacado también la importancia de aprobar el régi-

men especial que en esta ley se insta. En fecha 18 de marzo de 2003, el Congreso de los Diputados adoptó la proposición no de ley sobre las grandes ciudades, las ciudades y sus áreas de influencia urbana, en la que se instaba al Gobierno de la Nación para que, a través del diálogo con las Entidades Locales, las Comunidades Autónomas y buscando el más amplio consenso con las fuerzas políticas presentes en las Cortes Generales, diera cumplimiento a la moción aprobada por el Senado en sesión de 19 de febrero de 2002, por la que se insta al Gobierno, en el marco de las conversaciones existentes entre éste y la Comisión Mixta Generalidad de Cataluña-Ayuntamiento de Barcelona, y de los acuerdos que en ésta se adopten, a presentar, con la mayor brevedad posible, un proyecto de ley que otorgue al Ayuntamiento de Barcelona las capacidades y competencias que se recogen en la Carta Municipal de Barcelona.

"[...]".

En punto a su régimen jurídico competencial podemos indicar:

a) Cláusula general de competencias.

El artículo 3.º de la Ley establece: "El Ayuntamiento de Barcelona podrá promover toda clase de actividades y prestar todos los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades de los ciudadanos que no estén expresamente atribuidos a otras administraciones públicas. Asimismo, podrá llevar a cabo actividades y servicios complementarios a los desarrollados por la Administración estatal y autonómica".

b) Competencias específicas.

A lo largo del propio texto legal se encuentran referencias a competencias específicas que afectan a las siguientes cuestiones:

- Telecomunicaciones (artículos 12-15).
- Patrimonio histórico (artículo 16).
- Movilidad (artículos 17-29).
- Seguridad ciudadana (artículos 30-35).

Es realmente muy difícil establecer una caracterización general sobre las limitaciones territoriales que suponen las disposiciones y normas que acaban de apuntarse. Tampoco es nuestro propósito en este momento sino el de dejar constancia de que la propia LRSAL es

consciente del asimétrico encaje del régimen local en función de la propia comunidad o ciudad autónoma. Todas ellas tienen en común la apuesta explícita por que las especialidades no afecten al marco de la estabilidad presupuestaria. Fuera de ese terreno, admiten que sean sus propias normas estatutarias, por un lado, y sus propias especialidades organizativas, por otro, las que establezcan el esquema de aplicación específico, frente al señalado con carácter general.

En un supuesto como el aquí analizado –centros adscritos de la UNED–, con alcance y proyección sobre el conjunto del territorio español, debe considerarse que algunas de las especialidades apuntadas resultan de plena aplicación.

4.2. Determinaciones de carácter sectorial¹⁸

Como anteriormente se ha indicado –aunque fuera de pasada–, las disposiciones adicionales y transitorias de la Ley 27/2013 contienen algunas prescripciones específicas en relación con la aplicación de la norma. Al margen de las consideraciones que se hacen en relación con la sanidad y los servicios sociales, que, qué duda cabe, son claves en el sistema y en el esquema financiero de la reforma local, las que realmente nos interesan en este momento son las relativas al título competencial educación, que es cabalmente en el que se ampara la actuación pública en la materia que examinamos.

En concreto, la disposición adicional decimoquinta señala: "Las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se prevén como propias del Municipio, aún cuando hayan sido ejercidas por éstas, por Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local, relativas a participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación

18. VIDAL MONFERRER, R., "Competencias locales en materia de educación, sanidad, servicios sociales y servicios de contenido audiovisual", en DOMINGO ZABALLOS, M., (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Navarra, 2014.

primaria o de educación especial, para lo que se contemplará el correspondiente traspaso de medios económicos, materiales y personales”.

Estas características, unidas al auténtico vaciamiento de la aplicación como consecuencia de las leyes autonómicas de desarrollo, nos permiten indicar que algunos ámbitos sectoriales quedan seriamente afectados. Uno de estos ámbitos es, precisamente, el de la educación, que, finalmente, ha quedado condicionado por la asunción directa y expresa de la competencia por parte de la respectiva comunidad autónoma, o, en su caso, por el establecimiento de un nuevo sistema de financiación que permita a las comunidades autónomas el ejercicio de dichas competencias con incremento real de gasto, que es lo que, finalmente, se proyecta como elemento de viabilidad del esquema expuesto.

Es cierto, sin embargo, que el esquema de asunción de competencias en materia de educación al que se refieren las disposiciones citadas no es el del Estado-entidades locales, sino que se corresponde con el Estado-comunidades autónomas. Por tanto, entre los efectos colaterales a los que eufemísticamente nos venimos refiriendo está el que el esquema de aplicación –al menos en la educación universitaria– queda entre el conjunto de prescripciones que no se han variado desde la concepción inicial, pese a que su estructura no difiere de la aplicable al conjunto de la educación.

5. De los instrumentos de cooperación en concreto

Una vez hechas las consideraciones generales sobre el modelo y sobre la problemática de la aplicación real o de la entrada en vigor, nos corresponde realizar algunas consideraciones sobre el alcance real de la transformación, que son consecuencia de la respectiva forma de cooperación administrativa. Examinemos cada una de las más habituales con detenimiento.

5.1. Convenios

Como venimos repitiendo, cuando la fórmula de cooperación interadministrativa es el convenio su dinámi-

ca será la que establezca el mismo en punto a sus características temporales y sustantivas.

En aplicación de la LRSAL, la única adaptación realizada en el periodo de tres años a que se refiere la disposición adicional novena de la misma es que, si existen aportaciones económicas por parte de la Administración local, estas no se pueden extender a los servicios académicos que se presten a los alumnos matriculados en la UNED después de la publicación y entrada en vigor de la LRSAL.

El resto de adaptaciones corresponde realizarlas en el plazo de tres años, y es en ese momento en el que corresponde determinar si se trata de una competencia delegada, y las consecuencias derivadas de esta circunstancia, o si se trata de una competencia propia, que solo podrá realizarse si realmente no se pone en solfa la sostenibilidad económica de la respectiva entidad local, y siempre que los informes sobre duplicidad de la Administración responsable –en este caso la AGE– sean favorables y permitan el ejercicio de esta opción.

5.2. Consorcios¹⁹

La LRSAL contiene dos determinaciones específicas en relación con los consorcios. Su régimen general en la LRSAL es el previsto en el nuevo artículo 57 de la LBRL, cuando señala que:

“[...]”

“3. La constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de un convenio y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquélla permita una asignación más eficiente de los recursos económicos. En todo caso, habrá de verificarse que la constitución del consorcio no pondrá en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda de la Entidad Local de que se trate, así como del propio consorcio, que no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos”.

No obstante este régimen general, existen unas determinaciones específicas que, por su propia naturaleza y alcance, no afectan al ámbito de lo aquí planteado, pero conviene recordarlas a los efectos de la comprensión conjunta de la institución analizada.

19. KONINCKS FRASQUET, A., “De nuevo sobre los consorcios”, en DOMINGO ZABALLOS, M., (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Navarra, 2014.

5.2.1. Disposición adicional decimotercera. Consorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos

El personal al servicio de los consorcios constituidos antes de la entrada en vigor de esta Ley, que presten servicios mínimos a los que se refiere el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, podrá integrarse por quienes no sean personal funcionario o laboral procedente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes en el consorcio.

Teniendo en cuenta que la educación universitaria superior no puede ser incluida en el ámbito de los denominados servicios mínimos locales, podemos indicar que las determinaciones contenidas en este ámbito no afectan al problema aquí planteado.

5.2.2. Disposición adicional decimocuarta. Régimen jurídico especial de determinados consorcios

“Lo previsto en la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no resultará de aplicación a los consorcios, constituidos antes de la entrada en vigor de esta Ley, que: no tengan la consideración de Admi-

nistración Pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, estén participados por Entidades Locales y entidades privadas, no estén incursos en pérdidas durante dos ejercicios consecutivos y no reciban ni hayan recibido subvenciones de las Administraciones Públicas en los cinco ejercicios anteriores al de entrada en vigor de esta Ley con independencia de las aportaciones a las que estén obligados los entes consorciados. Estos consorcios, en tanto se mantengan todas las condiciones mencionadas, se regirán por lo previsto en sus respectivos Estatutos”²⁰.

5.2.3. Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa

Finalmente, y con carácter común, el régimen jurídico de los consorcios ha resultado afectado con las determinaciones previstas en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre.

Se trata de algunas modificaciones que afectan al funcionamiento de los consorcios, y que obligarían a la adaptación de los mismos.

En concreto, el artículo 12 establece que:

“1. Los miembros de un consorcio, al que le resulte de aplicación lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Co-

20. La disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992 establece que:

- “1. Los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración pública a la que estará adscrito, así como su régimen orgánico, funcional y financiero de acuerdo con lo previsto en los siguientes apartados.
- “2. De acuerdo con los siguientes criterios de prioridad, referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario, el consorcio quedará adscrito, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la Administración pública que:
 - “a) Disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno.
 - “b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
 - “c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
 - “d) Disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial.
 - “e) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.
 - “f) Financie en más de un cincuenta por cien o, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
 - “g) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.
 - “h) Tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios, a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.
- “3. En el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas sin ánimo de lucro, en todo caso el consorcio estará adscrito a la Administración pública que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior.
- “4. Los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En todo caso, se llevará a cabo una auditoría de las cuentas anuales que será responsabilidad del órgano de control de la Administración a la que se haya adscrito el consorcio. Los consorcios deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración pública de adscripción.

mún o en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, podrán separarse del mismo en cualquier momento siempre que no se haya señalado término para la duración del consorcio.

"[...]"

"2. El derecho de separación habrá de ejercitarse mediante escrito notificado al máximo órgano de gobierno del consorcio. En el escrito deberá hacerse constar el incumplimiento que motiva la separación, la formulación de requerimiento previo de su cumplimiento y el transcurso del plazo otorgado para cumplir tras el requerimiento".

Esta consideración se completa en el artículo 13, con la fijación de los efectos del ejercicio del derecho de separación de un consorcio. En concreto, se señala que: "1. El ejercicio del derecho de separación produce la disolución del consorcio salvo que el resto de sus miembros, de conformidad con lo previsto en sus estatutos, acuerden su continuidad y sigan permaneciendo en el consorcio, al menos, dos Administraciones, o dos entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de más de una Administración. [...]"²¹.

Finalmente, el artículo 14 de la Ley se refiere a la liquidación del consorcio, indicando que: "1. La disolución del consorcio produce su liquidación y extinción. En todo caso será causa de disolución que los fines estatutarios del consorcio hayan sido cumplidos. [...]"

Sin embargo, desde la perspectiva de lo que aquí nos interesa, es el artículo 15 de la Ley el que contiene las reglas de adaptación de los estatutos y derecho supletorio mientras esto se produce.

Según el citado artículo: "1. Los estatutos de los consorcios recogerán lo previsto en los artículos anteriores referidos al derecho de separación y disolución y liquidación del consorcio, pudiendo desarrollarlo siempre que no contravenga lo previsto en la Ley. [...]"

Desde la perspectiva de la obligación de adaptación el apartado 2 establece que: "2. Los consorcios que ya estuvieran creados en el momento de la entrada en vigor de esta Ley deberán adaptar sus estatutos a lo en ella previsto en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor".

La consecuencia más importante de esta obligación es la prevista en la disposición adicional sexta, cuando señala que: "Cuando la Administración General del Estado o cualquiera de sus entidades u organismos vinculados o dependientes sean miembros de un consorcio, no estarán obligados a efectuar la aportación al fondo patrimonial o la financiación a la que se hayan comprometido para el ejercicio corriente si alguno de los demás miembros del consorcio no hubiera realizado la totalidad de sus aportaciones dinerarias correspondientes a ejercicios anteriores a las que estén obligados".

"5. El personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquella".

21. Estas determinaciones se completan en el mismo artículo con las siguientes:

"[...]"

"2. Cuando el ejercicio del derecho de separación no conlleve la disolución del consorcio se aplicarán las siguientes reglas:

"a) Se calculará la cuota de separación que le corresponda a quien ejerce su derecho de separación, de acuerdo con la participación que le hubiera correspondido en el saldo resultante del patrimonio neto, de haber tenido lugar la liquidación, teniendo en cuenta que el criterio de reparto será el dispuesto en los Estatutos.

"A falta de previsión estatutaria, se considerará cuota de separación la que le hubiera correspondido en la liquidación. En defecto de determinación de la cuota de liquidación se tendrán en cuenta, tanto el porcentaje de las aportaciones que haya efectuado quien ejerce el derecho de separación al fondo patrimonial del consorcio, como la financiación concedida cada año. Si el miembro del consorcio que se separa no hubiere realizado aportaciones por no estar obligado a ello, el criterio de reparto será la participación en los ingresos que, en su caso, hubiera recibido durante el tiempo que ha pertenecido al consorcio.

"Se acordará por el consorcio la forma y condiciones en que tendrá lugar el pago de la cuota de separación, en el supuesto en que esta resulte positiva, así como la forma y condiciones del pago de la deuda que corresponda a quien ejerce el derecho de separación si la cuota es negativa.

"La efectiva separación del consorcio se producirá una vez determinada la cuota de separación, en el supuesto en que ésta resulte positiva, o una vez se haya pagado la deuda, si la cuota es negativa.

"b) Si el consorcio estuviera adscrito, de acuerdo con lo previsto en la Ley, a la Administración que ha ejercido el derecho de separación, tendrá que acordarse por el consorcio a quién, de las restantes Administraciones o entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de una Administración que permanecen en el consorcio, se adscribe en aplicación de los criterios establecidos en la Ley".

La aplicación concordada de la disposición adicional novena de la LRSAL y la que se acaba de indicar, nos lleva a concluir que cuando la fórmula elegida sea la del consorcio para dar cobertura a un centro asociado se produce una doble obligación de adaptación conforme a la cual, en el plazo de seis meses, debe aparecer el derecho de separación que condiciona –incluso– la financiación, y posteriormente, en el plazo de tres años, debe ajustarse en los mismos términos que se acaban de analizar para los convenios. El efecto inmediato se centra, también, en la imposibilidad de que la aportación local afecte a los servicios de los alumnos ingresados con posterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL.

6. Reconsideración general sobre el sistema

Sobre la base de las consideraciones que se acaban de realizar podemos indicar, a modo de conclusión, que la LRSAL ha introducido una amplia incertidumbre sobre la sostenibilidad final del modelo actual de la UNED, fundado en una parte importante en la figura de los centros asociados como un esquema de apoyo territorial de la educación a distancia, que constituye el objeto central de su actividad.

El modelo de presencia territorial en su extensión actual permite completar la actividad realizada por la UNED, y se ha considerado como un instrumento de apoyo a sus enseñanzas nada despreciable, por lo que supone de aproximación de la enseñanza y de territorialización de la atención.

Este modelo se ha fundado, en esencia, en una cooperación administrativa en todos los niveles (local, provincial, insular, etc.), pero, sobre todo, en una importante colaboración con los municipios, que han asumido la suscripción de los convenios como una forma de mayor compromiso con los ciudadanos y con los servicios que podrían prestar a los mismos.

Este esquema de organización y funcionamiento aparece –como queda visto– fuertemente condiciona-

do en la LRSAL, sin que, realmente, sea perceptible el modelo alternativo en el que está pensando el legislador. Es evidente, y así lo hemos indicado, que la posibilidad de asunción de la estructura territorial por la propia UNED es, sin duda, una salida organizativa ciertamente posible, aunque, eso sí, exige un compromiso presupuestario adicional que no está admitido en el conjunto de la LRSAL, ubicada en el compromiso con la estabilidad presupuestaria y con el no incremento de gasto.

Sin embargo, este modelo no aparece prefigurado así ni en términos de mera posibilidad dentro de la LRSAL. El modelo quiere ubicar la UNED y su modelo territorial en el esquema general de la Ley, y por tanto en la posibilidad de que la competencia que no conforma (como es el caso) una competencia propia y obligatoria de la Administración local solo pueda ser desarrollada si existe una delegación, o si las condiciones financieras del respectivo ente local lo permiten y la Administración con la que colisiona en términos de “duplicidad” lo admite.

Este esquema –cualquiera que sea el modelo de cooperación que finalmente se adopte– introduce una importante incertidumbre sobre el modelo territorial de la UNED, que, de momento, queda condicionado al transcurso del plazo de tres años que ha establecido con racionalidad la disposición adicional novena, para intentar frenar el problema.

Pero más allá de este condicionamiento temporal, es lo cierto que la cuestión está planteada en los términos expuestos, y que convierte a la LRSAL en un elemento adicional y probablemente no buscado de duda sobre el propio modelo de la UNED.

En este sentido convendría indicar que, si el legislador lo que busca es un cambio de modelo de gestión, la condición de universidad dependiente de la AGE y la inserción dentro del presupuesto de la misma otorgan una capacidad de reordenación general y de modelo, que permite una adaptación en forma más segura que la ahora planteada. ■

36_{QDL}

Ponencias, crónicas y notas

Novedades jurisprudenciales sobre tributos locales*

Dimitry Berberoff Ayuda

Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

1. El fin de una saga: la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en relación con los operadores de telefonía móvil: el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2014
2. Tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de empresa transportista de energía eléctrica
3. IBI: exención a Correos y Telégrafos, S.A. STS de 7 de octubre de 2013 (recurso de casación en interés de la ley)
4. IBI: STS de 30 de mayo de 2014, rec. 2362/2013 (recurso de casación en interés de la ley) sobre calificación catastral, a los efectos de IBI, de un inmueble sito dentro del perímetro que delimita el suelo urbano, pero que aparece clasificado como urbanizable sectorizado sin instrumento urbanístico de desarrollo
5. Competencia de los entes locales para establecer beneficios fiscales: STS de 19 de mayo de 2014, rec. 3775/2010 (recurso de casación en interés de la ley)
6. Exención en IAE: inicio de actividad: STS de 23 de diciembre de 2013 (rec. 3238/2012)

Resumen

El presente documento constituye un mero guión o esquema confeccionado por el autor con el fin de facilitar el seguimiento, por parte de los asistentes, de la ponencia presentada el 20 de junio de 2014 en el *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda*, y contiene una selección de sentencias dictadas en el último año en relación con los tributos locales, reproduciendo sus fundamentos de derecho más relevantes.

Palabras clave: tributos locales; tasa; telefonía móvil; energía eléctrica; Unión Europea; IBI; Correos y Telégrafos; calificación catastral; clasificación urbanística; beneficios fiscales; IAE.

The latest case-law on local taxes

Abstract

This article is a guide or outline aimed at facilitate the follow-up of the talk given the 20th June 2014 in the "Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda". This article contains a selection of judgments delivered during the last year on local taxes and reproduces their main legal reasonings.

Keywords: taxes; mobile telephone business; electricity market; European Union; property tax (IBI); post services; land register; urban classification; tax benefits; trading income tax (IAE).

Artículo recibido el 20/06/2014; aceptado el 05/10/2014.

* Guión de la ponencia presentada en el sexto seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2014*, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 20 de junio de 2014.

1. El fin de una saga: la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en relación con los operadores de telefonía móvil: el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2014

– Cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que dieron lugar a los asuntos Vodafone España, S.A. contra Ayuntamiento de Santa Amalia (C-55/11) y Ayuntamiento de Tudela (C-57/11), y France Telecom España, S.A. contra Ayuntamiento de Torremayor (C-58/11):

“1ª) ¿El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de Redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?

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

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

– Parte dispositiva de la STJUE de 12 de julio de 2012 (asuntos C-55/11, C-57/11 y C-58/11):

“1) El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

“2) El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación

de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo”.

– A partir de su Sentencia de 10 de octubre de 2012, el Tribunal Supremo ha venido anulando las ordenanzas que establecían la expresada tasa apuntando que la STJUE de 12 de julio de 2012: “obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a los parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictadas en el año 2002”.

– El Tribunal Supremo anula los preceptos de las ordenanzas que incluyen en el hecho imponible de la tasa la utilización o aprovechamiento de instalaciones o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de las mismas, así como los preceptos de las ordenanzas que atribuyan la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas o entidades que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

– Conviene recordar que los autos de remisión de la cuestión prejudicial apuntaban, “sobre la exigencia de no discriminación, que las ordenanzas establecen un régimen tributario igual para todos, con independencia de su condición y de las características de la ocupación. En este sentido, resulta, muy revelador que el importe de las liquidaciones tributarias que en aplicación de la ordenanza se giren a un concreto operador móvil sea idéntico en todo caso con independencia de que tenga instalada una red propia en vías públicas, su suelo o su subsuelo, tenga derecho de uso de redes de otros operadores o meramente reciba servicios de interconexión para permitir la comunicación entre usuarios. Resultará, asimismo, esclarecedor que el im-

porte del gravamen sea el mismo al margen de si el operador tiene toda la red ubicada en dominio público local o carece de instalaciones en el mismo. [...] Tampoco parece que se cumpla el principio de objetividad, desde el momento en el que gravamen establecido por la ordenanza basa su cuantificación en el volumen de ingresos obtenidos en el municipio por las compañías operadoras de telefonía móvil. [...] Procede, en consecuencia, preguntar a título subsidiario al Tribunal de Justicia, si un gravamen configurado con las condiciones previstas por la ordenanza fiscal discutida, satisface los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que el artículo 13 de la Directiva autorización exige, y se endereza a garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos”.

– Pues bien, dicho planteamiento se materializó en el segundo de los interrogantes: “las condiciones en las que el canon es exigido por la Ordenanza local controvertida ¿satisface los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?”.

Sin embargo, al haber sido formulado con carácter subsidiario, esto es, “para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE”, a tenor ya de su primera respuesta, el TJUE entendió que no resultaba procedente entrar en la segunda de las cuestiones planteadas.

No obstante, determinadas sentencias del Tribunal Supremo declararon la nulidad de los preceptos relativos a la cuantificación de la tasa (SSTS de 15 de octubre de 2012 y de 22 de febrero de 2013):

“En efecto, en nuestra Sentencia de 15 de octubre de 2012 (recurso de casación num. 1085/2010) ya señalamos que el pronunciamiento anulatorio había de extenderse al precepto de la ordenanza regulador de la cuantificación de la tasa, y ello por las siguientes razones:

“Por otra parte, la anulación tiene que alcanzar también al art. 4 de la Ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefónica móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecua a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la Abogada General, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial

plantada, sostuvo que *con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso, resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso.*

“Esta conclusión, aunque no fue examinada por el Tribunal de Justicia por las razones que señala, es compartida por la Sala, lo que impide aceptar que para la medición del valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar por las llamadas efectuadas y recibidas en el Municipio, considerando tanto las llamadas con destino a teléfonos fijos como a móviles como recoge la Ordenanza, y además, utilizando datos a nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto pueden conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio’.

“En consecuencia, no resultando ajustado a Derecho el método de cuantificación al que se refiere el artículo 5 de la Ordenanza que hoy nos ocupa, se impone declarar la nulidad del citado precepto”.

– Auto de 8 de enero de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, dando lugar al asunto France Telecom España, S.A., C-25/13, planteando las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1.- Si la limitación de la aplicabilidad de los cánones del artículo 13 de la Directiva (autorización) únicamente a los titulares de las redes de telecomunicaciones, en la forma que ha sido entendida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/07/2012, puede extenderse a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de redes de telecomunicación. 2.- Si tales retribuciones y los sujetos pasivos de las mismas se determinan por la ley interna del Estado”.

– El Tribunal Supremo no suspendió los recursos en trámite sobre la materia pese al planteamiento de la

cuestión prejudicial que dio lugar al asunto France Telecom España, S.A., C-25/13. Así, la argumentación de la STS de 22 de febrero de 2013, rec. 5602/2009, expresaba en su fundamento de derecho primero:

“Resulta prioritario que nos pronunciemos sobre la solicitud de suspensión del presente recurso de casación formulada por el Ayuntamiento, que se fundamenta en que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, en el procedimiento ordinario número 102/2010 ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ‘en relación a la interpretación que debe darse tanto a su sentencia de 12 de julio de 2012 como al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, y cuya resolución tendrá una indudable trascendencia a los efectos del presente procedimiento’.

“Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente procesal, la eficacia suspensiva que dicha cuestión prejudicial despliega en el proceso en que se suscita no puede extenderse a este recurso que se resuelve, incluso, después de que el TJUE, en su sentencia de 12 de julio de 2012, haya resuelto la propia cuestión prejudicial formulada por este Tribunal dando adecuada respuesta a las únicas y específicas cuestiones en ella suscitadas.

“Desde un punto de vista material, y sin perjuicio del criterio que merezca al TJUE, la cuestión prejudicial del Juzgado aparece formulada en términos tan teóricos y genéricos que no suscita dudas interpretativas a este Tribunal para decidir sobre la adecuación o no al Derecho comunitario europeo de la concreta ordenanza fiscal que fue objeto de enjuiciamiento en la instancia. Dicho en otros términos, la respuesta ya dada por el TJUE es suficiente para enjuiciar, conforme al artículo 13 de la Directiva, la ordenanza concretamente impugnada, con independencia de que las exigencias y prohibiciones del precepto puedan extenderse o no ‘a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de las redes de telecomunicaciones’ (sic), con independencia, por tanto, de la naturaleza que este Tribunal aprecia en el ingreso regulado por la ordenanza que examina, y que se determina en atención a sus concretas previsiones sobre el hecho imponible, sujeto pasivo y sistema de cuantificación.

“Por lo tanto y en definitiva, no cabe ni suspender la tramitación de las presentes actuaciones ante el

planteamiento de una cuestión prejudicial por otro órgano jurisdiccional ni proceder por parte de esta Sala a un nuevo planteamiento de cuestión ante el TJUE”.

– Finalmente, el Auto del TJUE de 30 de enero de 2014 (C-25/13) resuelve la expresada cuestión prejudicial apuntando lo siguiente:

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona preguntaba, en lo sustancial, si el derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia *Vodafone España y France Telecom España*, en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa impuesta no ya como contrapartida por el otorgamiento de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, sino como contrapartida por la utilización de esos recursos, a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos.

En efecto, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 17 de Barcelona, analizando el derecho de la Unión en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y la sentencia de 12 de julio de 2012, *Vodafone España y France Telecom España* (C-55/11, C-57/11 y C-58/11), plantea si la tasa establecida por el Ayuntamiento de Guardiola de Berguedà está comprendida dentro del concepto de “canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma”, tal como ha sido interpretado en esa sentencia.

A este respecto, señala, en primer lugar, que, en el apartado 34 de la sentencia *Vodafone España y France Telecom España*, el Tribunal de Justicia declaró que no puede admitirse en concepto de “canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma”, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, la percepción de cánones que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de tales recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil, explotando así ese dominio público.

De lo anterior deduce, *a sensu contrario*, que puede admitirse la percepción de las tasas en otro concepto distinto al de “cánones por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma”.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 17 de Barcelona estimaba que existe una duda acerca

de si los cánones por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, son cánones generados por el uso de esa propiedad, o bien se trata de cánones generados por el otorgamiento por parte del Estado, o en su caso autoridad municipal, de un derecho para instalar recursos en una propiedad pública o privada. En este segundo supuesto no se trataría, según dicho órgano jurisdiccional, de un “canon por uso sino por cesión de derecho”.

La respuesta del Auto del TJUE de 30 de enero de 2014 (C-25/13):

“26 El Tribunal de Justicia estima que la respuesta a esta cuestión puede deducirse claramente de la sentencia *Vodafone España y France Telecom España*, antes citada, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, procede pronunciarse sobre la presente petición de decisión prejudicial mediante auto motivado.

“27 En efecto, ha de observarse que la tasa que es objeto del procedimiento principal es de la misma naturaleza que la examinada en los asuntos que dieron lugar a la sentencia *Vodafone España y France Telecom España*, antes citada. Al igual que esta última tasa, la establecida por el Ayuntamiento de Guardiola de Berguedà lo fue basándose en la Ley General de Telecomunicaciones, que transpuso al Derecho español la totalidad de las Directivas en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas adoptadas en 2002, y en el Real Decreto Legislativo 2/2004. Ambas tasas gravan la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, precisando el órgano jurisdiccional remitente que, según el artículo 2, apartado 2, de la Ordenanza fiscal de 2006, existe ‘aprovechamiento especial del dominio público local’ siempre que para la prestación del servicio de suministro sea necesario utilizar antenas o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, con independencia de quien sea titular de las mismas.

“28 De ello se desprende que la tasa que es objeto del procedimiento principal pertenece al ámbito de aplicación de las citadas Directivas y, más específicamente, al de la Directiva autorización, puesto que su hecho imponible está vinculado a la utilización de los recursos contemplados en el artículo 13 de ésta.

“29 Pues bien, el Tribunal de Justicia, al ser interrogado en los asuntos que dieron lugar a la sentencia

Vodafone España y France Telecom España, antes citada, acerca de si la facultad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los ‘derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma’ al amparo del artículo 13 de la Directiva autorización permite la aplicación de cánones como los considerados en dichos asuntos, en la medida en que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así el dominio público, declaró que dicho artículo debía interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de tal canon a esos operadores.

“30 Además, el Tribunal de Justicia recordó, en los apartados 28 y 29 de dicha sentencia, en primer lugar, que, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella y, en segundo lugar, que se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización que los Estados miembros únicamente están facultados para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.

“31 Por consiguiente, se deduce claramente de la sentencia *Vodafone España y France Telecom España*, antes citada, que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una tasa, como la que es objeto del procedimiento principal, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas no siendo propietarios de dichos recursos”.

– Tras el Auto del TJUE de 30 de enero de 2014, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC viene dictando sentencias anulando las ordenanzas (en recurso directo), así como las correspondientes liquidaciones practicadas por dicho concepto (en apelación). Asimismo, se vienen resolviendo en sentido estimatorio cuestiones de ilegalidad planteadas por los juzgados contencioso-administrati-

vos que en instancia conocían de la liquidación. La fundamentación jurídica de dichas estimaciones se basa en los principios de primacía y vinculación del derecho de la Unión Europea, así como en la posición institucional del Tribunal Supremo y en el valor de su jurisprudencia y doctrina legal.

2. Tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de empresa transportista de energía eléctrica

A) Sentencias dictadas por la Sección Primera del TSJC:

Sobre esta materia, desde la STSJ (Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) 627/2012, de ocho de junio, han sido emitidos un elevado número de pronunciamientos (la mayoría recurridos en casación), en los que se han analizado los siguientes aspectos:

- a) Contravención del régimen jurídico interno del transporte de energía eléctrica, contenido en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en su versión derivada de la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.
- b) Contravención del régimen jurídico comunitario del transporte de energía eléctrica, directivas 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, y 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, que deroga la primera.
- c) Disconformidad con el ordenamiento jurídico de la imposición *intuitu personae* de la tasa, que se predica tanto del acuerdo de imposición como de la Ordenanza.
- d) Disconformidad con el ordenamiento jurídico de la regulación del “fundamento y naturaleza” de la tasa.
- e) Disconformidad con el ordenamiento jurídico de la regulación del hecho imponible de la tasa.
- f) Disconformidad con el ordenamiento jurídico de la regulación de los sujetos pasivos.
- g) Disconformidad con el ordenamiento jurídico de la regulación de la base imponible y la cuota, en

particular en relación con el informe técnico-económico aportado.

- h) Disconformidad con el ordenamiento jurídico de la regulación del período impositivo y del devengo de la tasa.
- i) Disconformidad con el ordenamiento jurídico de la regulación del régimen de declaración y de ingreso de la tasa.

Dichas sentencias desestimaban los recursos o bien los estimaban en parte, de acuerdo con lo que se argumentaba en el fundamento jurídico 9.º de las mismas, que, en esencia, constataba un doble y patente error: primero, por tomar en consideración el informe municipal todas las líneas existentes en el municipio, cuando el parámetro de la Ordenanza se ceñía solo a aquellas que ocupan el dominio público municipal, y segundo, porque en el municipio existían líneas de alta tensión que pertenecían a Red Eléctrica de España, correspondiendo las líneas de media tensión o de distribución a la empresa distribuidora Endesa Distribución Eléctrica, de forma que, calculándose la base imponible a partir de los ingresos medios obtenidos por Red Eléctrica de España por kilómetro de línea de alta y media tensión, solo habrían de computarse las líneas que pertenecían a esta.

Ahora bien, también se advertía que “(e)l constatado error contenido en la Ordenanza, dada su naturaleza, no puede conllevar la nulidad de la misma, sino, exclusivamente, la declaración de su corrección en la presente sentencia. En efecto, el art. 71.2 LJCA dispone que ‘Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados’, con lo cual el vigente texto de la LJCA se aparta abiertamente del precedente art. 85 de la Ley Jurisdiccional de 1956, según el cual los fallos que dictaren las Salas de lo Contencioso-administrativo en materia de Ordenanzas Fiscales, si anulan el acto objeto de recurso, deberán expresar la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados, precepto que provenía de la legislación de Régimen Local y tendía a evitar cualquier demora en la vigencia de las Ordenanzas Fiscales, y de la consiguiente recaudación, de manera que la anulación conllevaba que el Tribunal expresara cómo habían de quedar redactados los preceptos correspondientes, sin necesidad de los trámites necesarios si la sentencia fuere sólo anulatoria y la Corporación local hubiera de aprobar otra

nueva redacción (cfr. SSTs de 30 de abril de 1996 y de 18 de octubre de 1994). Ahora bien, el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (posterior, por tanto, a la LJCA) sigue mencionando en su art. 19.2 la posible existencia de sentencias no solo anulatorias sino también ‘modificadoras’ de las Ordenanzas fiscales municipales (‘Si por resolución judicial firme resultaren anulados o modificados los acuerdos locales o el texto de las ordenanzas fiscales’), debiendo hacerse notar que dicho texto legal refundido procede de la reforma del mismo operada por la redacción dada al precepto por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, también posterior a la LJCA y a su entrada en vigor. A juicio de la Sala, una interpretación armonizadora de los arts. 71.2 LJCA y 19.2 LHL debe impedir que se determinen en la sentencia ‘la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen’, pero no ha de obstar a declarar la necesidad de aquellas modificaciones que, o bien sean indispensables para la comprensión del texto no anulado, o bien respondan a la corrección de errores materiales”.

Por otra parte, en estos recursos se invocaban contravenciones de los regímenes jurídicos del transporte de energía eléctrica, tanto a nivel interno (Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico) como comunitario (directivas 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, y 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009), argumentos que se analizaban en los fundamentos jurídicos 3.º y 4.º, y que se rechazaban en este último:

“CUARTO: La Sala no comparte la doble infracción denunciada del Derecho interno y del Derecho de la Unión.

“En primer lugar, debe considerarse que la configuración del hecho imponible de la tasa cuestionada grava el disfrute de la utilización privativa o los aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo del término municipal como consecuencia de la

utilización del dominio público para llevar a cabo la actividad de transporte de energía eléctrica, lo que se subsume en las previsiones del artículo 24 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.

“Por tanto, el expresado tributo no recae sobre la actividad eléctrica en sí mismo considerara, sino en la ocupación del dominio público local. Ciertamente es que la imposición de un gravamen de esta naturaleza proyecta unos efectos económicos sobre quien desarrolla una actividad empresarial por cuanto supone una disminución de facto del beneficio en términos absolutos. Ahora bien, esta circunstancia no puede fundamentar por sí sola la ilegalidad de la tasa porque su fundamento se alberga en el artículo 133 de la Constitución al tratarse de un tributo local, anclaje jurídico que no cabe preterir; además, de prosperar la tesis de la actora debería de cuestionarse, incluso, la constitucionalidad del artículo 20 TRLHL.

“En segundo lugar, la STC 168/2004, de 6 octubre, declaró la compatibilidad con la Constitución de un tributo establecido en los artículos 58 a 64 de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/1997, de 20 de mayo, de protección civil de Cataluña, establecido con la finalidad exclusiva de contribuir a la financiación de determinadas actividades de previsión, prevención, planificación, información y formación, destinándose la recaudación íntegra del gravamen a la constitución de un fondo de seguridad*.

“En el recurso de inconstitucionalidad se mantenía que los referidos preceptos legales vulneraban los arts. 133.2 CE, al desconocer los límites y condiciones de ejercicio de la potestad tributaria autonómica establecidos en el art. 6.3 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA), y el artículo 149.1.25 CE, en la medida en que con la creación de ese gravamen se trasgredían las bases del régimen energético.

* Artículo 59 (“Sujeción y cuantía del gravamen”) de la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de Protección Civil de Cataluña:

“1. Quedan sometidos al gravamen los siguientes elementos patrimoniales afectos a actividades de riesgo y situados en el territorio de Cataluña:

“[...]

“5.º Las centrales nucleares y demás instalaciones y estructuras destinadas a la producción o transformación de energía eléctrica: La base del gravamen debe constituirse con la potencia nominal, expresada en megavatios. El tipo de gravamen es de 5.000 pesetas por megavatio para las centrales nucleares, y de 2.500 pesetas por megavatio para las demás instalaciones.

“6.º Las instalaciones y estructuras destinadas al transporte o suministro de energía eléctrica, de acuerdo con la siguiente tarifa:

“[...].”

“Tras expresar que la Generalitat de Cataluña ostenta competencias sobre protección civil, el Tribunal Constitucional concluye que los preceptos impugnados de la Ley de protección civil de Cataluña no infringen la normativa básica del Estado en materia de planificación y diversificación energética, ‘puesto que ha sido el propio legislador básico estatal quien, mediante la aprobación de las Leyes 54/1997 y 34/1998, ha hecho compatible esta competencia propia con la potestad tributaria autonómica cuando se ejerza sobre los subsectores energéticos del gas y la electricidad’.

“Pues bien, a la vista de la justificación suministrada por el máximo intérprete constitucional no cabría verificar reproche alguno a la circunstancia de que por medio de un tributo, en este caso local, se incida –aunque sea de forma indirecta o colateral–, sobre determinados aspectos del sector eléctrico por la circunstancia de que la Ley 54/1997 prevea la aplicación del suplemento territorial, previsión que, a juicio del Tribunal Constitucional, viene a desarticular la incompatibilidad con el régimen jurídico de distribución de competencias constitucionales.

“Sin embargo, no debemos conformarnos con una lectura tan sencilla.

“Ante todo, esta Sala ha de enfatizar que la STC 168/2004 se limitó a contrastar con la Constitución el tributo autonómico, sin abordar el marco comunitario de referencia que, en el momento de dictarse la Sentencia (6 de octubre 2004) se encontraba ya codificado por la Directiva 2003/54 (Directiva que, por cierto, viene a sustituir una previa Directiva del año 1996)

“Pues bien, fuera ya del ámbito analítico que le correspondía al Tribunal Constitucional, en nuestra función de jueces comunitarios debemos indagar la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea no sólo de la tasa impugnada sino de los propios preceptos a los que aludía aquella STC 168/2004 que ahora, precisamente, esgrime la demanda como fundamento de su argumentación.

“Se compartirá sin mayores dificultades que los expresados preceptos (artículos 17.4 y 18.5 de la Ley 54/2007) pueden justificar la existencia de tributos autonómicos y locales siempre y cuando no vulneren el Derecho de la Unión.

“Pues bien, a esta Sala se le suscitan no pocas dudas sobre la compatibilidad de unas previsiones legales que, en definitiva, permiten adicionar –bajo el formato de un suplemento territorial– a la contraprestación de determinadas actividades (peajes de acceso y tarifas de

último recurso), unas cantidades derivadas de la imposición de ciertos tributos autonómicos y locales.

“No está en disposición esta Sala de aclarar si dichos suplementos territoriales se exigen o se rechazan por el artículo 11.7 de la Directiva 2003/54 cuando apunta que las tarifas deberán fijarse según una metodología que refleje los costes. Sin embargo, conviene manifestar las dudas al respecto, pues la respuesta dependerá de lo que se entienda por los costes.

“Y esta noción, incorporada en una Directiva comunitaria con fuerza armonizadora incuestionable, se erige en concepto jurídico comunitario autónomo que, a riesgo de convertirnos en auténticos hermeneutas free-lance del Derecho de la Unión, no nos corresponde aclarar, sino que dicha tarea compete al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través del diálogo prejudicial (artículo 267 TFUE).

“No obstante, como a continuación se explicará, no procede el planteamiento de una cuestión prejudicial ante la ausencia de juicio de relevancia con relación al asunto concreto que nos ocupa.

“En efecto, a diferencia de lo que acontece en otros sectores armonizados, como en las telecomunicaciones, en el que las propias Directivas incorporan disposiciones de carácter tributario –por ejemplo, el artículo 13 de la ‘Directiva autorización’ (Directiva de 10 de abril de 1997) autoriza a los Estados miembros la imposición de cánones por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de esos recursos–, la Directiva 2003/54 persigue la consecución del mercado interior del sector eléctrico sin eludir a ningún aspecto tributario. Por tanto, no contiene norma alguna de armonización de carácter tributario. Esta es la primera razón por la que no procede plantear cuestión prejudicial en este asunto.

“La segunda razón resulta evidente. La argumentación de la parte recurrente resulta en sí misma ineficaz para sustentar su pretensión anulatoria. En síntesis, vendría a argumentar la vulneración del ordenamiento jurídico interno en la medida que al no existir una previsión reglamentaria que establezca la manera y el modo de proceder a la expresada ‘repercusión’ de los tributos autonómicos o locales en las correspondientes tarifas (mediante el suplemento territorial), en cierta medida se le estaría privando de un derecho que –según se infiere de su argumentación– parece declinar de los artículos 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997.

“No comparte la Sala esta argumentación, dado que la legalidad del tributo local que aquí analizamos no depende, en modo alguno, de la circunstancia de que pueda o no trasladar su importe al precio que constituye la retribución de su actividad. Es más, existen dudas razonables, como ha quedado expresado, con relación a la posibilidad de que la propia Directiva 2003/54 pueda interpretarse en el sentido de que efectivamente permita adicionar a los peajes o a la tarifa de último recurso un concepto que, quizás, no tenga mucho que ver con el coste de la actividad al que se refiere su artículo 11.7. Dicha directiva no acomete sino una especificación del principio básico que aparece en otras normas comunitarias –una vez más, por ejemplo, en materia de telecomunicaciones–, en cuya virtud, y a los efectos de preservar la libre competencia y asegurar la realización efectiva del mercado interior, el cálculo de los precios de estos servicios de interés general deben realizarse siempre en función de los costes.

“De esta manera, relacionando las exégesis enunciadas del Derecho interno y del Derecho de la Unión Europea se llega a la convicción de que no existe la referida doble vulneración. En efecto, podemos concluir:

“Primero, el título jurídico que habilita el establecimiento de la tasa reside en el artículo 133 CE y no, obviamente, en el título jurídico competencial del sector eléctrico.

“Segundo, no ha quedado acreditado que la tasa que nos ocupa sea precisamente uno de los tributos que podrían repercutirse a través del suplemento territorial, por cuanto su cuota se obtiene mediante unas reglas uniformes para el conjunto del territorio nacional (las que provee el artículo 24 TRLHL).

“Tercero, la Directiva 2003/54 no contempla norma alguna de carácter tributario.

“Cuarto, no existe, por otro lado, vulneración del Derecho comunitario, por el hecho de que no se le permita incorporar el importe de la tasa dentro del concepto de coste de su actividad. Con independencia de que la Directiva 2003/54 resista o no una interpretación favorable a la posibilidad de proyectar sobre el peaje o sobre la tarifa de último recurso los tributos autonómicos o locales –bajo el formato de un suplemento territorial–, en otras palabras, con independencia de que los costes deben reflejar estos tributos, en el caso que nos ocupa no se están cuestionando los preceptos (artículos 17.4 y 18.5 de la Ley 54/97) que autorizarían dicho proceder (que autorizarían, además,

en términos facultativos ‘se le podrá incluir un suplemento territorial’), sino que el objeto único del presente recurso jurisdiccional es una disposición administrativa de carácter general que implementa una tasa local.

“Consecuencia ineludible de lo anterior es, ya en quinto lugar, que la validez intrínseca de la tasa local controvertida no depende en absoluto de la posibilidad de que puedan o no proyectarse sus efectos económicos sobre la contraprestación de la actividad de transporte que diseña la Directiva 2003/54”.

B) Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo estimando en parte los recursos de casación interpuestos:

Entre las primeras Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de casación destaca la de fecha 31 de octubre de 2013 (recurso 2827/2012), que contiene una estimación parcial del referido recurso.

Interesa destacar, no obstante, que los argumentos contenidos en las sentencias del TSJC relativos al Derecho de la Unión Europea son confirmados íntegramente por el Tribunal Supremo.

Sin embargo, la razón de estimación parcial del recurso de casación se basa en la posición favorable del Tribunal Supremo sobre el quinto de los motivos esgrimidos, esto es, el relativo a la regulación de los elementos cuantitativos de la Ordenanza, al apreciar infracción de los artículos 24.1.c) y 25 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; en este sentido, los razonamientos se concentran en los fundamentos jurídicos séptimo y octavo, expresando este último:

“OCTAVO.– Dicho lo anterior, la Sala anticipa su criterio de estimar el motivo quinto por las razones que exponemos a continuación.

“En primer lugar, hay que reconocer que el informe técnico-económico realizado no justifica que la cifra de ingresos totales a los que tiene derecho REE por la actividad que desarrolla pueda servir de parámetro para el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso o aprovechamiento del dominio público municipal, suponiendo que los bienes afectados fuesen de propiedad privada.

“En segundo lugar, esta Sala, en la sentencia de 15 de octubre de 2012, cas. 1085/2010, entre otras, ya puso de manifiesto, en relación con la tasa municipal por el aprovechamiento del dominio público local por

empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, que no era conforme a derecho que para la medición del valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar por la llamadas efectuadas y recibidas en el municipio, además utilizando datos a nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto el parámetro utilizado podía conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada municipio. Ciertamente el artículo 24.1.c) del TRLHL autoriza e impone que la tasa se fije en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que se obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas; pero claro está, cuando estamos en el supuesto del art. 24.1.a) dicho parámetro sólo y exclusivamente servirá si a través del mismo puede determinarse ‘el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fueran de dominio público’.

“En el caso que nos ocupa se trata de una actividad regulada, en el que las tarifas o precios se fijan administrativamente, mediante un sistema ciertamente complejo en el que se concitan numerosos parámetros que no sólo tienen en cuenta los costes correspondientes por la estricta actividad de transporte de la energía, sino que se incluyen parámetros tales como amortizaciones, inversiones... (a la vista está, el Real Decreto 325/2008, de 29 de febrero y posteriores), sin que de la mera cifra de ingresos totales a los que tiene derecho REE por la actividad que desarrolla, sin al menos una justificación adecuada que debiera constar en el informe técnico-económico sobre la base de la metodología establecida reglamentariamente, pueda servir de parámetro para el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso o aprovechamiento del dominio público municipal proyectado en cada municipio en concreto; puesto que si bien es cierto que la dificultad es extrema en la cuantificación de la tasa, en tanto se está exigiendo por el legislador que se concrete un valor de mercado de una utilidad que no tiene mercado, aunque con referencia al mercado existente respecto de los mismos bienes que no sean de dominio público, lo que indirectamente hace factible una discrecionalidad amplísima en la elección del método o modelo a seguir, al menos si ha de exigirse que los elementos, datos y criterios utilizados sean objetivos y

adecuados y de los mismos puedan derivarse razonablemente que el fijado sea ‘el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público’, pues siendo discrecional la elección del método de determinación, dado que el valor de mercado de la utilidad es un concepto jurídico indeterminado, sólo puede ser uno, que ha de ser el resultado derivado de dichos elementos, datos y criterios utilizados, lo que exige que estos sean adecuados a dicho fin, y le corresponde al municipio, normalmente a través del informe técnico-jurídico acreditar dicha idoneidad y suficiencia. Lo que no es el caso, pues ante las especiales condiciones reglamentarias establecidas para fijar los ingresos totales de REE, este dato, sin más, sin referencia alguna a la metodología prevista, no contiene el grado de objetividad e idoneidad adecuado al efecto.

“En tercer lugar, lleva razón REE cuando se queja que los ingresos medios obtenidos por kilómetro de línea de transporte de energía eléctrica que señala la Ordenanza fiscal no se corresponden con lo expresado en el informe técnico-económico, porque en el mismo alude a los 36.200 euros por kilómetro de línea, dato que figura en la letra a) del artículo 4º de la Ordenanza, como resultado, dice, de dividir los ingresos totales obtenidos por REE en 2008 entre el número total de kilómetros de líneas de transporte de energía eléctrica de su titularidad en ese año, cuando es el caso, como ha quedado acreditado y se desprende incluso del propio informe, que esa cifra se obtiene de dividir los ingresos obtenidos ese año por la totalidad de las empresas que ejercieron la actividad de transporte de energía eléctrica en ese ejercicio, no sólo por REE, y, por tanto, el parámetro señalado en la Ordenanza fiscal no aparece justificado en el informe, por lo que bien el parámetro o bien el informe es disconforme con el ordenamiento jurídico.

“Es indudable que existe discordancia entre el parámetro definido en la Ordenanza fiscal como base imponible, ‘Ingresos medios obtenidos por REE por kilómetro de línea de alta y media tensión’, y el importe establecido para el mismo en el ejercicio 2011, 36.320 Eur., porque la mera lectura del informe técnico-económico pone de manifiesto que esa cuantía resulta de redondear a la baja y simplificar el valor obtenido como ‘Ingresos unitarios longitudinales’, que son el cociente de dividir ‘el importe del ingreso total por la retribución de la actividad de transporte, entre el número de kiló-

metros de líneas de red de transporte a nivel español', utilizando datos relativos al ejercicio 2008.

"No es dable olvidar para valorar la importancia de esta disparidad que la cuantía reflejada para 2011 sigue rigiendo en los ejercicios posteriores mientras no se modifique, conforme a lo que prevé el segundo inciso del apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ordenanza fiscal combatida.

"Por más que sea razonable identificar los 'Ingresos medios obtenidos por REE por kilómetro de línea de alta y media tensión' con los 'Ingresos unitarios longitudinales' obtenidos como cociente de dividir 'el importe del ingreso total por la retribución de la actividad de transporte, entre el número de kilómetros de líneas de red de transporte a nivel español', la Ordenanza fiscal debería haber precisado que, a estos efectos, se entenderá como ingresos medios obtenidos por REE los ingresos unitarios longitudinales, que se calcularán en los términos descritos. No estorba recordar aquí, para justificar la razonabilidad de esa equiparación, el hecho de que la compañía recurrente no era en 2008, ni tampoco en 2011, la única que realizaba la actividad de transporte de energía eléctrica en España, por más que en 2011 la participación de otra empresa en esa actividad fuera ya, como sigue siendo ahora, excepcional y residual.

"Pero es que, además, la Ordenanza fiscal debería haber precisado que para 2011 los 'Ingresos medios obtenidos por REE por kilómetro de línea de alta y media tensión' se debían determinar utilizando los datos correspondientes al año 2008, porque faltando esa aclaración expresa y exigiendo el apartado 1 de su disposición adicional primera que el valor del parámetro IMN/KM esté 'justificad(o) en el correspondiente informe técnico-económico y referenciado a los datos publicados oficialmente' para modificarlo en el futuro, no hay razón para fijarlo en 2011 conforme a los datos de 2008, habiéndose publicado ya cuando se realizó el informe técnico-económico que acompaña a la Ordenanza fiscal discutida los datos oficiales de ejercicios posteriores a éste, puesto que una cosa es que la cuantía del parámetro IMN/KM deba ser calculada con datos de ejercicios anteriores, dado que la tasa se devenga el 1 de enero de cada ejercicio, y otra es que no se calcule utilizando los datos más recientes de los publicados oficialmente.

"Faltando ambas precisiones en la Ordenanza fiscal, la cuantía que aparece en su artículo 4.a) como 'IMN/KM' para 2011, 36.320 euros por kilómetro, no

puede entenderse fundamentada en el informe técnico-económico que la acompaña, lo que hace irrelevante que el resultado derivado de esos ajustes pudiera ser superior al que aparece en la Ordenanza fiscal para el año 2011, como bien señala la compañía recurrente y en contra de lo que se afirma en la sentencia impugnada, porque efectivamente se trata de un método estimativo del valor de mercado que tendría la utilidad derivada, si los bienes fueran de titularidad privada, pero eso no excluye que se deba ser consecuente con las premisas establecidas para determinarlo en la propia ordenanza fiscal reguladora del tributo.

"A lo anterior cabe añadir, que el hecho de que el gravamen impuesto sea el más benigno en el contraste efectuado en el informe técnico-económico respecto de los otros dos modelos propuestos, no sólo en nada empee a lo dicho, sino que además no puede servir de justificación, en tanto, que según nuestro criterio, no parece muy acorde la estimación de la rentabilidad mínima que un hipotético propietario privado obtendría por permitir el uso de su patrimonio en las condiciones que lo hace REE para el ejercicio de la actividad de transporte de energía, tal y como sugiere la parte recurrente en referencia a las similitudes que quiere establecer entre el uso de los bienes de dominio público y una expropiación por servidumbre de paso, porque el régimen especial del sector, tal y como venimos comentando, lo que prevé es el establecimiento de servidumbres de paso, partiendo el informe de un presupuesto hipotético y ajeno a la regulación legal del sector, que en todo caso debería de servir de referencia, cual es el establecimiento de un usufructo vitalicio. Otro tanto cabe decir del otro modelo recogido en el informe sobre la estimación del importe de la tasa que pagaría REE al Ayuntamiento, si le fuera de aplicación el régimen simplificado del art. 24.1.c) del TRLHL, en tanto que cabría hacer las mismas objeciones que se han hecho respecto del tipo de gravamen, en cuanto a la improcedencia del método seguido al efecto, como ha quedado dicho anteriormente.

"Finalmente, en lo que respecta a la cuota, la Ordenanza fiscal fija un tipo de gravamen del 3%, con el que busca asemejar el régimen de cuantificación de la tasa combatida al régimen especial de la letra c) del artículo 24.1 del TRLHL, cuando éste no se aplica al transporte de energía eléctrica, sometiendo así a un gravamen anual porcentual sobre sus ingresos, lo que desvirtúa la naturaleza del régimen de cuantificación

aplicable al caso, que es el regulado en la letra a) de ese artículo 24.1.

“El informe técnico-económico sostiene ese porcentaje en dos argumentos esenciales: el primero es que ‘(l)a red de transporte, que opera a la elevadas tensiones, precisa de espacio suficiente para implantar medidas de seguridad adecuadas, tanto por trabajos de mantenimiento como por la propia explotación de la red. Además, se deben cumplir las condiciones exigibles de protección del medio ambiente. Dada la declaración de utilidad pública de estas instalaciones [...] se establece la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso, tanto para suelos de uso público como para privados. [...] la servidumbre comprende igualmente el derecho de paso o acceso y la ocupación temporal de terrenos u otros bienes necesarios para construcción, vigilancia, conservación y reparación de las correspondientes instalaciones’, y el segundo es que ‘(p)ara valorar la diferencia esencial entre los aprovechamientos de dominio público que realizan los distribuidores/comercializadores de energía y la empresa REE, observemos que, siendo un potencial de energía total determinado de magnitud única, la utilización del suelo o subsuelo necesaria para la distribución o comercialización se extiende y *distribuye* por todos los Municipios de España. Por el contrario, las líneas de alta y media tensión están concentradas en algunos Municipios, de modo que es evidente la superior intensidad del aprovechamiento especial en aquellos territorios impactados por la actividad de REE’. Por ello, y como también antes quedó reseñado, se señala que ‘(v)alorando que la intensidad del aprovechamiento de que disfruta REE es superior al doble del aprovechamiento efectuado a favor de distribuidores y comercializadores se ha estimado proporcionado aplicar un tipo de 3% sobre los ingresos de REE que corresponderían a una longitud de [...] km de líneas de alta y media tensión, instaladas en el municipio [...]’.

“Esta justificación no tiene en cuenta que en el artículo 24.1.c) del TRLHL se prevén tanto la utilización privativa, y por lo tanto excluyente, como los aprovechamientos especiales, a través del suelo, subsuelo, vuelo, mientras que en el presente caso, la tasa se constituye con base en un uso de dominio público que sólo puede ser calificado como especial, pues el transporte de energía eléctrica se lleva a cabo mediante tendidos eléctricos que cruzan o sobrevuelan en su caso, carreteras, caminos, ríos y otros bienes de dominio público, y que ciertamente necesitan del establecimiento de pos-

tes cuya ocupación es de mínimo alcance en relación al tendido de la línea. Y desde luego, el impacto ambiental y potencial riesgo serviría, en todo caso, para la exigencia de una tributación de finalidad extrafiscal, incentivando determinadas conductas y desincentivando otras (SSTC 289/2000, 168/2004 ó 179/2006), pero no el establecimiento de la tasa”.

C) Sentencias dictadas por la Sección Primera del TSJC con posterioridad al criterio sentado por el Tribunal Supremo:

STSJC de 28 de abril de 2014; asunto Ayuntamiento de Begues:

Esta sentencia rechaza los argumentos relativos a la falta de motivación en los criterios utilizados en la cuantificación de la tasa y en el estudio económico.

“[...] En el expediente administrativo no consta ningún otro informe o documento justificativo del inciso de la Ordenanza aquí impugnado, esto es, el artículo 6, tarifa primera, nº 6, del siguiente tenor (traducido del catalán): ‘Artículo 6. Cuota tributaria. 1. Tarifa primera. Transformadores, cajas de amarre, de distribución y de registro, cables, raíles y tuberías y otros análogos (€/unidad): [...] 6. Cables de conducción eléctrica, aérea. Por cada metro lineal o fracción: 44,35’.

“Por otra parte, el copiado contenido del informe técnico-económico es de carácter genérico, sin concretar ni la forma de obtención del valor de mercado ni tampoco la aplicación o no de los factores correctores que se citan para el caso de tales cables de conducción eléctrica aérea.

“Sin embargo, la parte actora, que no instó ampliación alguna del expediente administrativo (art. 55 LJCA), ha acompañado con la demanda, como prueba documental número 1 (cfr. primer otrosí de la demanda, página 38 de la misma) un documento, de fecha 21 de septiembre de 2012, titulado ‘Aplicación del Estudio Económico de la Ordenanza Fiscal núm. 28 a las torres de alta tensión. Ejercicio 2013’. Dicho documento es de la misma fecha y viene suscrito por los mismos funcionarios municipales (Secretaría-Interventora y Técnico Económico) que suscriben el Informe Técnico-Económico.

“En tal documento se comienza por señalar que dicha Ordenanza recoge hechos imponderables diferenciados que requieren un análisis específico, pues no se puede aplicar por igual a todos los obligados tributarios el previsto en el estudio económico de la tasa, ya

que determinadas actividades o servicios no pueden ser tratados con los mismos criterios.

“Y, a continuación, se detallan los resultados y la forma de obtenerlos del análisis de los componentes de la fórmula polinómica contenida en el copiado Informe técnico-económico:

“– Valor de mercado: Para cables: $128,02 \text{ €/m}^2 = 3.072,48 \text{ €/metro lineal}$; precio de alquiler por aplicación del coeficiente reductor del $0,02 = 61,45 \text{ €/metro lineal}$. Y para postes: $0,02229 \text{ €/cm}$.

“– Factores correctores: Impacto visual: 1,20 para cableado y 3,4 para postes; Impacto ambiental: 1,10 y 1,05; Arraigo del servicio o actividad en el municipio: 1,05 en ambos casos; Desarrollo económico del municipio: 1,05 en ambos casos; Fomento de la ocupación: 1,10 y 1,05; Grado de exclusividad o complementariedad: 0,41 y 4,77; y uso social: 1,10 en ambos casos.

“Las respectivas cuotas tributarias se detallan a continuación: $44,35 \text{ €/ml}$ para cables y $51,95 \text{ €/cm}$ para postes. Y se concluye que la mercantil actora es propietaria de la línea de alta tensión ubicada sobre la Avenida Mediterrània con una longitud total de 1.750 metros y formada por 6 cables.

“El cálculo final del importe de la tasa para 2013 es de un total de $465.986,70 \text{ €}$, suma de 465.675 € relativos a los cables: $44,35 \text{ €/ml} \times 1750 \text{ metros} \times 6 \text{ cables}$; y de $311,70 \text{ €}$ por las torres: $6 \text{ torres} \times 51,95 \text{ €/unidad}$ y año.

“En principio, este informe de ‘Aplicación del Estudio Económico de la Ordenanza Fiscal núm. 28 a las torres de alta tensión. Ejercicio 2013’ debiera formar parte del propio Estudio Económico y haber sido incorporado al expediente remitido a la Sala.

“Pero esta circunstancia meramente formal no puede impedir, a juicio de la Sala, que se considere como integrante de dicho Estudio Económico y de la propia Ordenanza, pues con los simples datos del Estudio y de la Ordenanza resultaría imposible cualquier liquidación de la tasa.

“Abunda en la misma conclusión, por un lado, el dato ya señalado de que tal informe de ‘Aplicación’ es de la misma fecha –21 de septiembre de 2012– y viene suscrito por los mismos funcionarios municipales –Secretaría-Interventora y Técnico Económico– que suscriben el Informe Técnico-Económico; y, por otro lado, el principio de congruencia obliga a juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamentan el recurso y la opo-

sición (art. 33.1 LJCA), y aquí la mercantil actora ni solicitó complemento de expediente ni, aparte menciones puramente incidentales, ha centrado su pretensión en este defecto puramente formal, que tampoco ha podido causar indefensión material alguna, pues es la propia demanda la que acompaña el informe y también los diversos dictámenes periciales la tienen en cuenta.

“Por lo tanto, partiendo de esta integración del informe de ‘Aplicación’ en el Estudio Económico y en la Ordenanza, no puede compartirse este motivo de impugnación de la demanda, en los términos en que se formula, pues no cabe compartir que haya carencia de motivación. Entendemos que, así integrado, el Estudio Económico cumple en forma bastante los requisitos contenidos en el copiado fundamento séptimo de la STS de 31 de octubre de 2013 (casación 2827/2012), que recoge el criterio de la STS de 7 de marzo de 2012 (casación 1683/2008) en la que se basa la demanda en cuanto a la imprescindible motivación.

“Que se comparta o no ya sea el contenido de la motivación o ya sea los resultados de la misma es cuestión que habrá de analizarse separadamente, como hacemos seguidamente, ceñidos al importe de la tasa para 2013 relativo a los cables de 465.675 € , pues nada se combate en la demanda respecto de los $311,70 \text{ €}$ por las torres.

“CUARTO: Entramos ya en el fondo de las cuestiones controvertidas, respecto de las cuales ha de reiterarse que no hay efecto positivo alguno de la cosa juzgada, sino que habrán de enjuiciarse conforme a los resultados de las pruebas, esencialmente periciales, obrantes en autos y practicadas en otros litigios entre las mismas partes y por idénticas cuestiones. En todo caso, la Sala se aparta y rectifica razonadamente el criterio seguido en anteriores sentencias, condicionado por las probanzas realizadas en las impugnaciones que las motivaron:

“1. Valor de mercado

“Resulta en el informe de ‘Aplicación’ que se parte del valor catastral del suelo medio de todo el municipio multiplicado por el coeficiente 1,55 que es el utilizado por la Generalitat en el Impuesto sobre Transmisiones para el mismo municipio en función del año de redacción y normativa vigente de la ponencia de valores. Y al valor medio del suelo y para determinar el precio de alquiler se aplica un coeficiente del 0,02, esto es, una reducción del 98% del valor de mercado, con el ya referido resultado de $61,45 \text{ €/ml}$.

“La motivación de este valor de mercado es suficiente y, a juicio de la Sala, correcto, pues parte del valor catastral con un coeficiente objetivo y razonable habida cuenta del factor RM para el cálculo de aquel; y para calcular el valor de mercado del art. 24.1.a) LHL se toma como precio de alquiler un 2% de dicho valor, lo que es particularmente acertado, pues nunca cabrá aplicar directamente el valor de mercado en venta del suelo (cfr. nuestra sentencia 853/2013, de 13 de septiembre de 2013, estimatoria del recurso de la misma mercantil aquí actora contra Ordenanza por idéntica tasa del Ayuntamiento de Conca de Dalt; nunca cabrá equiparar esa base o punto inicial del cálculo [precio de venta] con el valor de la utilidad, pues es de todo punto obvio que no cabrá establecer unas tarifas iguales a la valoración del suelo, de forma que la tasa resultante fuere equivalente a satisfacer todos los años el citado valor del suelo.

“La Sala no comparte las alegaciones de la demanda ni las apreciaciones de varios de los dictámenes periciales que impugnan que se haya aplicado el valor medio del valor catastral de todo el municipio, sin tener en cuenta que los terrenos sobre los que discurren los cables no son edificables. Tales alegaciones y apreciaciones son erróneas, pues como destaca la jurisprudencia citada en el escrito de conclusiones del Ayuntamiento demandado, ante una carencia de aprovechamiento urbanístico ha de acudir a los valores de las fincas con aprovechamiento más representativo del entorno y nunca precisamente a las que carecen del mismo. Los citados dictámenes periciales, en todo caso, no desvirtúan eficazmente que el valor de mercado sea inferior al que resulta del informe de ‘Aplicación’, sin que basten críticas puntuales de carácter genérico a los parámetros tomados en cuenta por el Ayuntamiento.

“En consecuencia, habrá de rechazarse la impugnación relativa al valor de mercado que debe estimarse correcta.

“2. Factores correctores de impacto visual, impacto ambiental, arraigo del servicio o actividad en el municipio, desarrollo económico del municipio, fomento de la ocupación y uso social

“La aplicación de estos factores correctores, como ha quedado apuntado y salvo error en la cuenta, supone multiplicar por 1,60 el valor de mercado obtenido, esto es, aumentarlo en un 60%.

“La Sala considera contraria a derecho la aplicación de todos estos factores correctores al alza, compartien-

do los criterios contenidos en los diversos dictámenes periciales que quedan resumidos en el escrito de conclusiones de la mercantil actora:

“a) La motivación de los factores de ‘impacto visual y de impacto ambiental’ puede estimarse bastante, pero no cabe aplicarlos para el cálculo de la tasa. Así se señala en el copiado fundamento octavo de la STS de 31 de octubre de 2013 (casación 2827/2012): el impacto ambiental y potencial riesgo serviría, en todo caso, para la exigencia de una tributación de finalidad extrafiscal, incentivando determinadas conductas y desincentivando otras (SSTC 289/2000, 168/2004 ó 179/2006), pero no el establecimiento de la tasa.

“Según el informe técnico-económico se considera impacto visual el impacto ambiental que afecta al paisaje, por lo que ha de entenderse que no es parámetro válido para la cuantificación de la tasa.

“Es cierto, como indica el informe de ‘Aplicación’ y resulta de diversas fotografías obrantes en autos, que la presencia de los cables se aprecia desde diferentes puntos del municipio, así como que rompe completamente con el paisaje urbano dadas sus dimensiones; y es igualmente cierto que tales brutales agresiones al paisaje visual, producidas por estas instalaciones o por las de otras empresas de suministros, si bien toleradas durante décadas, pueden resultar intolerables en los tiempos que corren, dados los actuales estándares de vida y el precio de los terrenos y viviendas en núcleos urbanos, sobre todos turísticos como el de autos.

“Sin embargo, la cuestión excede de la cuantificación de la tasa por la ocupación del dominio local y ha de tener su sede natural en las medidas legislativas que terminen con tal obsoleto estado de cosas, con las oportunas obligaciones de suministradores eléctricos o de telefonía y/o de urbanizadores, y su efectiva y real exigencia; y, en su caso, como apunta la citada STS, a través de la correspondiente tributación con finalidad extrafiscal.

“b) El factor relativo al ‘arraigo del servicio o actividad en el municipio’ no puede entenderse aplicable al tendido de cables de alta tensión de que se trata.

“El informe técnico-económico hace referencia a si la implantación del servicio o actividad es nueva o responde a la tradición del municipio, tratándose de tener en cuenta si son adecuados al municipio. El informe de ‘Aplicación’ dice que el grado de arraigo es mínimo y no guarda ningún parecido con la actividad industrial del municipio.

“Todo ello es, a juicio de la Sala, ajeno al tendido de cables en cuestión, y sólo cabrá aplicarlo a otro tipo de servicios o actividades, en que el arraigo y la tradición puedan tener sentido para aplicar un factor corrector.

“c) Los factores de ‘desarrollo económico del municipio’, ‘fomento de la ocupación’ y ‘uso social’ tampoco pueden estimarse aplicables al tendido de cables:

“— El factor relativo al ‘desarrollo económico’ se centra, según el copiado informe técnico-económico, en incentivar o desincentivar la generación de riqueza. El informe de ‘Ampliación’ sostiene que las instalaciones no contribuyen al desarrollo económico ya que no tienen ninguna incidencia en él, conclusión que no cabe compartir pues difícilmente cabe afirmar que el transporte y suministro de electricidad sean ajenos al desarrollo y generación de riqueza, directa o indirectamente.

“— El factor ‘fomento de la ocupación’ se configura en el informe técnico-económico con una estrecha relación con el anterior y queda referido a la traducción de los servicios o actividades en nuevos puestos de trabajo para los habitantes del municipio. El informe de ‘Ampliación’ dice que esta actividad no genera creación de puestos de trabajo en el municipio, conclusión que por las mismas razones que en el factor anterior no cabe compartir.

“— El factor ‘uso social’ depende, en el informe técnico-económico, de las consecuencias que el uso del dominio público aporta a la sociedad que le rodea, sea el municipio, comarca, provincia o comunidad autónoma, mostrando el grado de integración entre sector público y sector privado y traducéndose en el desarrollo de actividades socio-culturales, deportivas o turísticas. El informe de ‘Ampliación’ añade que la actividad no produce ningún efecto positivo que pueda considerarse potenciador de actividades socio-culturales y turísticas que tienen gran repercusión en el municipio.

“Sin embargo, este factor no se ciñe al municipio, sino a la comarca, provincia o comunidad autónoma, y, en todo caso, el suministro y transporte de electricidad no puede considerarse ajeno al desarrollo de las actividades socio-culturales y turísticas, que no cabe imaginar sin consumo eléctrico.

“3. Factor corrector en relación con el grado de exclusividad o complementariedad

“Este factor, nos dice el informe técnico-económico, trata de evaluar si el desarrollo concreto de una actividad permite que se lleven a cabo otras actividades o servicios simultáneamente, o bien se produce un uso exclusivo del

dominio público por parte de la empresa actuante. Según el informe de ‘Ampliación’ la actividad de la actora sobre los terrenos de dominio público permite la realización de otras actividades, pese a que las limita; por tanto, el coeficiente que debe reflejar esta complementariedad se establece en 0,41 para el cableado y en 4,77 para los postes, ya que el espacio ocupado por éstos no puede ser utilizado para ninguna función.

“Aquí interesa exclusivamente el coeficiente relativo al cableado, del 0,41, esto es, una minoración del 59%, pues el cálculo de la tasa de los postes no ha sido objeto de impugnación.

“La demanda no combate ese coeficiente del 0,41 por sí mismo, sino que lo tacha de arbitrario por diferir, en perjuicio de la actora, de los aplicados en los años 2003 a 2008.

“No compartimos este alegato de la demanda dada la diversidad de informes en unos y otros ejercicios, sin que exista obligación de mantener sin más los coeficientes favorables al obligado tributario. En todo caso, la existencia del cableado de alta tensión es evidente, a juicio de la Sala, que limita seriamente la realización de otras actividades en los terrenos que sobrevuela, por lo que entendemos que una minoración del 59% es del todo razonable.

“4. Multiplicación del resultado correspondiente a €/ml por seis cables

“Salvo error en la cuenta, la aplicación del valor de mercado y del coeficiente de exclusividad o complementariedad (aspectos ambos en que la Sala coincide con los tenidos en cuenta en el informe de ‘Ampliación’, al rechazarse las impugnaciones de la demanda) y la no aplicación de los restantes factores de corrección (respecto de los cuales la Sala comparte las alegaciones de la demanda) arroja un resultado de 25,19 €/metro lineal, que resulta de multiplicar 128,02 €/m² x 24 ml x 0,02 x 0,41.

“Tal resultado supone considerar contraria a derecho la tarifa que establece la Ordenanza de 44,35 €/ml.

“La demanda, además, sostiene que también es contraria a derecho la multiplicación del valor €/ml no solo por los 1750 metros de cableado (siguiendo el obtenido de 25,19 €/ml arroja un resultado de 44.090,09 €), sino también, como se hace en tal informe de ‘Ampliación’, por seis cables.

“La complejidad de la cuestión y la existencia en pleitos anteriores de un solo dictamen pericial emitido a instancias del Ayuntamiento llevó a la Sala a enten-

der correcta esta adicional multiplicación por seis cables, en relación con la normativa eléctrica.

“En el presente momento, a la vista de las explicaciones contenidas en otros varios dictámenes periciales, emitidos por peritos designados judicialmente conforme al art. 341 LEC, la Sala ha de cambiar de criterio por estimar incorrecta, al incidir en duplicidad, esta multiplicación por seis cables.

“Así resulta, en primer lugar, del análisis del informe de ‘Ampliación’, en cuyo primer párrafo de los dedicados al ‘Valor de mercado’ se dice que se trata de una línea de alta tensión ubicada sobre la Avenida Mediterrània y que afecta a los sectores que se citan, añadiendo: *‘La longitud total de la línea es de 1.750 metros, i l’amplada d’afectació és de 24 metres’*. De esta forma, el propio informe concreta la anchura de afectación, 24 metros, y esa afectación es la que se tiene en cuenta al establecer el importe en €/ml.

“En segundo término, resulta de las explicaciones de uno de los dictámenes periciales: el cálculo por metro lineal ya ha considerado una anchura de afectación de 24 metros, siendo ésta la zona total ocupada por los seis conductores y no por un solo conductor. Por otra parte, si tal anchura de afectación de 24 metros se multiplica por 6, se estaría considerando una superficie equivalente de 144 metros de anchura, valor totalmente desproporcionado en relación a la ocupación y zona de servidumbre real de la línea, ya que las superficies de afectación de los conductores se superponen.

“Por fin, la valoración de los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, que ordena el art. 348 LEC, conduce a concluir que no cabe atender a conclusiones teóricas y aisladas derivadas de la normativa eléctrica (que obvia el señalado dato de que las superficies de afectación de los conductores se superponen), sino a la realidad de la ocupación que, a la vista de las fotografías obrantes en autos (la línea de alta tensión ocupa la mediana de la Avenida en cuestión), nunca podrá estimarse en 144 metros de anchura, sino en los 24 metros que sostiene la demanda.

“[...]”.

3. IBI: exención a Correos y Telégrafos, S.A. STS de 7 de octubre de 2013 (recurso de casación en interés de la ley)

El Tribunal Supremo fija como doctrina legal que el artículo 22.2, párrafo segundo, de la Ley 43/2010, del

servicio postal universal, debe ser interpretado en el sentido de que la exención tributaria que establece a favor del operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal, no alcanza a los bienes inmuebles desde los que provee tal servicio y las demás prestaciones postales que realiza en régimen de competencia con otros operadores del sector.

Se desestiman los motivos de inadmisión basados en la falta de legitimación activa de la Diputación Provincial de Huesca, y los basados en la imprecisión de la doctrina propuesta (FJ 1 y 2), confirmando que la sentencia discutida es gravemente dañosa para el interés general (FJ 3), y concluyendo que la interpretación seguida por la sentencia impugnada constituye una ventaja anticompetitiva (FJ 4):

“CUARTO.— Llegamos así al corazón del debate, consistente en determinar si la exención tributaria que se reconoce en el párrafo segundo del artículo 22.2 de la Ley 43/2010 al operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal alcanza al impuesto sobre bienes inmuebles, como sienta la sentencia impugnada, o si, por el contrario, tal y como se sostiene en este recurso, y se nos pide que declaremos, no se extiende a tal tributo en cuanto grava los bienes inmuebles de dicho operador.

“El tenor del precepto legal es como sigue:

“‘El operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal quedará exento de los tributos que graven su actividad vinculada al servicio postal universal, excepto el impuesto sobre sociedades’.

“(1) Para empezar, se ha de reparar en que una interpretación literal de la norma no autoriza la conclusión a la que llega la magistrada-juez de Huesca en su sentencia. Y no lo autoriza por una doble razón. De entrada, el precepto se refiere a tributos que graven la actividad, entre los que no se encuentra el impuesto sobre bienes inmuebles, que constituye una exacción directa de carácter real que recae sobre el valor de los bienes inmuebles, siendo su hecho imponible la titularidad de una concesión administrativa sobre los mismos o sobre los servicios público a que se hallen afectos, o de un derecho real de superficie o de usufructo o del derecho de propiedad sobre bienes de tal naturaleza (artículos 60 y 61.1 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales). Además, ha de ser una actividad vinculada con el servicio postal universal, resultando que el impuesto sobre bienes inmuebles no hace distinciones sobre el destino que se dé al

bien de que se trate [tan sólo, y por excepción, el artículo 62.2.a), del texto refundido al dispensar los bienes inmuebles que se destinen a la enseñanza por centros docentes acogidos al régimen de concierto, limita el beneficio a la superficie afectada a la enseñanza concertada].

“No se ha de perder de vista que el artículo 22.2 de la ley 43/2010 regula una exención tributaria y como tal debe ser interpretada. En realidad, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo ha extendido el supuesto de hecho de manera analógica a una realidad no contemplada ni regulada por la exención, extensión analógica proscrita por el artículo 14 de la Ley General Tributaria de 2003, en redacción parecida a la que recogía el artículo 24 de la ley homónima 230/1963, de 28 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), según ha interpretado la jurisprudencia [sentencias de 19 de octubre de 2000 (casación 7032/94, FJ 2º), 10 de octubre de 2011 (casación 4839/08, FJ 2º) y 11 de febrero de 2013 (casación para la unificación de doctrina 263/10, FJ 4º), entre otras muchas].

“A juicio de esta Sala, los términos de la norma sólo permiten concluir que la exención únicamente alcanza a los tributos que gravan la actividad del operador designado por el Estado vinculada al servicio postal universal; nada más y nada menos. Por ello, como con tino razona la propia Correos y Telégrafos, se excluye de la ventaja el impuesto sobre sociedades, porque, por definición, en la prestación de ese servicio de interés general no se generan rentas susceptibles de ser gravadas por dicho tributo personal y directo.

“No se trata, por tanto, de una exención subjetiva que beneficie a Correos y Telégrafos en todo caso y circunstancia, sino de otra objetiva que atiende a la naturaleza de la actividad desarrollada y a su vinculación con el servicio postal universal.

“(2) La anterior conclusión se ve abonada con un análisis de la evolución en nuestro ordenamiento jurídico de la dispensa controvertida. Si se prescinde de precedentes remotos, como el de nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2001 (casación 6244/96), en el que se contemplaba un marco jurídico donde el servicio postal era público y gestionado en régimen de monopolio por el organismo autónomo Correos y Telégrafos (pese a ello, en dicha sentencia se consideró que las oficinas de correos no estaban exentas de la contribución territorial urbana, entonces vigente), la exención que centra nuestra atención aparece por primera vez en nuestro sistema en la Ley 24/1998, que, siguiendo los dictados

del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, inició la liberalización de los servicios postales.

“En su artículo 19, con la denominación ‘derechos especiales y exclusivos atribuidos al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal’, en el apartado 1.b) se le reconocía como derecho especial ‘la exención de cuantos tributos graven su actividad vinculada a los servicios reservados’. Esta fórmula legal, semejante, por no decir igual, a la actualmente en vigor, no incluía inicialmente la excepción que atañe al impuesto sobre sociedades, que se incorporó a la fórmula legal por la disposición final primera, apartado 3, de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal (BOE de 9 de octubre). En el trámite parlamentario que dio lugar a la Ley 24/1998 se rechazó, como indica la Diputación Provincial recurrente, una enmienda que pretendía dispensar al operador designado de ‘cuantos tributos graven su actividad vinculada a los servicios reservados, y al mantenimiento y extensión de la red postal pública, y en todo caso el impuesto sobre sociedades’ [enmienda 323 presentada en el Congreso (BOCG, Congreso, de 24 de marzo de 1998) y enmienda 311 en el Senado (BOCG, Senado, de 1º de junio de 1998)], indicio de que el legislador no quiso que el beneficio fiscal alcanzara a los tributos que incidieran sobre el mantenimiento y la extensión de la red postal, conceptos en los que se integra la propiedad de los bienes inmuebles urbanos precisos para instalar las oficinas en las que prestar el servicio postal universal, y por ello al impuesto sobre bienes inmuebles.

“Es verdad que, como opone Correos y Telégrafos, la enmienda, del Grupo Socialista fue rechazada porque en lo que atañe al impuesto sobre sociedades no se hacía distinción entre servicios reservados y no reservados (Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones, número 432, de 22 de abril de 1998, p. 12524), pero el que fuera así no desdice que también se dejara en el tintero la parte relativa al ‘mantenimiento y extensión de la red postal pública’, cuyo rechazo no aparece explicitado, circunstancia que no impide al intérprete obtener las pertinentes consecuencias exegéticas, de las que acabamos de dejar constancia en el párrafo anterior.

“Cuando para incorporar al derecho interno las modificaciones introducidas en la Directiva 97/67/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la

Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (DOUE, serie C, num. 15, de 21 de enero de 1998, p. 14) –en adelante, ‘Directiva 97/67’– por la Directiva 2006/8, se acometieron los trabajos legislativos que culminaron en la vigente Ley Postal, el proyecto de Ley incorporaba un artículo 22.2, párrafo segundo, del siguiente tenor: ‘El operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal quedará exento de cuantos tributos se devenguen como consecuencia de su actividad vinculada al servicio postal universal, excepto el impuesto sobre sociedades’. La toma en consideración de la enmienda número 171, presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán (BOCG, Congreso, de 4 de noviembre de 2010), que pedía la suspensión del precepto, dio lugar a una enmienda transaccional (Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones, número 655, de 10 de noviembre de 2010, p.10), por cuya virtud el artículo quedó como está en la actualidad.

“Si se comparan ambos textos se comprueba que allí donde el proyecto decía ‘cuantos tributos se devenguen como consecuencia de su actividad vinculada al servicio postal universal’ la Ley definitivamente aprobada dijo ‘tributos que graven su actividad vinculada al servicios postal universal’. Esta segunda fórmula es más restrictiva que la inicial, pues en la expresión tributos que se devenguen ‘como consecuencia’ cabría entender comprendida cualquier exacción relacionada con la prestación del servicios postal universal, mientras que en la dicción definitiva (‘tributos que graven’) sólo caben aquellas figuras tributarias que recaigan sobre la actividad en sí misma considerada.

“Así pues, la evolución legislativa y la actividad parlamentaria que desembocaron en el texto que estamos llamados a interpretar conducen a un desenlace diferente del señalado en la sentencia impugnada y pretendido por Correos y Telégrafos. La exégesis correcta es la que propone la Diputación Provincial de Huesca, como se obtiene también abordando una interpretación teleológica de la norma.

“(3) La exención, como decimos, procede de la Ley 24/1998 [artículo 19.1.b)] y se mantiene en la vigente de 2010 (artículo 22.2, párrafo segundo) con un texto prácticamente igual, sin más diferencia que donde se decía allí ‘servicios reservados’ ahora aparece ‘servicio postal universal’, diferencia irrelevante pues aquéllos primeros eran los que integraban este segundo.

“La Ley 24/1998 fue ‘inspirada’, en expresión de su preámbulo, por la Directiva 97/67, incorporándola a

nuestro derecho interno, mientras que la Ley 43/2010 hizo lo propio con la Directiva 2008/6, que modificó aquella primera para alcanzar la plena liberalización del mercado interior de los servicios postales comunitarios. Quedamos, por tanto, abocados a interpretar nuestras leyes sectoriales a la luz de las metas marcadas en la legislación de la Unión. Esas metas no son otras que una liberalización progresiva y controlada del mercado de los servicios postales, con el fin de garantizar la libre prestación de los servicios en el sector (considerando 8º de la Directiva 97/67), al tiempo que se garantiza un servicio postal universal de calidad a un precio asequible, proporcionando a todos los usuarios un fácil acceso a la red postal (considerandos 11º y 12º de la Directiva 97/67). Este objetivo básico de garantizar la prestación sostenible de un servicio universal que reúna las condiciones de calidad fijadas en la Directiva 97/67 quedó garantizado en toda la Comunidad allá por el año 2009 sin necesidad de la existencia de un sector reservado, momento en el que los proveedores del servicio universal habían podido ya adoptar las medidas precisas para garantizar su viabilidad en un mercado cada vez más abierto y competitivo (considerandos 11º y 12º de la Directiva 2008/6). Pues bien, esta Directiva, modificando la 97/67, elimina el sector reservado como medio de garantizar la financiación del servicio universal, permitiendo a los Estados miembros la financiación externa de los costes residuales del servicio universal (considerandos 25º y 26º).

“Con tal designio modificó el artículo 7 de la Directiva 97/67, en el que, tras negar a los Estados miembros la posibilidad de otorgar o mantener en vigor derechos especiales o exclusivos para el establecimiento y la prestación de servicios postales, les permite financiar la prestación del servicio universal conforme a uno o varios de los sistemas previstos en los apartados 2 a 4 del mismo precepto, o aplicando cualquier otro sistema compatible con el Tratado (apartado 1). Les permite sacar a licitación la prestación del servicio universal (apartado 2) y cuando consideren que las obligaciones inherentes al mismo comporten un coste neto y representen una carga financiera ‘injusta’ para el proveedor o los proveedores del servicio universal, le cabe crear un mecanismo para compensar a la empresa o empresas afectadas con fondos públicos o para repartir ese coste neto entre los proveedores de servicios, los usuarios o ambos (apartado 3). Si siguen esta última fórmula, pueden constituir un fondo de compensación financiado mediante un canon aplicado a

los proveedores del servicio, a los usuarios o a ambos, gestionado por un organismo independiente del beneficiario o los beneficiarios. También pueden condicionar la concesión de autorizaciones a los proveedores de servicios a la obligación de hacer una aportación financiera al citado fondo o al cumplimiento de obligaciones del servicio universal (apartado 4).

“Pues bien, nuestra vigente Ley de 2010 ha seguido este último camino (el suministrado por los apartados 3 y 4 del nuevo artículo 7 de la Directiva 97/67), creando, para la financiación del servicio postal universal y para compensar la carga financiera ‘injusta’ que comporta su llevanza, un fondo de financiación, regulando diversas fuentes adicionales para allegar recursos a tal fin, como son la contribución postal y la tasa por concesiones de autorizaciones administrativas singulares, y garantizando de este modo el equilibrio financiero del prestador del servicio postal universal (apartado II del preámbulo de la Ley).

“En consonancia con tales propósitos, el capítulo III del título III de la Ley, además de exigir al operador designado para la prestación del repetido servicio económico de interés general la llevanza de una contabilidad analítica, en la que se diferencie claramente los servicios y productos que forman parte del servicio universal y los que no se integran en el mismo (artículo 26.1), autoriza la fijación del coste neto de las obligaciones del servicio público postal, permitiendo la determinación por la Comisión Nacional del Sector Postal de la cuantía de la carga financiera ‘injusta’ que comportan las obligaciones del servicio postal universal para el operador designado, que se compensa con cargo a un fondo de compensación (artículos 27.1 y 28). Este fondo se nutre por transferencias consignadas en los presupuestos generales del Estado y por determinadas prestaciones patrimoniales de carácter público, como una contribución postal a cargo de los titulares de autorizaciones administrativas singulares y una tasa por la concesiones de esas autorizaciones (artículos 29 a 32).

“El marco normativo de que hemos dejado sucinta constancia pivota, pues, sobre dos pilares: (i) la libre competencia en el mercado de los servicios postales, garantizado la prestación del servicio postal universal, y (ii) la indemnidad de este último por la carga financiera ‘injusta’ que comporta esa prestación, a cuyo fin, para compensarle, se crea un fondo que se nutre de consignaciones presupuestarias y de determinadas prestaciones patrimoniales públicas que gravan, entre

otros, a su competidores en la prestación de servicios postales que no forman parte del universal.

“Este segundo pilar evidencia el error de la sentencia de instancia y de la tesis de Correos y Telégrafos: la exención en el impuesto sobre bienes inmuebles no se puede justificar en la necesidad de compensar a dicha sociedad estatal por la carga financiera ‘injusta’ que supone la prestación del servicio postal universal y, en particular, el mantenimiento y la conservación de una red de oficinas que permitan esa prestación, por la sencilla razón de que esa compensación viene por otros cauces, como acabamos de comprobar.

“Más en particular, y en lo que se refiere al mantenimiento de una red de oficinas, se ha de precisar que cuando se creó Correos y Telégrafos como sociedad anónima estatal, mediante el artículo 58 de la Ley 14/2000, sucedió a la entidad pública empresarial del mismo nombre, subrogándose en su posición y recibiendo, sin coste adicional alguno, su red de oficinas, salvo determinados inmuebles de uso administrativo (apartados 3 y 4), quedando exenta de todo tributo, local o estatal, por las transmisiones, actos y operaciones que se efectuasen o documentos que se otorgasen en virtud de lo establecido en el precepto (apartado 5). Viene a cuento esta precisión porque evidencia que, lejos de encontrarse en una posición de desventaja frente a sus competidores, la sociedad estatal Correos y Telégrafos, en cuando sucesora de la entidad pública homónima, inició su andadura en un mercado competitivo con ciertas ventajas iniciales.

“Y en ese sentido, se ha de recordar que, en una sector ‘hermano’ como el de las telecomunicaciones, que ha seguido un proceso liberalizador parejo al vivido en el de los servicios postales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha proscrito cualquier carga adicional, que recaiga sobre los competidores del operador dominante proveedor del servicio público, destinada a compensar a este último del déficit que implica tal obligación de servicio universal [sentencia de 17 de julio de 2008, Arcor y otros (C-152/07 a C-154/07)]. En esta tesitura, una interpretación como la sentada en la sentencia de instancia y patrocinada por Correos y Telégrafos otorgaría a esta sociedad estatal una ventaja anticompetitiva (véase en este sentido el informe rendido el 2 de junio de 2010 por la Comisión Nacional de la Competencia) lesiva del primero de los pilares citados, que exige que el operador dominante, sucesor del antiguo titular del monopolio, no goce de más ventajas que las imprescindibles para hacer frente a la car-

ga financiera que supone la prestación del servicio postal universal. Ventaja que se evidencia más aún si se tiene en cuenta que desde los inmuebles a los que debería alcanzar el beneficio fiscal, según la sentencia recurrida, Correos y Telégrafos también suministra servicios en régimen de libre concurrencia, siendo así que sus competidores están obligados a pagar tal tributo. Según precisó el abogado general Ruiz-Jarabo Colomer en las conclusiones que presentó el 12 de diciembre de 2002 en el asunto en el que fue dictada la sentencia de 18 de septiembre de 2003, Albacom e Infostrada (asuntos C-292/01 y 203/01, punto 62), la completa liberalización del mercado (allí de telecomunicaciones, postal en nuestro caso) y la supresión de obstáculos al acceso de nuevos operadores exige la eliminación de toda barrera, formal o material, que estorbe la satisfacción del fin propuesto y otorgue al operador dominante ventajas injustificadas.

“Como se ve llevaba razón Correos y Telégrafos cuando defendía la no necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues el debate podía zanjarse con parámetros exclusivamente internos, sin perjuicio de que ese ordenamiento jurídico transnacional suministre elementos que abonan una conclusión distinta de la que contiene el pronunciamiento judicial recurrido.

“En definitiva, este recurso de casación en interés de la ley debe ser estimado y, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada, fijamos como doctrina legal que:

“El artículo 22.2, párrafo segundo, de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal (BOE de 31 de diciembre), debe ser interpretado en el sentido de que la exención tributaria que establece a favor del operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal no alcanza a los bienes inmuebles desde los que provee tal servicio y las demás prestaciones postales que realiza en régimen de competencia con otros operadores del sector”.

Posteriormente, la entidad Correos y Telégrafos presentó un incidente de nulidad de actuaciones fundamentado en la incongruencia de la sentencia, por conceder más de lo pedido y, en su defecto, por carencia de motivación, al no explicar las razones para ello, por cuanto, según argumentaba, dicha doctrina legal podría aplicarse a otros tributos como el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras en relación con las obras en las oficinas de correos, a las tasas por

ocupación del dominio público, a los buzones, al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, a las tasas de basuras, o a las tasas por la concesión de licencias de apertura y de licencia de obras. Asimismo, la recurrente censuraba a la sentencia el dejar de aplicar una norma con rango de ley sin plantearla en prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Auto del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 rechaza las causas de nulidad invocadas, considerando que los razonamientos jurídicos de la Sentencia de 7 de octubre de 2013 permiten inferir que el pronunciamiento se limita exclusivamente al IBI, no obstante lo cual, en la medida en que únicamente se publica la parte dispositiva de la Sentencia en el BOE, aclara y precisa la doctrina legal en ella fijada en los siguientes términos:

“El artículo 22.2, párrafo segundo de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, debe ser interpretado en el sentido de que la exención tributaria que establece a favor del operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal no alcanza al impuesto sobre bienes inmuebles que recae sobre aquellos desde los que se provee tal servicio y las demás prestaciones postales que realiza en régimen de competencia con otros operadores del sector”.

4. IBI: STS de 30 de mayo de 2014, rec. 2362/2013 (recurso de casación en interés de la ley) sobre calificación catastral, a los efectos de IBI, de un inmueble sito dentro del perímetro que delimita el suelo urbano, pero que aparece clasificado como urbanizable sectorizado sin instrumento urbanístico de desarrollo

El TSJ de Extremadura estimó el recurso contencioso-administrativo contra la notificación individual del valor catastral, a efectos de IBI, de una determinada finca que aparecía clasificada en el correspondiente Plan General de Ordenación Urbana como suelo urbanizable, al que se consideró suelo de naturaleza urbana a efectos catastrales.

El asunto versa sobre la interpretación del artículo 7.2 del TRLHL, específicamente sobre la hermenéutica de lo que son “terrenos susceptibles de ser urbanizados”, concluyendo la Sentencia que el legislador

catastral quiso diferenciar entre suelo de expansión inmediata, donde el plan delimita y programa actuaciones sin necesidad de posteriores trámites de ordenación, y aquel otro que, aunque sectorizado, carece de tal programación, y cuyo desarrollo urbanístico queda pospuesto para el futuro, por lo que, a efectos catastrales, solo puede considerarse suelo de naturaleza urbana el suelo urbanizable sectorizado ordenado, así como el suelo sectorizado no ordenado a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo. Antes de ese momento, solo tendrá el carácter de rústico.

Expresan los fundamentos de derecho sexto y séptimo de la Sentencia:

“SEXTO.— Ante esta realidad, hay que interpretar que el legislador estatal, en el artículo 7.2.b) controvertido ha utilizado una amplia fórmula para recoger todos los supuestos posibles que con independencia de la concreta terminología urbanística pueda englobar a esta clase de inmuebles.

“Ahora bien, no cabe sostener, como mantiene el Abogado del Estado, que todo el suelo urbanizable sectorizado o delimitado por el planeamiento general tiene per se la consideración catastral de suelo urbano, sin distinguir si se encuentra ordenado o no ordenado, y que el artículo 7 sólo excluye de tal consideración al urbanizable no sectorizado sin instrumento urbanístico aprobado que establezca las determinaciones para su desarrollo.

“Antes, por el contrario, hay que entender que el legislador catastral quiso diferenciar entre suelo de expansión inmediata donde el plan delimita y programa actuaciones sin necesidad de posteriores trámites de ordenación, de aquel otro que, que aunque sectorizado carece de tal programación y cuyo desarrollo urbanístico queda pospuesto para el futuro, por lo que a efectos catastrales sólo pueden considerarse suelos de naturaleza urbana el suelo urbanizable sectorizado ordenado así como el suelo sectorizado no ordenado a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo. Antes de ese momento el suelo tendrá, como dice la sentencia recurrida, el carácter de rústico.

“Si no se aceptara esta interpretación, perdería de sentido el último inciso del precepto, cuando dice que los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo, porque este

momento no puede ser el momento de sectorización o delimitación del terreno urbanizable, si éste se disocia del momento de aprobación del instrumento urbanístico de desarrollo.

“No podemos olvidar que el propio TRLCI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, afirma en su Exposición de Motivos que el Catastro es un órgano de naturaleza tributaria, siendo su razón de ser la de servir para la gestión de diversas figuras tributarias de los tres niveles territoriales de la Hacienda Pública, y así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional en su sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, en la que refleja que la organización del Catastro, justamente por tratarse de una institución común e indispensable para la gestión de los impuestos estatales más relevantes, es una competencia que ha de encardinarse, sin lugar a dudas, en la de Hacienda General del artículo 149.1.14 de la Constitución, y que la información catastral estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria de asignación equitativa de los recursos públicos.

“Por ello, no puede desconocerse que el régimen jurídico del derecho de propiedad configurado por la norma urbanística incide sobre la regulación tributaria y, en concreto, en la formación del Catastro y en cómo se determina el valor catastral de cada una de las parcelas que se incluyen en ese registro.

“De esta interrelación deriva la necesidad de que, por un lado, la descripción catastral atienda, entre otras cosas, a las características físicas, económicas y jurídicas de los bienes, a su uso o destino, a la clase de cultivo o su aprovechamiento (art. 3 del TRLCI) y, por otro lado, que la determinación del valor catastral tenga en cuenta, entre otros criterios, la localización del inmueble o las circunstancias urbanísticas que afectan al suelo (art. 23 del mismo texto), proclamando, por su parte, el art. 11 la obligatoriedad de incorporar los bienes inmuebles en el Catastro, así como las alteraciones de sus características con el designio de que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad.

“SÉPTIMO.— Es cierto que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, supuso un cambio en la configuración del derecho de propiedad, al reconocer lo que ella denomina dos situaciones básicas, el suelo rural y el suelo urbanizado, terminando así la diferenciación establecida por la Ley 6/1998, de 13 de abril EDL 1998/43304, que distinguía entre suelo urbanizable o no urbanizable, urbano y el suelo de los municipios

donde no existía planeamiento, y que los efectos de este cambio se circunscriben a las valoraciones a efectos de expropiación forzosa, venta o sustitución forzosa y responsabilidad patrimonial.

“Sin embargo, si se desconectan completamente ambas normativas nos podemos encontrar con valores muy diferentes, consecuencia de métodos de valoración distintos, de suerte que un mismo bien inmueble tenga un valor sustancialmente distinto según el sector normativo de que se trate, fiscal o urbanístico, no siendo fácil justificar que a efectos fiscales se otorgue al inmueble un valor muy superior al que deriva del TRLS, obligando al contribuyente a soportar en diversos tributos una carga fiscal superior, mientras que resulta comparativamente infravalorado a efectos re parcelatorios, expropiatorios y de responsabilidad patrimonial.

“Por otra parte, como para calcular el valor catastral se debe tomar como referencia el valor de mercado, sin que en ningún caso aquel pueda superar a este último (art. 23.2 del TRLCI) si las ponencias de valores no reconocen la realidad urbanística, podríamos encontrarnos con inmuebles urbanizables sectorizados no ordenados con valor catastral superior al del mercado, con posible vulneración del principio de capacidad económica, que no permite valorar tributariamente un inmueble por encima de su valor de mercado, porque se estaría gravando una riqueza ficticia o inexistente.

“En consecuencia, teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas pueden precisar la noción de suelo urbanizable en sus respectivos ámbitos territoriales, y que los Ayuntamientos son competentes para acometer aquellas recalificaciones que estimen necesarias, la homogeneidad en la hermenéutica de los diseños del artículo 7 del TRLCI exige acudir, en caso de duda, a los criterios dimanantes del TRLS, evitando las incoherencias generadas por la concurrencia de dos regulaciones tan distintas sobre una misma realidad fáctica.

“Como expuso el Tribunal Constitucional, primero en su sentencia 61/1997 de 20 de marzo, con ocasión de la inconstitucionalidad planteada respecto al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y después en su sentencia 164/2001 de 11 de julio, con ocasión de la inconstitucionalidad planteada frente a la Ley 6/1998 de 13 de abril, del Régimen del Suelo y de Valoraciones, el derecho fundamental de propiedad reconocido en el artículo 33 de la Constitución se con-

forma por su régimen jurídico y el régimen de valoración del suelo, y que tales condiciones son las reguladas en la Ley del suelo estatal, ejerciendo dicha norma una vinculación respecto del resto de normas que inciden, de uno u otro modo, en ciertos aspectos de la propiedad del suelo.

“Frente a lo expuesto, de indiscutible alcance general, no cabe invocar el art. 30.2 c) del TRLCI, que admite, dentro del procedimiento simplificado de valoración colectiva un mecanismo específico de valoración en los casos de cambiar el suelo de naturaleza por modificación del planeamiento al incluirlos en ámbitos delimitados, cuando en este caso ni siquiera se trataba de un procedimiento simplificado de valoración colectiva, sino de una valoración colectiva de carácter parcial”.

5. Competencia de los entes locales para establecer beneficios fiscales: STS de 19 de mayo de 2014, rec. 3775/2010 (recurso de casación en interés de la ley)

Según el fundamento de derecho tercero de la Sentencia:

“TERCERO.– La cuestión litigiosa que se somete a casación es, básicamente, la discrepancia de la Corporación recurrente con la revisión y pronunciamiento realizado en la instancia sobre la disconformidad a derecho del art. 13.9 de la Ordenanza Fiscal núm. 1 de Castro-Urdiales.

“La citada norma reglamentaria textualmente dispone:

“‘El importe del recibo a pagar será el resultado de restar de la cuota líquida del impuesto, la subvención que en su caso corresponda según lo establecido en la Ordenanza Municipal reguladora de la Subvención al Contribuyente Empadronado en el Municipio de Castro Urdiales para el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de Naturaleza Urbana’.

“Estamos, pues, ante la minoración de la cuota líquida del IBI decidida por un Ayuntamiento, utilizando un peculiar mecanismo como es la subvención.

“Para examinar en encaje de esta disposición en el marco jurídico regulador del IBI, debemos mencionar las normas legales de referencia, todas ellas establecidas en 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 (TRLHL).

“Así, el art. 9.1, en relación con los posibles beneficios fiscales señala:

“‘1. No podrán reconocerse otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales.

“‘No obstante, también podrán reconocerse los beneficios fiscales que las entidades locales establezcan en sus ordenanzas fiscales en los supuestos expresamente previstos por la ley. En particular, y en las condiciones que puedan prever dichas ordenanzas, éstas podrán establecer una bonificación de hasta el cinco por ciento de la cuota a favor de los sujetos pasivos que domicilien sus deudas de vencimiento periódico en una entidad financiera, anticipen pagos o realicen actuaciones que impliquen colaboración en la recaudación de ingresos’.

“La gestión del IBI deberá acogerse a lo establecido en el art. 12 del TRLHL, que dice:

“‘1. La gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizará de acuerdo con lo prevenido en la Ley General Tributaria y en las demás leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo.

“‘2. A través de sus ordenanzas fiscales las entidades locales podrán adaptar la normativa a que se refiere el apartado anterior al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada una de ellas, sin que tal adaptación pueda contravenir el contenido material de dicha normativa’.

“Específicamente, los Ayuntamientos detentan potestad normativa a través de las ordenanzas fiscales, como la que nos ocupa, señalándose en el art. 15 del TRLHL que:

“‘1. Salvo en los supuestos previstos en el art. 59.1 de esta ley, las entidades locales deberán acordar la imposición y supresión de sus tributos propios, y aprobar las correspondientes ordenanzas fiscales reguladoras de estos.

“‘2. Respecto de los impuestos previstos en el art. 59.1, los ayuntamientos que decidan hacer uso de las facultades que les confiere esta ley en orden a la fijación de los elementos necesarios para la determinación de las respectivas cuotas tributarias, deberán acordar el ejercicio de tales facultades, y aprobar las oportunas ordenanzas fiscales’.

“Por tanto, cuando el legislador decide la composición de la cuota líquida del IBI ya tiene en cuenta las posibles bonificaciones, tal como expresa el art. 71.2: ‘La cuota líquida se obtendrá minorando la cuota ínte-

gra en el importe de las bonificaciones previstas legalmente’.

“Es en el art. 74 del TRLHL donde se establecen las bonificaciones potestativas de los Ayuntamientos, estableciendo su apartado 2 lo siguiente:

“‘2. Los ayuntamientos podrán acordar, para cada ejercicio, la aplicación a los bienes inmuebles de una bonificación en la cuota íntegra del impuesto equivalente a la diferencia positiva entre la cuota íntegra del ejercicio y la cuota líquida del ejercicio anterior multiplicada esta última por el coeficiente de incremento máximo anual de la cuota líquida que establezca la ordenanza fiscal para cada uno de los tramos de valor catastral y, en su caso, para cada una de las diversas clases de cultivos o aprovechamientos o de modalidades de uso de las construcciones que en aquella se fijen y en que se sitúen los diferentes bienes inmuebles del municipio.

“‘Dicha bonificación, cuya duración máxima no podrá exceder de tres períodos impositivos, tendrá efectividad a partir de la entrada en vigor de nuevos valores catastrales de bienes inmuebles de una misma clase, resultantes de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general de ámbito municipal. Asimismo, la ordenanza fijará las condiciones de compatibilidad de esta bonificación con las demás que benefician a los mismos inmuebles.

“‘Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en el supuesto de que la aplicación de otra bonificación concluya en el período inmediatamente anterior a aquel en que haya de aplicarse sobre ese mismo inmueble la bonificación a que se refiere este apartado, la cuota sobre la que se aplicará, en su caso, el coeficiente de incremento máximo anual será la cuota íntegra del ejercicio anterior.

“‘Cuando en alguno de los períodos impositivos en los que se aplique esta bonificación tenga efectividad un cambio en el valor catastral de los inmuebles, resultante de alteraciones susceptibles de inscripción catastral, del cambio de clase del inmueble o de un cambio de aprovechamiento determinado por la modificación del planeamiento urbanístico, para el cálculo de la bonificación se considerará como cuota líquida del ejercicio anterior la resultante de aplicar el tipo de gravamen de dicho año al valor base determinado conforme a lo dispuesto en el art. 69 de esta ley.

“‘Las liquidaciones tributarias resultantes de la aplicación de esta bonificación se registrarán por lo previsto en el art. 102.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre,

General Tributaria, sin que sea necesaria su notificación individual en los casos de establecimiento, modificación o supresión de aquella como consecuencia de la aprobación o modificación de la ordenanza fiscal’.

“Fijado el marco legal aplicable al supuesto enjuiciado, no deberá obviarse, como recogen las Sentencias de 13 de diciembre de 2010 (rec. cas. núms. 3302/07 y 3488/07), FFDD Tercero y Cuarto, respectivamente), que el reconocimiento de la autonomía local, tanto en el plano doméstico (arts. 137 y 140 de la Constitución española) como en el internacional [Carta Europea de la Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 y ratificada por España el 20 de enero de 1988 (BOE de 24 de febrero de 1989)] se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo indisponible por el legislador. Se trata de que tales instancias sean reconocibles como entidades dotadas de autogobierno (Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 159/2001 y 240/2006, FFJJ 4 y 8, respectivamente).

“Como explica la Sentencia de 14 de febrero de 2011 (rec. cas. núm. 3079/2009), ‘la autonomía local, una vez asegurado aquel contenido mínimo, constituye un concepto jurídico de contenido legal, de libre configuración para el titular de la potestad legislativa (SSTC 170/1989, FJ 9º, y 240/2006, FJ 8º). Con carácter general, ese legislador es el estatal, en virtud de su competencia exclusiva en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (artículo 149.1.18ª de la Constitución), que ha de ejercer a través de la legislación reguladora de las bases del régimen local (SSTC 159/2001, FJ 4º, y 240/2006, FJ 8º).

“‘Tratándose de la dimensión económica, esa autonomía de la que gozan los entes locales tiene dos vertientes, la de los ingresos y la de los gastos. En el primer aspecto, el artículo 142 de la Constitución, al señalar que las haciendas locales deben disponer de medios suficientes para el desempeño de sus funciones, no les garantiza la autonomía económico-financiera, sino idoneidad y la capacidad de los recursos propios –patrimoniales o tributarios– para el cumplimiento de sus funciones (SSTC 96/1990, FJ 7º, 166/1998, FJ 10º, y 48/2004, FJ 10º). En definitiva, la Constitución garantiza la suficiencia de los medios financieros de los entes locales no su autonomía financiera. Se trata de que dispongan de los caudales precisos para ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les

han sido encomendadas (SSTC 104/2000, FJ 4º, y 48/2004, FJ 10º). En la otra dimensión, la de los gastos, el artículo 142, en conexión con el artículo 137, los dos de la Norma Suprema, no sólo consagra el mencionado principio de suficiencia, sino la autonomía, entendiéndola como la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias locales (SSTC 109/1998, FJ 10º, y 48/2004, FJ 10º).

“‘La misma visión proporciona la Carta Europea de Autonomía Local, cuyo artículo 9 habla de recursos propios suficientes y proporcionados para el ejercicio de las propias competencias (apartados 1 y 2).

“‘De este bloque de doctrina, que hemos reproducido con las mismas o parecidas palabras en nuestras sentencias de 20 de febrero de 2009 (cinco) (recursos de casación 3949/06, FJ 5º; 3966/06, FJ 6º; 4480/06, FJ 5º; 4678/06, FJ 6º; y 5110/06, FJ 6º); 11 de junio de 2009 (casación 5940/07, FJ 5º); 2 de octubre de 2009 (casación 255/07, FJ 6º); y 8 de octubre de 2009 (casación 5765/97, FJ 5º), se obtiene que nuestra Constitución y las normas internacionales que nos vinculan garantizan la suficiencia financiera de los entes locales, pero no imponen que, cuando el Estado dispone beneficios fiscales sobre tributos de esos entes, deba compensarles por el importe que dejan de ingresar debido a la ventaja.

“‘Siendo así, se ha de concluir que corresponde al legislador ordinario, respetando el núcleo indisponible de la autonomía local y garantizando esa suficiencia, disciplinar los instrumentos para que, en casos como el actual, una y otra queden salvaguardadas. Alcanzan así protagonismo los artículos 721 del texto articulado de la Ley de Bases de Régimen Local de 1955, 187.1 del texto refundido de 1986 y 9.2 de la Ley 39/1988’ (FD Cuarto).

“En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 12 de enero de 2012 (rec. cas. núm. 3650/2010), que argumenta que ‘el reconocimiento de la autonomía local, tanto en el plano doméstico [arts. 137 y 140 de la Constitución española (CE)] como en el internacional (Carta Europea de la Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 y ratificada por España el 20 de enero de 1988) se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo indisponible por el legislador. Se trata de que tales instancias sean reconocibles como entidades dotadas de autogobierno (SSTC 159/2001,

FJ 4; y 240/2006, FJ 8). Nada más y nada menos. El constituyente no fue más allá de la proclamación de esa garantía institucional, a la que no dotó de una configuración concreta, tarea que definió al legislador ordinario (SSTC 32/1981, FJ 3; y 159/2001, FJ 4).

“Así pues, la autonomía local, una vez asegurado aquel contenido mínimo, constituye un concepto jurídico de contenido legal, de libre configuración para el titular de la potestad legislativa (SSTC 170/1989, FJ 9; y 240/2006, FJ 8). Con carácter general, ese legislador es el estatal, en virtud de su competencia exclusiva en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18ª de la CE), que ha de ejercer a través de la legislación reguladora de las bases del régimen local (SSTC 159/2001, FJ 4; y 240/2006, FJ 8).

“Tratándose de la dimensión económica, esa autonomía de la que gozan los entes locales tiene dos vertientes, la de los ingresos y la de los gastos. En el primer aspecto, el art. 142 de la CE, al señalar que las Haciendas Locales deben disponer de medios suficientes para el desempeño de sus funciones, no les garantiza la autonomía económico-financiera, sino idoneidad y la capacidad de los recursos propios –patrimoniales o tributarios– para el cumplimiento de sus funciones (SSTC 96/1990, FJ 7; 166/1998, FJ 10; y 48/2004, FJ 10). En definitiva, la Constitución garantiza la suficiencia de los medios financieros de los Entes Locales, no su autonomía financiera. Se trata de que dispongan de los caudales precisos para ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas (SSTC 104/2000, FJ 4; y 48/2004, FJ 10). En la otra dimensión, la de los gastos, el art. 142, en conexión con el art. 137, los dos de la Norma Suprema, no sólo consagra el mencionado principio de suficiencia, sino la autonomía, entendiéndola como la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias locales (SSTC 109/1998, FJ 10; y 48/2004, FJ 10).

“La misma visión proporciona la Carta Europea de Autonomía Local, cuyo art. 9 habla de recursos propios suficientes y proporcionados para el ejercicio de las propias competencias (apartados 1 y 2).

“De este bloque de doctrina, que hemos reproducido con las mismas o parecidas palabras en nuestras Sentencias de 20 de febrero de 2009 [(rec. cas. núm. 3949/2006), FD Quinto; (rec. cas. núm. 3966/2006),

FD Sexto; (rec. cas. núm. 4480/2006), FD Quinto; (rec. cas. núm. 4678/2006), FD Sexto; y (rec. cas. núm. 5110/2006), FD Sexto]; de 11 de junio de 2009 (rec. cas. núm. 5940/2007), FD Quinto; de 2 de octubre de 2009 (rec. cas. núm. 255/2007), FD Sexto; y de 8 de octubre de 2009 (rec. cas. núm. 5765/2007), FD Quinto, se obtiene que nuestra Constitución y las normas internacionales que nos vinculan garantizan la suficiencia financiera de los Entes Locales, pero no imponen que, cuando el Estado dispone beneficios fiscales sobre tributos de esos entes, deba compensarles por el importe que dejen de ingresar debido a la ventaja.

“Siendo así, se ha de concluir que corresponde al legislador ordinario, respetando el núcleo indisponible de la autonomía local y garantizando su suficiencia financiera, disciplinar los instrumentos para que, en casos como el actual, esa autonomía y esta suficiencia queden salvaguardadas. Alcanzan, así, protagonismo los arts. 721 del texto articulado de 1955 de la Ley de Bases de Régimen Local, 187 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y 9.2 de la LRHL’ (FD Quinto).

“Pues bien, partiendo de los principios y normas legales antes expuestas, esta Sala debe respaldar el criterio mantenido por la Sentencia de instancia, pues, partiendo del respeto a la autonomía local y a la posibilidad legal de que los Ayuntamientos apliquen en las Ordenanzas fiscales beneficios potestativos, éstos se fijarán con respeto a las previsiones legales del TRLHL y de la Ley General Tributaria (arts. 9.1 y 12.2 TRLHL), debiendo fijar las cuotas del IBI conforme a lo dispuesto legalmente (art. 15.2 TRLHL), lo que nos lleva a sentar que las reducciones que se realicen en las cuotas impositivas deberán regirse por las determinaciones legales (art. 71 TRLHL). En consecuencia, no cabe duda alguna que el Ayuntamiento de Castro Urdiales no respetó en la aprobación del art. 13.9 de la Ordenanza del IBI las previsiones del art. 74.2 TRLHL, ya que si pretendía evitar subidas excesivas o poner un límite a los posibles incrementos anuales de la cuota del IBI debió de acudir a las reducciones por bonificaciones potestativas, con su consiguiente régimen normativo, en lugar de utilizar el peculiar sistema de subvenciones, ajenas en su naturaleza jurídica y fines al ámbito fiscal, razón por la que resulta acertada la argumentación de la Sentencia impugnada cuando afirma que el Ayuntamiento carecía de competencia para incluir en la gestión del IBI una minoración de la cuota líquida no contemplada ni en la Ley General Tributaria ni en el

TRLHL, insistiendo en que los beneficios fiscales no tienen carácter de subvenciones y se rigen por su normativa propia.

“Por tanto, procede desestimar el único motivo de casación y confirmar la Sentencia impugnada”.

6. Exención en IAE: inicio de actividad: STS de 23 de diciembre de 2013 (rec. 3238/2012)

El artículo 82.1.b) de la LHL establece la exención del impuesto para:

“Los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español, durante los dos primeros periodos impositivos de este impuesto en que se desarrolle aquella.

“A estos efectos, no se considerará que se ha producido el inicio del ejercicio de una actividad cuando esta se haya desarrollado anteriormente bajo otra titularidad, circunstancia que se entenderá que concurre, entre otros supuestos, en los casos de fusión, escisión o aportación de ramas de actividad”.

La controversia versa sobre si la recurrente está exenta del pago del IAE en los años 2011 y 2012. La actora considera que sí, por cuanto, si bien una de las empresas que constituyen el grupo empresarial del que forma parte la actora ha ejercido la misma actividad con anterioridad al año 2011, la actora no ha sucedido a dicha empresa.

La sentencia objeto de recurso se hace eco con detalle de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de febrero y 20 de enero de 2012, en relación con el tema objeto de este recurso, considerando que “en aplicación de la anterior jurisprudencia, y dado que la Administración no ha acreditado que se haya producido sucesión o transmisión de la actividad por parte de alguna de las empresas filiales del Grupo de empresas del que forma parte la recurrente a la actora, procede la exención establecida en el artículo 82 del TRLRHL”.

De acuerdo con el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia:

“CUARTO.— 1. Esta Sala no comparte la interpretación que realiza la Diputación Provincial recurrente de la exención recogida en el artículo 82.1.b) del Real Decreto Legislativo 2/2004.

“La exención que se regula en dicho precepto trata de beneficiar a las empresas que inician su actividad en el ámbito concreto de la actividad económica empresa-

rial respecto de la cual se va a girar el IAE, y ello al margen de que dicha actividad ya se viniera desarrollando con anterioridad por otras empresas salvo que se acreditara por la Administración, que no es el caso, que dicha actividad ya se venía ejecutando anteriormente por la entidad mercantil solicitante de la exención bajo otra titularidad, circunstancia que, según especifica el propio artículo 82.1. b), se entiende que concurre, entre otros supuestos, en los casos de fusión, escisión o aportación de ramas de actividad entre las empresas que ya venían desarrollando dicha actividad y la actividad que se realiza ahora por la impugnante. Circunstancia esta que, se insiste, no se ha acreditado por la Administración pues se ha limitado a denegar la exención analizada porque entiende que la actividad que desarrolla la sociedad ahora recurrida ya se efectuaba con anterioridad por otras empresas y concluye que por ello no hay inicio de actividad y, por tanto, no se tiene derecho a la exención.

“Si la exención que se regula en el citado artículo 82.1.b) se entendiera con la interpretación que formula la Diputación de Tarragona en el sentido de que solo puede beneficiar la exención a aquellas actividades que se inician y no a las que ya se estaban realizando con anterioridad por otras empresas, entonces no tendría sentido el segundo apartado del citado artículo cuando dispone que ‘no se considerará que se ha producido el inicio del ejercicio de una actividad cuando ésta se haya desarrollado anteriormente bajo otra titularidad, circunstancia que se entenderá que concurre, entre otros supuestos, en los casos de fusión, escisión o aportación de ramas de actividad’. De lo que debe concluirse que no se tendrá derecho a la exención referida únicamente cuando se está ante actividades empresariales que ya se venía desarrollando con anterioridad por otras empresas pero que debido a la fusión, escisión o aportación de ramas de actividad permite presumir que estamos ante una continuidad empresarial en relación con la actividad empresarial que ya se venía ejecutando. Circunstancias estas que no se han acreditado en relación con la entidad solicitante de la exención y las empresas que ya desarrollaban la actividad, por lo que esta Sala no puede sino confirmar los razonamientos de la sentencia impugnada, ya que en el supuesto enjuiciado no existe prueba de sucesión o transmisión de la actividad, prueba que, en este caso, corresponde a la Administración de modo que el simple hecho de pertenecer a un grupo de sociedades, si no queda acreditada la sucesión en la titularidad o ejer-

cicio de la actividad económica ejercida, no es óbice para impedir que se pueda gozar de la exención pretendida pues nada impide que mismo grupo empresarial desarrolle la misma actividad con diversas empresas o marcas que operan en el mercado compitiendo entre sí formando ello parte de la actual estructura empresarial de muchas empresas.

“2. Sentado lo que antecede, la Sala no puede aceptar la propuesta de doctrina legal que formula la Diputación recurrente porque lo determinante para que resulte de aplicación la excepción a la exención por inicio de actividad, dejando al margen aquellos supuestos que suponen una continuidad en la actividad económica desarrollada por el propio sujeto pasivo, por no ser éste el foco del debate, es que exista una sucesión, universal o a título particular, en la titularidad o ejercicio de la actividad desarrollada por otro sujeto pasivo, y no que el sujeto pasivo forme parte de un grupo de sociedades.

“La pertenencia del sujeto pasivo a un grupo de sociedades en el que alguna de las sociedades desarrolle o haya desarrollado la misma actividad no puede constituir un supuesto de exclusión de la exención, salvo que pueda acreditarse que existe una sucesión en la titularidad o ejercicio de la actividad desarrollada por otra sociedad, forme o no parte de ese grupo de sociedades.

“Limitar la aplicación de la exención por inicio de actividad cuando la sociedad pertenezca a un grupo de sociedades resulta inaceptable y vulnera el principio de legalidad garantizado por el artículo 9.3 de nuestra Constitución Española. La norma en ningún momento dispone que el inicio de la actividad económica deba determinarse en el seno de un grupo mercantil y, en definitiva, que cuando la entidad forme parte de un grupo mercantil la exención en el IAE sólo resulta de aplicación si la actividad iniciada por el sujeto pasivo no se viene desarrollando o ha sido desarrollada en el pasado por alguna sociedad del referido grupo mercantil.

“No existiendo la citada previsión normativa, no resulta admisible limitar la aplicación de la exención por inicio de actividad sobre la base de que ésta debe entenderse considerando el grupo mercantil en su conjunto, puesto que ello supone limitar la citada exención a un supuesto no contemplado por la normativa

vulnerándose así el principio de legalidad regulado en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Y máxime teniendo en cuenta que, cuando el legislador ha querido que una exención en el IAE sea interpretada de forma restrictiva considerando el grupo mercantil, expresamente lo ha establecido, tal y como sucede con la exención por importe neto de cifra de negocios regulada en el artículo 82.1.c) del TRLRHL.

“Cuando el legislador ha querido restringir la aplicación de una exención y a tal efecto ha querido que se considere el grupo mercantil, expresamente lo ha establecido en la norma. Por ello, no resulta admisible restringir la aplicación de la exención por inicio de actividad a un supuesto no contemplado por la norma, a saber, cuando el sujeto pasivo forme parte de un grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

“La norma del IAE prevé la exención del impuesto con la clara voluntad de incentivar la realización de nuevas actividades por parte del sujeto pasivo, sin que el hecho de que éste pertenezca a un grupo mercantil en el que alguna sociedad desarrolle o haya desarrollado la misma actividad pueda suponer una restricción a su aplicación.

“Sólo resulta admisible la citada restricción en aquellos supuestos expresamente regulados en la norma, por aplicación del principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución Española. Y la norma al respecto sólo prevé tal restricción cuando la actividad económica se haya desarrollado bajo otra titularidad, circunstancia que ocurre cuando exista una sucesión en la titularidad o ejercicio de la actividad desarrollada por otro sujeto pasivo.

“Lo determinante, reiteramos, no es la pertenencia a un grupo mercantil, sino la existencia de una sucesión en la titularidad o ejercicio de la actividad desarrollada por otro sujeto pasivo.

“En definitiva, la pertenencia a un grupo de sociedades no constituye un motivo de exclusión de la exención por inicio de actividad en el IAE.

“La norma prevé tal exclusión cuando la actividad se haya desarrollado con anterioridad, bien por el propio sujeto pasivo o bien cuando exista una sucesión en la titularidad o ejercicio de la actividad desarrollada por otro sujeto pasivo, debiendo probar la Administración tributaria la citada sucesión”. ■

La Mesa de Contratación como mecanismo de control a la Administración

José Enrique Candela Talavera

Licenciado en Derecho.

Grado en Ciencias Políticas y de la Administración.

Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter estatal

- 1. Introducción. Los principios de la contratación**
- 2. La Mesa de Contratación como órgano colegiado de la contratación pública y la Ley 30/1992**
- 3. La adjudicación de los contratos públicos**
 - 3.1. Valoración por la Mesa de Contratación de los criterios en la adjudicación contractual
 - 3.2. El recurso especial en materia de contratación
- 4. La Mesa de Contratación**
 - 4.1. Composición: políticos, funcionarios. Personal eventual
 - 4.2. Funciones de la Mesa de Contratación
 - 4.3. La Mesa de Contratación en el diálogo competitivo
- 5. Conclusión**

Resumen

La búsqueda de los intereses generales por la Administración en el sector de la contratación pública, actuando con objetividad y con sometimiento pleno a la ley, se hace efectiva gracias a los controles que como órgano colegiado desarrolla la Mesa de Contratación, de existencia preceptiva o facultativa dependiendo del tipo de contrato. Órgano de asistencia en la fase de selección del contratista mediante la valoración de los distintos criterios a los que se ajusten las propuestas de los contratistas, y la elaboración y elevación de su propuesta al órgano de contratación, resultando esenciales tanto su adecuada composición como su función de solicitar la subsanación de la documentación errónea o insuficiente presentada por el contratista.

Palabras clave: control; Mesa de Contratación; selección del contratista; documentación administrativa.

The Bureau of Contract Administration as a control mechanism of the Public Administration

Abstract

The Bureau of Contract Administration –prescriptive or optional depending on the type of public contract– guarantees the general interest, the objectivity and the rule of law in the field of public contracts. It is an assistant body in the phase of the selection of the contractor assessing whether the proposals and offers comply with the established criteria for awarding the contract. The Bureau also makes proposals to the contracting body. For all these reasons it is essential the appropriate composition of the Bureau and its function of requesting a remedy in case of incorrect or incomplete documentation provided by the contractor.

Keywords: control; Bureau of Contract Administration; selection of the contractor; administrative documentation.

Artículo recibido el 13/02/2014; aceptado el 03/10/2014.

1. Introducción. Los principios de la contratación

La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, reza el artículo 103.1 de la Constitución (en adelante, CE), para convertir este interés general en un principio que estará presente y orientará la actuación administrativa en cualquier campo del Derecho Administrativo, no resultando ajena a ello la actuación administrativa en el sector de la contratación pública. A su vez, el mismo artículo 103.1 CE marca la búsqueda en el servicio público del interés general con “objetividad” y con “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, por lo que se crean en el ordenamiento distintos mecanismos de control para hacer realidad estos criterios señalados, así como los de una actuación según los principios de buena fe y confianza legítima, adoptando un marco de relación con el ciudadano según la transparencia y participación. Estas previsiones constitucionales y legales, reconocidas también en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), son directamente aplicables al campo de la contratación pública, y de obligatoria observación por la Administración en todo el procedimiento contractual, en el que juega un papel relevante el órgano de control objeto de nuestro estudio: la Mesa de Contratación.

Desde el punto de vista normativo hay que mencionar en primer lugar la dimensión comunitaria de este sector, por cuanto la contratación pública constituye, sin duda alguna, uno de los sectores en que el desarrollo del Derecho comunitario ha llegado más lejos –apunta el profesor Moreno Molina¹–. Particularmente, por lo que se refiere a la regulación española de la contratación pública anterior a la actual –señala el profesor Razquin Lizarraga²–, hay que mencionar la Ley 30/2007, de 30 de octubre (en adelante, LCSP), que fue objeto de diversas modificaciones: por la Ley 15/2010, de 5 de julio, sobre morosidad en los pagos; la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de

modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, hasta llegar a la normativa contractual vigente: el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP); el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP); y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El objeto y la finalidad de la norma contractual, los delimita el artículo 1 TRLCSP:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”, manifestándonos unos principios de contención que evitarán abusos de los contratistas, justificados por Avezuela Cárcel³ para lograr con objetividad y eficacia la selección de estos y la prosecución de los fines administrativos que con el contrato público se persiguen, que no son sino dirigir al ámbito contractual los objetivos de la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen go-

1. MORENO MOLINA, J. A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, enero/abril 2000, pág. 319.

2. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a, “La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, septiembre/diciembre 2011, págs. 54 y 76.

3. AVEZUELA CÁRCEL, J., “Los Principios Generales de la Contratación Pública”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3, enero/junio 2005, págs. 23-24.

bierno⁴, que busca ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, en particular adecuando la misma a los principios de buen gobierno, con sus efectos en el ámbito de los contratos públicos, en particular la igualdad de trato por la Administración, lo que ya fuera manifestado por la jurisprudencia comunitaria y apuntado por el profesor Moreno Molina⁵ (sentencias de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, *Parking Brixen GMBH*, o de 8 de octubre de 1980, *Uberschar*, 810/79, Rec. p. 2747, apartado 16), y por la STC de 22 de abril de 1993, al fijarla como objetivo de la normativa básica en materia de contratos públicos para hacer efectivos los principios de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica. Igualdad de trato que fue denunciada por el profesor Gimeno Feliú⁶ en lo relativo a las previsiones de modificación de la anterior LCSP (artículos 202.1, 217 o 233), que no parecen guardar coherencia con la Directiva 2004/18 en relación con el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma, tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*), en la que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato. Y es que la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato (la previsión legal se presenta como principal “límite” a modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación).

Los principios de publicidad y no discriminación no son meramente interpretativos (STS de 22 de septiembre de 1988), sino de carácter normativo. Recientemente hallamos una muestra: la prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública, que es una de las medidas para impulsar la contratación pública con emprendedores, recientemente recogida en el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, a cuyo tenor: “1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sec-

tor público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. 2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”. El principio de discriminación entrará en juego –como señala el profesor Blanquer Criado⁷– cuando el negocio jurídico se adjudique utilizando una combinación de criterios cuantitativos y cualitativos, de manera que, si es inevitable conferir a la Administración contratante un cierto margen de legítima discrecionalidad para identificar qué factores permiten valorar con mayor acierto la mejor oferta, no deberá llegar a reconocerse una facultad discrecional absoluta, pues sería contrario al principio de igualdad de trato, violándose el respeto al principio de no discriminación al introducir criterios arbitrarios que no estén vinculados con las prestaciones del objeto del contrato (Informe JCCA, núm. 44/2004, de 12 de noviembre, que declaró contraria a Derecho la discriminación positiva a favor de las mujeres trabajadoras de una plantilla; o STS de 5 de julio de 2005 y STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2002, por valorarse como mérito la prestación de servicios en determinado territorio nacional). Resultando también por la jurisprudencia comunitaria como actuación contraria a la igualdad de trato, y contraria al principio de buena administración, la desestimación de las ofertas sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones, cuando la ambigüedad detectada en la formulación de una oferta pueda explicarse de modo simple y dispararse fácilmente [Sentencia de 10 de diciembre de 2009 (TJCE 2009, 386); As. T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión*, apartado 56]. Facultad discrecional de que dispone la Administración al hacer la selección del adjudicatario, ya que no está obligada a elegir al mejor postor económicamente considerada la oferta, sino al que, cumpliendo las condiciones del pliego, resulte más ventajoso a los intereses generales, sin aten-

4. FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XIV, 2013, págs. 233-298.

5. MORENO MOLINA, J. A., “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2008, núm. 45, págs. 49-50.

6. GIMENO FELIÚ, J. M.^a, “La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, 2008, pág. 183.

7. BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo*, tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 697-698.

der exclusivamente la oferta económica. Ahora bien, el ejercicio de esta facultad discrecional tiene que estar orientado al bien público y a los intereses generales que tutela dicha Administración, siendo en este sentido como debe entenderse la expresión “oferta más ventajosa”, lo que significa que en la licitación se ha de atender a las circunstancias y a los elementos subjetivos y objetivos del contrato (STS de 28 de noviembre de 2000). Por tanto, siguiendo el criterio jurisprudencial (SSTS de 22 de septiembre de 1988, 14 de febrero de 1989 y 17 de junio de 1991), la Administración ejerce una potestad discrecional a la hora de elegir entre celebrar el contrato o declarar desierto el concurso, así como a la hora de seleccionar a uno de los concursantes, pues tiene libertad para escoger la oferta que más convenga a los intereses públicos, si bien ha de adoptar una decisión fundada y motivada, exponiendo las razones que le han llevado a escoger al adjudicatario, pues nuestra Constitución rechaza la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). Además –anuncia el profesor Bernal Blay⁸–, en materia de contratación pública se han consolidado unos principios generales específicos, enunciados en la Directiva que promueve la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, servicios y suministros (Directiva 2004/18, de 30 de marzo), e incorporados al TRLCSP, cuyo fundamento no es otro que el de asegurar que las decisiones de compra pública se orienten a la satisfacción de esos intereses generales.

2. La Mesa de Contratación como órgano colegiado de la contratación pública y la Ley 30/1992

La Mesa de Contratación está actualmente⁹ configurada en el TRLCSP (que le dedica su artículo 320, ubicado en el Libro V –“Organización administrativa para la gestión de la contratación”–, Título I –“Órganos competentes en materia de contratación”–, Capítulo II)

como un órgano de asistencia en la fase de selección del contratista; y, según su primer número: “Salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 177.1¹⁰, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación”. Órgano técnico de asistencia al órgano de contratación para el que de modo específico la STSJ de Castilla y León de 17 de mayo de 2001 manifestó que, por un lado, en su composición debe prevalecer el aspecto técnico, y, por otro, la representación política tiene un ámbito distinto al de la Mesa, además de que, por ser colegiado, su régimen jurídico se regulará por los artículos 22 a 27 de la LRJPAC. Además, en el RGCAP se contemplaba la figura de la Mesa de Contratación, en el artículo 79, el cual fue derogado, junto a los artículos 114 a 117 y los anexos VII, VIII y XI, por la disposición derogatoria única del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. Aplicación de la LRJPAC que fundamentó la decisión de la STSJ de la Región de Murcia de 29 de noviembre de 2013 para, conforme al artículo 27.3 LRJPAC, resolver que los miembros que discrepan de un acuerdo mayoritario puedan formular un voto particular.

Como cualquier órgano colegiado, la Mesa de Contratación, integrada por varias personas físicas, plantea el problema de su estructura y funcionamiento, debiendo existir en la misma –siguiendo al profesor González Pérez¹¹– una organización interna, una ordenación de las personas que la componen, así como de su forma de actuación. Por ello, en cuanto a la posibilidad de que en el órgano colegiado se produzca la abstención de alguno de sus miembros en la propuesta de adjudicación, hemos de descartar dicha opción, siguiendo el criterio de la JCCA (informes núm. 39/1997,

8. BERNAL BLAY, M. Á., “El principio de objetividad en la contratación pública”, *Documentación Administrativa*, núm. 289, enero/abril 2011, pág. 131.

9. Anteriormente estuvo regulada en el artículo 295 y la disposición adicional 2.ª de la LCSP, y en los artículos 21 y 22 del Real Decreto 817/09, de 8 de mayo, cuya disposición derogatoria única derogó el artículo 79 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

10. Que fija como circunstancias para acudir al procedimiento negociado las previstas en las letras a) y b) del artículo 170, en la letra a) del artículo 171, o en la letra a) del artículo 174 TRLCSP.

11. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 136.

de 10 de noviembre de 1997, y núm. 35/2002, de 17 de diciembre de 2002), pues, siendo la LRJPAC de aplicación supletoria en materia contractual por aplicación de la disposición final tercera del TRLCSP, al establecer: “1. Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”, en cuanto órgano colegiado, le resulta de aplicación como norma supletoria la LRJPAC en la parte que no esté regulada por las normas especiales, lo que nos habilita para aplicarle lo dispuesto en el artículo 24.1 LRJPAC, según el cual: “En cada órgano colegiado corresponde a sus miembros: [...] c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados”; de manera que, si desde el punto de vista del procedimiento administrativo (STC 227/1988, de 29 de noviembre) se determinan los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento, la abstención, consiguiendo la imparcialidad del miembro de la Mesa, supone –como expresaba el profesor Morell Ocaña¹²– que este prescinda de su opinión y voluntad propia para ajustarse a las de la ley, sin tener en cuenta que ha de ejecutar y, en su caso, completar la voluntad de la ley, pero no suplantarla. Puntualizando finalmente la STS de 4 de abril de 2005 que quien deba abstenerse de intervenir en el procedimiento debe hacerlo desde el inicio del expediente, o desde que tiene conocimiento de la existencia de la causa de abstención, no solo en el momento de votar o resolver.

3. La adjudicación de los contratos públicos

3.1. Valoración por la Mesa de Contratación de los criterios en la adjudicación contractual

Acertadamente resume en una frase el profesor Gimeno Feliú¹³ un pilar del momento de la adjudicación contractual, como es que los criterios de valoración de las ofertas deben necesariamente guardar relación con el qué, y nunca con el quién. Así, partiendo de los criterios para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, debe atenderse, según reconoce el artículo 150 TRLCSP, “a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”. El listado de criterios señalados en el artículo 150 TRLCSP –apunta el profesor Bernal Blay¹⁴– no agota todas las posibilidades existentes, admitiéndose por distintos órganos consultivos la opción de emplear otros criterios: la solvencia técnica o profesional según el número de elementos personales y materiales necesarios, la rentabilidad, la calidad (informes de la JCCA núm. 28/95, de 24 de octubre de 1995, núm. 59/04, de 12 de noviembre de 2004, y núm. 53/97, de 2 de marzo de 1998), por su contenido objetivo como parámetros de adjudicación. Y sin perjuicio de la advertencia que anunciara el profesor Ballesteros Moffa¹⁵, para quien la presencia

12. MORELL OCAÑA, L., “El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (coord.), *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 155 y ss.

13. GIMENO FELIÚ, J. M.ª, “La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa”, *op. cit.*, pág. 161.

14. BERNAL BLAY, M. Á., “El principio de objetividad en la contratación pública”, *op. cit.*, pág. 141.

15. BALLESTEROS MOFFA, L. Á., “La selección del contratista en el sector público. Criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre/diciembre 2009, pág. 33.

de parámetros sociales entre los criterios objetivos de adjudicación, como un mérito más de valoración de las ofertas, sigue atrayendo mayor atención, habida cuenta del difícil cumplimiento por tales requisitos sociales de la exigencia de objetividad. Criterios cuya trascendencia observamos en el hecho de que en la valoración de las mejoras se habrá incurrido en arbitrariedad, lo que tiene su origen en una insuficiente concreción en los pliegos de los criterios a aplicar y en la no fijación de reglas de ponderación.

Ante supuestos similares se ha declarado por la jurisprudencia comunitaria la improcedencia de la aplicación de ese tipo de cláusulas (Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008 –asunto C-532/06, consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis–, y resoluciones núm. 207/2013, de 5 de junio, y núm. 69/2012, de 21 de marzo, TACRC). Todo en aras de conseguir, sobre la admisión o rechazo de proposiciones, regulada en el artículo 84 del RGLCAP, que en los procedimientos de adjudicación se tienda a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (Informe núm. 23/08, de 29 de septiembre, JCCA).

3.2. El recurso especial en materia de contratación

Analizándose la figura de la Mesa de Contratación como medio de control administrativo, podemos igualmente apuntar otro medio de inspección de la actuación en sede contractual como es el recurso especial en materia de contratación, cuya finalidad perseguida junto al sistema especial de medidas cautelares es –en palabras del profesor Pulido Quecedo¹⁶– garantizar que el control del procedimiento *de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que puedan plantearse se tramiten y resuelvan antes de celebrarse el contrato; quedando así conectado con la decisión de la Mesa de Contratación, al incluir entre los actos susceptibles del mencionado recurso*, según el artículo 40.2 TRLCSP, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes

adjudicadores, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

Para los actos de trámite de los que se hace eco el artículo 40.2 b), cabe señalar la Resolución núm. 238/2011, de 13 de octubre, del TACRC, que dilucidó si un acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se admitían las ofertas de las dos empresas concurrentes, tras el examen de la documentación administrativa, era o no un acto de trámite cualificado, afirmando que, para poder ser susceptible de recurso, entendía que no se encontraba entre los supuestos regulados en el mencionado artículo 40.2 b) TRLCSP, toda vez que: la admisión en la licitación no decide, ni directa ni indirectamente, la adjudicación, que recaerá en el licitador que haya proporcionado la oferta económicamente más ventajosa; no determina, por supuesto, tampoco la imposibilidad de continuar el procedimiento, sino todo lo contrario, que continúe el mismo con las dos empresas que han concurrido inicialmente a la licitación; y, además, no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, porque el ahora recurrente puede, en todo caso, recurrir la adjudicación. Y si, por el contrario, resultara la exclusión de licitadores, este sí sería uno de los actos de trámite recurribles mediante recurso especial, porque determinaría la imposibilidad de continuar el procedimiento (resoluciones núm. 174/2011, de 29 de junio, y núm. 205/2013, de 5 de junio, del TACRC). En este sentido cabe mencionar igualmente que la Mesa de Contratación, al adoptar la decisión de excluir a la actora del concurso, habilitó a la STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2001 para afirmar que carece de facultades decisorias, por ser un mero órgano de asistencia y propuesta del órgano de contratación, y debido a que esa decisión –que corresponde al órgano de contratación, que era quien debería haber ratificado la “propuesta-decisión” de

16. PULIDO QUECEDO, M., “Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual”, *Documentación Administrativa*, núm. 288, septiembre/diciembre 2010, pág. 75.

la Mesa— cierra el procedimiento para la demandante, en cuanto le impide continuar en el concurso, cuando menos es un acto de trámite cualificado, susceptible de impugnación autónoma por el excluido.

En sede del recurso especial en materia de contratación conviene señalar las resoluciones núm. 56/2011 y núm. 37/2011, de 13 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y la Circular 3/2010 de la Abogacía del Estado, en la que se recordó que, si consta notificación formal del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, el licitador excluido no podrá interponer recurso especial respecto de la adjudicación, de manera que las dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de Contratación —el recurso especial en contra del acto de trámite cualificado que implica la exclusión acordada por la Mesa y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato— no son posibilidades acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario.

4. La Mesa de Contratación

4.1. Composición: políticos, funcionarios. Personal eventual

En primer lugar, la disposición adicional segunda del TRLCSP, en relación con las entidades locales, establece lo siguiente: “1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada. Asimismo corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la

adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando su valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados. 2. Corresponde al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos no mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad local. Asimismo corresponde al Pleno la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor. 3. En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”.

No obstante —según el profesor Razquin Lizarraga¹⁷—, en el ámbito local lo más común es que los contratos que celebran la mayor parte de los entes locales sean contratos no SARA (contratación mayor que se mueve dentro del ámbito de superación de los umbrales comunitarios), e, incluso, contratos de poco relieve o de escasa cuantía. De ahí que en estos casos la contratación de los entes locales se mueva dentro de las figuras del contrato menor o del procedimiento negociado sin publicidad. Y sin perjuicio de que en las entidades locales será potestativa la constitución de Juntas de Contratación, que actuarán como órganos de contratación en determinados contratos según su objeto o importe, resultando que en los casos de actuación de las Juntas de Contratación se prescindirá de la intervención de la Mesa de Contratación (disposición adicional segunda TRLCSP, en su punto 4), cuyas funciones de calificación de la documentación delimitó el Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, JCCA.

Para conocer la composición de la Mesa de Contratación, dispone el artículo 320.2 y 3 TRLCSP: “La Mesa estará constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario. 3. Los

17. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a, “La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales”, *op. cit.*, págs. 57 y 76.

miembros de la Mesa serán nombrados por el órgano de contratación. El Secretario deberá ser designado entre funcionarios o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación, y entre los vocales deberán figurar necesariamente un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario". Por tanto se anulará el decreto de adjudicación de un contrato por infracción de las normas que contienen las reglas de formación de voluntad de los órganos colegiados, prevista como causa de nulidad en el artículo 62.1.e) LRJPAC, siguiendo las SSTC 93/1995, de 19 de junio, y 1165/1999, de 27 de diciembre, así como las SSTS de 6 de febrero y 19 de marzo de 2001, al apreciarse un defecto en la composición de la Mesa de Contratación, por haberse celebrado la subasta y actos posteriores integrada únicamente por el alcalde y el secretario, cuando conforme a lo establecido en la disposición adicional segunda TRLCSP, en su punto 10, la composición debió incluir, además del presidente, un número de miembros que no puede ser inferior a tres (STSJ de Castilla y León de 26 de enero de 2006). Señalar que es preciso que el defecto sea de tal entidad que altere la composición del órgano colegiado de manera que, como tal, resulte irreconocible (SSTS de 17 de junio de 1980, 15 de noviembre de 1984, 26 de abril de 1985 y 26 de marzo de 1987). Particularmente la STSJ de Asturias de 11 de noviembre de 2013 manifestó que, invocada nulidad de pleno derecho del acto administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 62.1 LRJPAC, al haberse dictado prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento legalmente establecido al efecto, y de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, por la defectuosa composición de la Mesa de Contratación, haciendo que la adjudicación definitiva del contrato deviniese inválida, tratándose las Mesas de Con-

tratación de un órgano colegiado, la defectuosa composición respecto a alguno o algunos de sus integrantes no da lugar a una manifiesta incompetencia del mismo, pues el vicio en la designación de uno o varios de sus miembros no puede hacerse extensivo al resto, resultando que aquel puede desarrollar válidamente las funciones y tareas que le están atribuidas siempre que, por un lado, exista quórum suficiente para constituirse sin el vocal afectado, y, por otro lado, la intervención de este no sea determinante para la formación de la voluntad del órgano colegiado.

Además apuntar que no será posible sustituir la ponderación de la Mesa de Contratación por la simple remisión al informe de una empresa externa contratada al efecto (STS de 18 de julio de 2012), pues el recurso a un asesoramiento externo es posible, pero ello no supone asumir sin más la valoración hecha por esa empresa externa, dando por buena su valoración, e incumpliendo la Mesa de Contratación su función de valorar las ofertas, que es propia e indelegable.

Por lo que se refiere a la convocatoria de la Mesa de Contratación y la asistencia a la misma, en clave de la Administración estatal, con referencia a la presencia en la Mesa de los interventores y abogados del Estado, debe afirmarse que el régimen jurídico de los órganos colegiados, aplicable a las Mesas de Contratación, es como sabemos el previsto en la LRJPAC, y en cuanto a su composición, cuando su intervención sea preceptiva o siendo facultativa se constituya, deberán figurar necesariamente entre sus vocales un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación, y un interventor, cuya suplencia habrá de actuarse mediante aplicación de las normas organizativas del Servicio Jurídico y de la Intervención.

Como miembro que es de la Mesa de Contratación, el secretario municipal ejerce sus funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, así como el interventor la de fiscalización¹⁸, y específicamente en materia contractual quedan delimitadas dichas funciones en la disposición adicional segunda TRLCSP, al reconocer normas específicas de contratación en las entidades

18. Funciones previstas en los artículos 1 a 4 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, y en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que incluye en su artículo 1.24 un nuevo artículo 92 bis en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Recordar que la disposición adicional segunda, relativa a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ha sido derogada por la disposición derogatoria de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (BOE de 30 de diciembre, con vigencia desde el 31 de diciembre de 2013).

locales, como son: “7. Corresponde al órgano de contratación la aprobación del expediente y la apertura del procedimiento de adjudicación en los términos que se regulan en el artículo 110. La aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares irá precedida de los informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor. 8. Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación. Los actos de fiscalización se ejercen por el Interventor de la Entidad local. 9. Cuando se aplique el procedimiento negociado en supuestos de urgencia a que hacen referencia el artículo 170, letra e), deberán incorporarse al expediente los correspondientes informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor, sobre justificación de la causa de urgencia apreciada”.

La composición de nuestro órgano colegiado nos conduce a encontrarnos en una posible situación de ser su número de miembros par o impar; de manera que será posible su constitución por cuatro o más vocales nombrados por el órgano de contratación, y de ser par su número, en caso de empate, el voto de calidad para dirimir empates corresponderá al presidente de la Mesa [artículo 23 d) LRJPAC, disposición final tercera y disposición adicional segunda TRLCSP].

Por su parte, establece el artículo 21 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, sobre la composición de las Mesas de Contratación, que: “1. Los órganos de contratación de las administraciones públicas estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas. 2. Las mesas de contratación estarán compuestas por un Presidente, un Secretario y, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación. Entre los vocales deberá figurar obligatoriamente un funcionario de los que tengan encomendado el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un Interventor o, a falta de cualquiera de éstos, quien tenga atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico o al control económico-presupuestario del órgano. 3. El Secretario deberá ser un funcionario que preste sus servicios en el órgano de contratación. Cuando no sea posible designar un funcionario, se hará la designación entre los de

otro tipo de personal que dependan del órgano de contratación. 4. La designación de los miembros de la mesa de contratación podrá hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de cada contrato. Su composición se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente con una antelación mínima de siete días con respecto a la reunión que deba celebrar para la calificación de la documentación referida en el artículo 130.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre. Si es una mesa permanente, o se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, su composición deberá publicarse además en el ‘Boletín Oficial del Estado’, en el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según se trate de la Administración General del Estado, de la Autonómica o de la Local. 5. A las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, según la naturaleza de los asuntos a tratar, los cuales actuarán con voz pero sin voto. 6. Todos los miembros de la mesa tendrán voz y voto, excepción hecha del secretario que sólo tendrá voz. 7. Para la válida constitución de la mesa deberán estar presentes la mayoría absoluta de sus miembros, y, en todo caso, el Presidente, el Secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano. 8. Las disposiciones contenidas en los apartados anteriores serán aplicables, igualmente, a las mesas de contratación que se constituyan para intervenir en procedimientos de adjudicación en que no sea preceptiva su constitución”. Así, para salvaguardar el principio de transparencia en la propuesta de adjudicación, la Presidencia de la Mesa, según el Informe 1/2002 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, deberá separarse nítidamente de la figura y las funciones del órgano de contratación, no solo porque expresamente dispone la normativa que este sea designado por aquella, sino también porque atribuye al presidente de la Mesa y a los demás miembros de esta la misión de formular propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación.

Recordar que una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económica más ventajosa, que el artículo 1 TRLCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada, de un órgano de valoración que, con una composición preestableci-

da, se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas, y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación (Informe 5/2011, de 2 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

En el supuesto de que en la composición de la Mesa se produzca la ausencia del interventor y del secretario general, o de quien tenga atribuida la función de asesoramiento legal de la corporación local, siguiendo la normativa aplicable a estos funcionarios [artículos 1 a 5 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), disposición adicional segunda TRLCSP, y artículo 92 bis LRBRL –introducido por el número veinticinco del artículo primero de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local–], por ser sus funciones indelegables¹⁹, la jurisprudencia (SSTS de 23 de junio de 2000, de 22 de junio de 2001 y de 3 de noviembre de 2004) ha obligado a la Administración a retrotraer el procedimiento para que la constitución, la organización y el funcionamiento de la Mesa de Contratación sean realizados correctamente.

La presencia de irregularidades en la composición de la Mesa, para lograr determinado resultado de votos favorable mediante la alteración del número de miembros de manera arbitraria para darle una apariencia de legalidad, fue analizada y sancionada por las SSTS de 8 de junio de 2006 y de 11 de octubre de 2013, argumentándose que al actuar la autoridad o funcionario de manera irregular en el procedimiento, eludiendo la legalidad y su función de control, no solo suprimirá el control formal de su actuación administrativa, sino que, con su forma irregular de proceder, eliminará los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley define para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución, resultando ser trámites esenciales (STS 331/2003, de 5 de marzo), y no pudiendo excluirse la responsabilidad en la adopción del acuerdo de adjudicación por el hecho de que

este haya sido adoptado por un órgano colegiado (SSTS 1312/1994, de 24 de junio, y 648/2007, de 28 de junio), así como por el significado de dichos trámites y el sentido y consecuencias de su decisión, por los integrantes del órgano conocidos al formar parte del mismo y votar a favor del acuerdo de alteración del número de miembros de la Mesa.

Puede presentarse el caso de la sustitución en la composición de la Mesa, que puede habilitar cambios en los miembros del órgano colegiado a consecuencia de la pérdida de tal condición, lo que se diferencia de la suplencia, por ser cambio coyuntural, y por ser esta una variación específica, para alguna sesión, del miembro titular por otro sujeto distinto. En este sentido, advertir que resultará indiferente que las distintas sesiones de un órgano colegiado se celebren con la asistencia de los titulares o de los suplentes (STSJ de Madrid de 25 de octubre de 1996, y STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2008). Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid elaboró una Recomendación, la núm. 3/2003, de 21 de octubre, sobre designación de los miembros de la Mesa de Contratación, para manifestar que, en los supuestos de la designación del presidente y restantes miembros de la Mesa de Contratación, deberá realizarse por el órgano de contratación, con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de uno o más contratos, y que no se considera procedente en estos supuestos la utilización de la figura jurídica de la delegación, y, si la persona designada como presidente o miembro de la misma no pudiese desempeñar el ejercicio de esa función, el órgano de contratación deberá realizar una nueva designación.

Las funciones que en Mesa de Contratación desarrollan el secretario y el interventor municipal, ya señaladas y delimitadas en el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, se contemplan en su primer artículo, al establecer que son funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales: 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, y la contabilidad, tesorería y recaudación, entre cuyas funciones se encuentra la emisión de informes. En particular, en materia de contratación –apunta Cacharro Ló-

19. CANTERA CUARTANGO, J. M., “La Mesa de Contratación: un instrumento de control financiero, del gasto público y de legalidad en tiempos de crisis económica”, *Auditoría Pública*, núm. 58, noviembre 2012.

pez²⁰—, encontramos el bastanteo de poderes, la autorización de los documentos administrativos de formalización del contrato o la vocalía de la Mesa de Contratación, todas en relación con la función de asesoramiento legal preceptivo.

En materia de responsabilidad, establece la disposición adicional decimonovena TRLCSP que: “1 La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial”, de cuyo contenido conviene advertir —con Pleite Guadamillas²¹— que el fundamento primero de la exigencia de un régimen disciplinario del funcionario reside en la necesidad que la Administración tiene, como organización prestadora de servicios, de mantener la disciplina interna y de asegurar que sus agentes cumplan las obligaciones del cargo.

En la composición de la Mesa, debemos llamar la atención sobre la presencia de personal eventual nombrado en virtud de la facultad discrecional de la Administración (STS de 3 de abril de 1992), previsto en el artículo 12 EBEP y en los artículos 104 y 104 bis LRBRL, modificado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, e introducido en su artículo 28, caracterizado en general²² por la posibilidad de la libre remoción que entraña el reconocimiento en favor de la Administración de una potestad discrecional. Pues bien, por lo que se refiere a la presencia del personal eventual como miembro de la Mesa de Contratación, se pronunció el Informe 49/08, de 29 de enero de 2009, JCCA, afirmando que el personal eventual no puede formar parte de la Mesa de Contratación (como miembro de la misma), aunque sí puede asesorarla mediante la emisión del correspondiente informe técnico que

considere oportuno. Pero sin olvidarse que es la Mesa de Contratación la que debe decidir sobre la admisión o no de las propuestas presentadas, valorando los informes previos que haya recibido y estime más ajustados a Derecho (STS de 1 de febrero de 1996), y sin ir más allá en las fases posteriores a la adjudicación y formalización del contrato, por ser esta competencia del órgano de contratación, delimitándose de esta manera sus actos relativos a la adjudicación del contrato. Sin embargo, la STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2006 resolvió con la anulabilidad el acuerdo de adjudicación adoptado a tenor del artículo 63.1 LRJPAC, ya que la Mesa de Contratación en ningún momento fue designada, así como por estar constituida por un número inferior de miembros al previsto legalmente, pues la adjudicación —manifestó la sentencia— debe recaer sobre el licitador propuesto por la Mesa, estando tasados los supuestos en los que el órgano de contratación puede apartarse de la decisión provisional de aquella, y de no seguir la propuesta de la Mesa, el órgano contratante ha de motivar su decisión. Puntualizando el TSJ de Cataluña que, a pesar de la existencia de tales vicios en la designación y constitución de la Mesa de Contratación, haciendo anulable al acto impugnado, no se puede apreciar que en esta actuación administrativa existiera desviación de poder, entendida como acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicio de nulidad, por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, orientada a la promoción del interés público y sujeta a imperativos de moralidad. También se pronunció la STSJ de Cataluña, de 25 de junio de 2001, sobre la presencia de técnicos en la actuación de la Mesa de Contratación, sin derecho a voto. La Mesa se limitará a calificar previamente los documentos presentados en tiempo y forma, y procederá, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores, elevándolas, junto con el acta y la propuesta que estime pertinente —que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares—, al órgano de contratación que haya de efectuar la adjudicación del

20. CACHARRO LÓPEZ, M.^a, “Fe pública y asesoramiento legal preceptivo en la contratación de las entidades locales”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 1, octubre/diciembre 2008, pág. 3.

21. PLEITE GUADAMILLAS, F., “La responsabilidad de los funcionarios en la contratación administrativa local: en particular, técnicos, secretarios e interventores”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 1, octubre/diciembre 2008, pág. 1.

22. CORRAL VILLALBA, J., *Manual de Gestión del Personal de la Administración Local*, Civitas, Madrid, 2004, y D’ANJOU GONZÁLEZ, J. y D’ANJOU DE ANDRÉS, G., *Personal de las entidades locales. Su régimen jurídico y gestión en el Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2009, págs. 359 a 363.

contrato. En esta actuación la Mesa de Contratación podrá solicitar, antes de formular la propuesta, los informes técnicos que considere oportunos y se relacionen con el objeto del contrato, y con este soporte técnico analizará las proposiciones en sesión privada, valorando con los criterios establecidos las ventajas del contenido de cada oferta, y elevará la propuesta de adjudicación al órgano de contratación, sin que en ningún caso resulte vinculante para la Mesa el informe técnico. Admitiéndose, pues, como válido dicho asesoramiento, y no incurriendo en infracción de orden procedimental por la incorporación al procedimiento de adjudicación, si dicho informe técnico fuera requerido de forma verbal por la Mesa.

Por lo que se refiere a la naturaleza de estos órganos de asesoramiento técnico, estamos ante asesores que emiten su informe o valoración en calidad de personal vinculado por un contrato de asistencia técnica, no existiendo en ello irregularidad, pues la normativa no impone la exigencia de que el asesoramiento a la Mesa de Contratación tenga que realizarse por órganos o funcionarios de la Administración contratante —admite la STSJ de Galicia de 27 de diciembre de 2001—. No debemos olvidar que la propia composición de la Mesa de Contratación, tal como se prescribe en el TRLCSP, es buen ejemplo de un espíritu aperturista que pretende garantizar la presencia de determinados funcionarios públicos: a saber, en sede local, el secretario y el interventor municipal, pero también la posible presencia de otros vocales, aun ajenos a la condición de funcionarios; de manera que, si ello es predicable de la propia Mesa de Contratación, no parece en rigor exigible respecto de los órganos de asesoramiento de la misma esa condición de funcionarios, por lo que —concluye el TSJ de Galicia— tampoco puede asumirse que la condición de personal que presta servicio en virtud de contrato de asistencia técnica constituya una tacha en el procedimiento.

Además, resultará improcedente la sustitución de la Mesa de Contratación por una Comisión Informativa de Hacienda en la formulación de la propuesta, porque la intervención de la Mesa de Contratación en el procedimiento afecta de manera fundamental a la formación de la voluntad del órgano de contratación, pues esta propuesta incluye la valoración de las proposiciones de los licitadores, y, aunque no tenga carácter vinculante, constituye la motivación fundamental de la resolución de adjudicación cuando se acomoda a la propuesta, y, en caso contrario, exige una motivación

específica que justifique la razón de la adjudicación no conforme con la propuesta (STS de 3 de noviembre de 2004). Se deberá exigir una motivación específica que justifique la razón de la no adjudicación conforme con la propuesta, por lo que la omisión de la misma o la formulación por órgano de distinta naturaleza y no competente para ello, como es el caso de dicha Comisión Informativa de Hacienda, que carece de toda eficacia jurídica, supone prescindir de un elemento esencial del procedimiento, que vicia radicalmente el mismo y por ello debe entenderse constitutivo de un vicio de nulidad absoluta, de acuerdo con el artículo 62.1 e) LRJPAC, así entendido por la jurisprudencia por omitirse un trámite esencial (SSTS de 16 de enero de 2004, 6 de febrero de 2004 y 19 de febrero de 2004).

4.2. Funciones de la Mesa de Contratación

Como órgano de asistencia, el TRLCSP, en su artículo 320.1, contempla a la Mesa de Contratación, como el órgano encargado de la valoración de las ofertas, así como especifica los procedimientos de adjudicación en los que intervendrá de manera imperativa, en estos términos: “Salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 177.1, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación”. Precepto 320 que se acompaña con lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que expresamente enumera sus funciones, al establecer que: “1. Sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones complementarias, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación: a) Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la garantía provisional en los ca-

sos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación. A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros. b) Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. c) Abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público. d) Cuando el procedimiento de valoración se articule en varias fases, determinará los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. e) Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público. f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo. g) Fuera del caso previsto en la letra anterior propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional a favor del licitador que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación. Tratándose de la adjudicación de los acuerdos marco, propondrá la adjudicación a favor de los licitadores que hayan presentado las ofertas económicamente más ventajosas. En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación. De igual modo, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento. 2. En el procedimiento restringido, la mesa de contratación examinará la do-

cumentación administrativa en los mismos términos previstos en el apartado anterior. La selección de los solicitantes corresponderá al órgano de contratación, quien podrá, sin embargo, delegar en la mesa esta función haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Una vez hecha la selección de candidatos y presentadas las proposiciones, corresponderán a la mesa de contratación las mismas funciones establecidas en los apartados c), d), e), f) y g) del párrafo anterior. 3. En el procedimiento negociado, la mesa, en los casos en que intervenga, calificará la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y, una vez concluida la fase de negociación, valorará las ofertas de los licitadores, a cuyo efecto podrá pedir los informes técnicos que considere precisos, y propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional". La Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación (STS de 15 de enero de 1999), sino que podrá, si lo estima conveniente, conceder tres días para la subsanación del defecto. Ello hace que, según la STS de 26 de enero de 2005, la expresión de "si lo estima conveniente" debamos referirla a la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente, no a la concesión de unas facultades discrecionales que excluyan su criterio de revisión a través de los oportunos recursos.

Entre estas funciones, la calificación de la documentación aportada es clave, pues, estableciendo el artículo 146.1 TRLCSP que "Las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo deberán ir acompañadas de los siguientes documentos: a) Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación. b) Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional. Si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar el estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación. c) Una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar. Esta declaración incluirá la manifestación de ha-

llarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba presentarse, antes de la adjudicación, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta. d) En su caso, una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones. e) Para las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, la declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante”, tenemos que referirnos a la recomendación de la JCCA sobre la interpretación de determinados aspectos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, tras su modificación por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, de manera que, en cuanto a la calificación de la declaración responsable, le corresponde a la Mesa de Contratación o al órgano que realice sus funciones en cada caso, en base a lo dispuesto, entre otros, en los artículos 21 y 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y en el artículo 81 RGLCSP. Y presentada la declaración responsable, la Mesa de Contratación deberá comprobar que la misma cumple, desde un punto de vista formal y también material, con lo exigido por las normas legales y reglamentarias que son de aplicación; particularmente, que está válidamente firmada (sin que ello implique que el candidato o licitador deba presentar en este momento ninguno de los documentos señalados en el artículo 146 TRLCSP) y que contiene una declaración comprensiva de todos los requisitos que lista este precepto en su apartado primero, así como que la Mesa concederá un plazo para subsanar a aquellas empresas cuya declaración responsable presente defectos u omisiones subsanables, en aplicación del artículo 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

Resulta improcedente la posibilidad de subsanar una deficiencia después de hecha la presentación de proposiciones (Informe núm. 18/2010, de 24 de no-

viembre, JCCA), pues para la calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables el artículo 81 RGLCAP dispone: “1. A los efectos de la calificación de la documentación presentada, previa la constitución de la mesa de contratación, el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley, y el Secretario certificará la relación de documentos que figuren en cada uno de ellos. 2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. 3. De lo actuado conforme a este artículo se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse a los interesados dándoles un plazo no superior a tres días hábiles para subsanar los errores, también lo es que esta facultad se refiere, exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación no en el contenido material de la misma”²³.

En el procedimiento de la contratación administrativa local²⁴ destaca igualmente el acuerdo de la subsanación, siendo el criterio general el que podrá subsanarse lo que afecta a la acreditación de un requisito, pero no lo que afecta a su existencia (informes 9/06, 36/04, 27/04, 6/00, 48/02 y 47/09 JCCA). Por otra parte, señalaron las resoluciones núm. 270/2011 y núm. 568/2013, de 29 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) que el plazo de rectificación no admite la subsanación de cualquier documentación, sino que únicamente permite aportar documentación existente con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones que por error, olvido o mala interpretación no se aportó en su momento, pero no permite corregir un error o deficiencia en la documentación. Asimismo, podremos señalar como regla general aplicable (Resolución núm. 208/2013, de 5 de junio de 2013, del TACRC, e informes núm. 53/2010,

23. En este sentido, mencionar los informes de la JCCA 26/97, de 14 de julio de 1997; 6/00, de 11 de abril de 2000; 48/02, de 28 de febrero de 2003; 36/04, de 7 de junio de 2004; 27/04, de 7 de junio de 2004; 9/06, de 24 de marzo de 2006, y 47/09, de 1 de febrero de 2010.

24. CASTRO ABELLA, F. y CORRAL GARCÍA, E. (coords.), *Manual del Concejal*, 6.ª edición, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2007, págs. 732 a 746.

de 10 diciembre, y núm. 47/09, de 1 de febrero de 2010, JCCA) que es subsanable acreditar aquello que existe y no la acreditación de aquello que al momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones no existe, referida a la documentación acreditativa de las características de la empresa.

En el caso de encontrarnos con los conceptos jurídicos indeterminados empleados en las expresiones legales: “defectos materiales en la documentación presentada” y subsanación de “error”, no pueden –manifestó el Informe 37/97, de 10 de noviembre de 1997, JCCA– ser sustituidos por una enumeración exhaustiva de los posibles errores o defectos materiales que se pueden apreciar en la compleja documentación que debe acompañarse a las proposiciones. Encontrándose solución en la elaboración por vía de informe (Informe de 8 de octubre de 1996, JCCA) para sentar criterios generales que sirvan para considerar el error o defecto material como subsanable, debiendo señalarse que tal carácter revestirán cuando no afecten al cumplimiento del requisito en sí, sino a su acreditación. Mientras que resultará improcedente la subsanación de una deficiencia después de hecha la presentación de las proposiciones (Informe 18/10, de 24 de noviembre, JCCA).

La función de calificación, y no vinculación, de la Mesa de Contratación, para posteriormente proceder a la adjudicación por el órgano de contratación, dio base a la STS de 23 de junio de 2000 para señalar que, visto que el expediente acreditó que la Mesa de Contratación nunca acordó la adjudicación del contrato, sino que, en su proceso de valoración de ofertas, excluyó unas y eligió otras, de forma razonada, hasta llegar a una conclusión definitiva sobre la oferta más favorable, no se pudo concluir que la Mesa privara al órgano de contratación de la posibilidad de valorar una de las ofertas presentadas, pues en todo momento dicho órgano tuvo conocimiento de la exclusión de una propuesta, con fundamento en lo desproporcionado de su oferta, y ello porque tal exclusión fue expresamente motivada y razonada por la Mesa en la propuesta que se le elevó.

También apuntar que, cuando un órgano de la Administración solicita un informe no vinculante, puede asimismo rechazar sus conclusiones y modificarlas, o puede aceptarlo en su integridad si estima que se ajusta a la normativa (STS de 27 de octubre de 2003). En definitiva, la propuesta de la Mesa de Contratación debe ser clara y expresa, por lo que no cabe realizar suposición alguna, y por ello resultará contraria a Derecho la actuación de dicho órgano colegiado cuando no

proceda a la calificación ni presente propuesta concreta alguna, sino únicamente acuerde que las plicas presentan los documentos exigidos.

La Mesa de Contratación vulnerará la normativa de contratos cuando no formule ni calificación ni propuesta concreta alguna, si solo manifiesta que las plicas presentan los documentos exigidos. No es admisible ni buscando mantener la validez del acto impugnado, siquiera tácitamente y en virtud del principio de conservación de los actos administrativos contenido en el artículo 66 LRJPAC, que la Mesa tácitamente formule propuesta de adjudicación a un contratista en tanto que presentó la oferta más ventajosa, sino que esa propuesta debe ser clara y expresa, por lo que no cabe realizar suposición alguna (STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2001). La propuesta de la Mesa deberá constar cuando el procedimiento de adjudicación así lo exija, y, en caso contrario, no deberá realizarse una nueva convocatoria de una nueva licitación, sino que el procedimiento deberá retrotraerse a fin de que se formule en debida forma (STSJ de Galicia de 11 de junio de 2003). La falta de la exigida propuesta de la Mesa de Contratación no podrá –manifiesta la STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 1999– entenderse suplida por la posibilidad de sus miembros de formular objeciones u observaciones sobre las condiciones ofertadas por los concursantes ante el Pleno de la corporación, ni la corrección de su actuación por la solicitud de un informe técnico. No pudiendo convertirse la actuación de la Mesa –como gráficamente señaló la STS de 7 de mayo de 1987– en mero buzón colegiado para la recepción de ofertas y apertura de las plicas, pues en este caso se formuló propuesta de adjudicación, la cual, sin embargo, no constaba.

Los defectos subsanables se comunicarán –según el Informe núm. 25/2002, de 17 de diciembre de 2002, JCCA– mediante acto público, o bien directamente por el secretario de la Mesa o unidad gestora del expediente de contratación sin necesidad de acto público, siempre que exista constancia de su recepción, para lo cual deberá efectuarse adicionalmente una comunicación por fax u otro medio telemático. Resultará además conveniente que se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares, completando dicha comunicación con la publicación en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que, en su caso, señale el mencionado pliego.

Analizando el órgano al que corresponde realizar la comprobación documental aportada por candidatos y

licitadores (Informe núm. 15/11, de 15 de diciembre de 2011, JCCA), por una parte, según el derogado artículo 71 LCSP (actual artículo 82 TRLCSP): “El órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios”, referido a la acreditación de la aptitud para contratar de los licitadores. En este caso, de la redacción del artículo queda suficientemente claro que dichas aclaraciones pueden solicitarse tanto por el órgano de contratación como por sus órganos auxiliares, como la Mesa de Contratación, y en tal sentido se prevé en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009; y, por otra parte, en la regulación del procedimiento del diálogo competitivo, en el artículo 167, que no fue modificado por la Ley 34/2010, se establece: “[...] podrá requerir al licitador cuya oferta se considere económicamente más ventajosa para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio”. Dicha función se enmarca en la configuración de esta Mesa especial como órgano de asistencia del órgano de contratación y de valoración de las ofertas, por lo que cabe concluir que tanto el órgano de contratación como la Mesa pueden efectuar esta función dentro de este particular procedimiento de contratación. No existe contradicción entre los artículos 135 y 295 (artículo 320 TRLCSP actual) de la Ley, habida cuenta de que el artículo 135, cuando se refiere al órgano de contratación, debe entenderse en un sentido amplio, esto es, incluyendo la Mesa de Contratación, que desde un punto de vista laxo forma parte de aquel. Si en una corporación local el órgano de contratación es la Junta de Gobierno Local, de conformidad con el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la LCSP, corresponde a este órgano adoptar los oportunos acuerdos que para el ejercicio de tales competencias le corresponden. Y además no es necesario acuerdo expreso del órgano de contratación para solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información relativa a ellas, en los supuestos previstos en la legislación de contratos (artículos 71 y 167 de la LCSP –actual artículo 183 TRLCSP–), pudiéndose solicitar las aclaraciones por la correspondiente Mesa de Contratación. Señalar que si la Administración excluyera definitivamente a un

contratista, obviando la posibilidad de subsanación que previamente le había otorgado, generaría un supuesto de actuación contra sus propios actos, con infracción del principio de confianza legítima que esa decisión previa había generado, por lo que procedería, asegura la STS de 26 de enero de 2005, anular la decisión de la Mesa de Contratación adoptada. Por ello se entiende que admita la jurisprudencia (SSTS de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1987 y 19 de enero de 1995) no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que sean subsanables.

En materia de errores subsanables se pronunció la JCCA en el Informe núm. 26/1997, de 14 de julio, y en particular en el Informe núm. 6/00, de 11 de abril de 2000, manifestando que el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado (actual artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) debe tener un alcance restringido, evitando que, mediante el mismo, pueda eludirse el cumplimiento de la normativa relativa a la presentación de la documentación que acompaña a la proposición, sin ser posible realizar una lista exhaustiva de los defectos subsanables y no subsanables. La expresión del artículo 81 del Real Decreto 1098/2001 da pie, según la Resolución núm. 54/2013, de 2 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, a considerar como insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos, y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (véase también el Informe de 18 de octubre de 1996 JCCA).

Considerando el respeto al principio de proporcionalidad en el procedimiento de adjudicación de contratos públicos, queda obligada la Mesa de Contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua, a presentar una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta al licitador afectado, para poder garantizar la seguridad jurídica, en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de este. En otro caso, el órgano de contratación incurre en un manifiesto error de apreciación, tal y como señaló el Tribunal de Primera Instancia en la Sentencia de 27 de septiembre de 2002 (TJCE 2002, 383; *Tideland Signal/Comisión*, apartado 43).

Terminará la actuación de la Mesa documentalmente con la redacción del acta, que según la JCCA (Dictamen núm. 54/10 de 15 de diciembre de 2011) tendrá un contenido que será el de reflejar fielmente lo suce-

dido en el acto de licitación, definido lo reflejado en el acta como la constancia documental de la declaración de voluntad del órgano administrativo (STS de 8 de febrero de 1999), resultándole de aplicación lo establecido en los artículos 22 a 27 de la LRJPAC. Acta que nos conduce al carácter público o no de la misma y en general al derecho de información, cuyo reconocimiento normativo parte del artículo 105 b) de la Constitución y se desarrolla en disposiciones varias: artículo 37 LRJPAC; Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público; Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuyo preámbulo se manifiesta que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política; y Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Particularmente la actuación de la Mesa de Contratación se desarrollará en acto público en cuanto a la apertura de los sobres que contengan las proposiciones relativas a los criterios de adjudicación, pero no en cuanto a la apertura de los sobres que contengan la documentación administrativa, de conformidad con el artículo 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. Por ello deberá ser pública el acta donde conste la sesión de la Mesa.

Y sobre la motivación de la decisión por el órgano de contratación, recordar que según la jurisprudencia (SSTS de 31 de octubre de 1994, 6 de octubre de 1999, 13 de junio de 2000, 2 de octubre de 2000, 11 de noviembre de 2003, 22 de diciembre de 2003 y 21 de julio de 2007) la solución de declarar desierto el concurso no es una potestad sin límites de que la Administración pueda hacer uso sin justificación alguna.

Su imprescindible motivación ha de radicar en que ninguna de las ofertas realizadas por los licitadores cumpla los requisitos necesarios para su aceptación. Necesidad de observar el requisito de la motivación en la adjudicación de los contratos administrativos por el procedimiento de concurso, según la STS de 17 de junio de 1991, que llevó a la declaración de nulidad cuando la consignación por la Mesa de Contratación de los diferentes puntos asignados a los participantes no tuvo otra explicación complementaria, constituyendo una decisión sin motivación suficiente (STSJ de Aragón de 18 de marzo de 2003).

4.3. La Mesa de Contratación en el diálogo competitivo

Destacada novedad de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios –manifiesta el profesor Moreno Molina²⁵–, fue la figura del diálogo competitivo, cuyo contenido y aplicación se deducen del artículo 179.1 TRLCSP, al establecer: “En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta”, y cuyo supuesto de aplicación, junto a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a que se refiere el artículo 11 TRLCSP, será en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato (artículo 180.1 TRLCSP). Contratos de colaboración, caracterizados por la profesora Chinchilla Marín²⁶ por el hecho de que los posibles contratistas dialogan con el órgano de contratación sobre todos los aspectos del contrato, con el fin de llegar a definir “una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades”, como paso previo a la adjudica-

25. MORENO MOLINA, J. A., “La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, 2008, pág. 64.

26. CHINCHILLA MARÍN, C., “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)”, en COLÁS TENAS, J. y MEDINA GUERRERO, M. (coords.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Fundación Democracia y Gobierno Local/ Institución Fernando el Católico, Barcelona, marzo 2009, págs. 468 y 476.

ción del contrato propiamente dicha, y cuya regulación –siguiendo a la profesora Chinchilla Marín– por nuestra legislación interna (se refería a la LCSP 2007) se ha visto arrastrada por las exigencias que la Directiva 2004/18/CE impone a la utilización del diálogo competitivo, ya que, a tenor de lo dispuesto en su artículo 29.1, solo se puede acudir a este procedimiento cuando los otros procedimientos no permitan adjudicar el contrato, resultando, por tanto, que nos encontramos –afirma el profesor Moreno Molina²⁷– con un nuevo procedimiento de adjudicación, y hay que destacar que la necesidad de hacer más flexibles los procedimientos de adjudicación ha sido una preocupación constante del derecho comunitario.

Por su parte, para la composición y funciones (artículo 23.2), dispone el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, en su artículo 23: “1. La mesa especial constituida para las licitaciones que se lleven a cabo por el procedimiento de diálogo competitivo por los órganos de contratación de la Administración General del Estado estará compuesta por los mismos miembros a que se refiere el artículo 21, a los que se incorporarán, como miembros con voz y voto, personas con competencia técnica en la materia a que se refiera el contrato que haya de ser objeto de licitación, designadas por el órgano de contratación. El número de estos miembros no deberá ser inferior a tres ni representar menos de la

tercera parte de los miembros de la mesa”, debiendo recordar²⁸ que, según el Informe núm. 17/2000, de 6 de julio, JCCA, es posible que los vocales designados sean sustituidos –en caso de ausencia, enfermedad, o en general cuando concurra causa justificada– por suplentes, pero no la delegación de dichos vocales. Así como apuntar el carácter de órgano técnico de la Mesa en las corporaciones locales, cuando de la misma formen parte como vocales concejales o diputados.

5. Conclusión

La actividad administrativa en materia de contratos públicos queda delimitada por una actuación sometida a la búsqueda del interés público, para cuya efectividad se debe valorar que nos movemos entre las facultades discrecionales que tiene encomendadas por ley la Administración y el escrupuloso respeto a la legalidad. Para hacer esto realidad es básico el respeto al procedimiento administrativo, en el que aparecerán distintos órganos. Hemos analizado la trascendencia que tienen la composición y las funciones de la Mesa de Contratación, órgano colegiado cuyas decisiones deberían arrojar luz al órgano de contratación, en función del tipo de contrato público, el procedimiento de adjudicación, y el respeto a todo el *iter* procedimental contractual. ■

27. MORENO MOLINA, J. A., “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero/junio 2008, núm. 45, pág. 59.

28. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., *Manual de Administración Local*, 5.ª edición, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2006, pág. 425.

Internet y los datos personales

Juan Carlos Gris González

Secretario general de la Diputación Provincial de Zamora

1. Introducción

2. Publicación de datos personales en una página web

2.1. El concepto de “tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales”

2.2. Las excepciones a la aplicación del régimen de protección de los datos de carácter personal

2.3. La “transferencia a un país tercero” de datos personales

2.4. El principio general de la libertad de expresión y otros derechos y libertades vigentes en la Unión Europea

3. Emisión de resultados por parte de los motores de búsqueda en Internet que dirigen al usuario a una página web

3.1. Cuestiones previas

3.1.1. El contexto

3.1.2. Ámbito territorial de aplicación de la Directiva 95/46

3.1.3. Ámbito material de aplicación de la Directiva 95/46

3.2. El “derecho al olvido”

3.2.1. Los derechos fundamentales *versus* los derechos de libertad de expresión e información y libertad de empresa

3.2.2. Los derechos de rectificación, supresión, bloqueo y oposición

4. Transferencia automática de datos personales de un usuario que lleva a cabo una búsqueda mediante un motor de búsqueda en Internet, al proveedor de servicios de ese motor de búsqueda

5. Reflexión final

Resumen

El actual trabajo, partiendo de la posición de la jurisprudencia y la doctrina en la materia, analiza los principales conflictos que se producen entre el derecho a la protección de los datos personales y la sociedad digital. De este modo, se analizan los tres campos donde se observan particularmente tales conflictos: la publicación de datos personales en una página web; la emisión de resultados por parte de los motores de búsqueda en Internet que dirigen al usuario a una página web; y la transferencia automática de datos personales de un usuario que lleva a cabo una búsqueda mediante un motor de búsqueda en Internet, al proveedor de servicios de ese motor de búsqueda.

Palabras clave: *dato personal; Internet; tratamiento automatizado; transferencia de datos; libertad de expresión e información; libertad de empresa; derecho al olvido.*

Internet and personal data

Abstract

On the basis of the case-law and the scholarship, this article analyzes the main issues that arise between the law, the protection of personal data and the digital society. Therefore, the article studies the three subjects where it is possible to observe these issues: the publication of personal data on a website; the research results from an internet search engines and the automatic transfer of personal data to the internet search engine used to carry out the research.

Keywords: personal data; internet; automated data processing; data transfer; freedom of expression and information; freedom of enterprise; right to be forgotten.

Artículo recibido el 16/09/2014; aceptado el 15/10/2014.

1. Introducción

Los derechos de las personas físicas, y especialmente los tocantes al honor y a la intimidad, han sido objeto de un especial tratamiento por parte del legislador; de ahí que en el artículo 18.1 de la Constitución Española se reconozcan, con el carácter de fundamentales, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Sin embargo, el incesante, progresivo y vertiginoso desarrollo de las técnicas de la información ha supuesto una revolución radical, al suprimir los obstáculos técnicos e institucionales para la difusión y la recepción de información, y ha creado una plataforma para diversos servicios de la sociedad de la información que, si bien benefician a la sociedad, ponen a la vez en grave peligro algunos derechos fundamentales, al posibilitar la captura, transmisión, manejo, registro, conservación y comunicación de datos personales. Con ello se expone constantemente la privacidad a una amenaza potencial desconocida no hace tanto tiempo, y en consecuencia se obliga a quienes –de una u otra manera– tratan con datos personales a operar con especial cuidado para no lesionar las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular los tocantes al honor y a la intimidad.

Ante esta situación, tanto el legislador comunitario como el nacional han ido proporcionando, paulatinamente, unos instrumentos políticos y legislativos que garantizaran el respeto a tales derechos, y, a la vez, contribuyesen al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos.

Así, a nivel de la Unión Europea, vio la luz el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984), y, en el terreno legislativo, fue aprobada –con una vocación generalista– la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y –con unas miras sectoriales– la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el

sector de las comunicaciones electrónicas. Y esta línea legislativa de la Unión Europea sigue actualmente su curso, de tal suerte que se han presentado tres propuestas del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos); a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos; y a la modificación, entre otras, de la –ya citada– Directiva 2002/58/CE.

Transponiendo el Derecho comunitario, en el ámbito nacional, por su parte, se promulgó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, la cual fue derogada en virtud de la –actualmente vigente– Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que, a su vez, está desarrollada por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

No obstante, a pesar de la gran importancia que el legislador ha otorgado a la protección de los datos personales y la privacidad de las personas, lo cierto es que la vida real –como casi siempre– va por delante de la ley, y hoy en día cualquier contenido que incluya datos personales puede ponerse a disposición de manera inmediata y permanente en formato digital a nivel mundial. Ello ha hecho surgir una serie de circunstancias sin precedentes, en las que tiene que establecerse un equilibrio entre diversos derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de empresa, por un lado, y la protección de los datos personales y la privacidad de los particulares, por otro.

En el ámbito de Internet, deben distinguirse tres situaciones relacionadas con los datos personales: la publicación de datos personales en una página web; la emisión de resultados por parte de los motores de búsqueda en Internet que dirigen al usuario a una página web; y la transferencia automática de datos personales de un usuario que lleva a cabo una búsqueda mediante un motor de búsqueda en Internet, al proveedor de servicios de ese motor de búsqueda.

Estas tres son, en consecuencia, las situaciones que vamos a analizar seguidamente en este trabajo.

2. Publicación de datos personales en una página web

2.1. El concepto de “tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales”

El artículo 3.1 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece que las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

En similar sentido, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, fija su ámbito de aplicación en los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y en toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.

Por consiguiente, dos son los conceptos que se advinan como básicos a la hora de determinar la aplicación o no de la normativa referida a la protección de datos personales. A saber: “datos personales”, y “tratamiento de datos personales”.

El concepto de “datos personales” que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46, comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva, “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. El artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, por su parte, cataloga como dato de carácter personal cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Entonces, lo crucial para valorar si una información encaja o no dentro del concepto de “datos personales” es si la misma versa o no sobre “una persona física identificada o identificable”¹.

Aunque el legislador nacional no hace una enumeración, ni siquiera a título de ejemplo, de qué datos ostentan la condición de “datos personales”, el legisla-

dor comunitario sí que ofrece unas ciertas referencias, al relacionarlos con la identificación, directa o indirecta, de las personas mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. De cualquier forma, hay que destacar la voluntad del legislador, tanto comunitario como nacional, de dar un sentido amplio al concepto de “datos personales” (de ahí las expresiones “toda información” o “cualquier información”), lo cual, además, viene corroborado a nivel jurisprudencial². Por tanto, a la hora de ponderar qué datos de una persona gozan o no de la calificación de “datos personales”, tendremos que usar una interpretación extensa.

En cuanto al concepto de “tratamiento de datos personales” que utiliza el artículo 3, apartado 1, de la Directiva de 24 de octubre de 1995, este comprende, con arreglo a la definición del artículo 2, letra b), de la susodicha Directiva, “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicada a datos personales”. Aclara este segundo precepto algunas operaciones en este sentido, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos personales, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción.

Por su parte, el citado artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, dispone que el tratamiento de datos consiste en operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no. Y, a semejanza de la legislación comunitaria, incluye ciertos ejemplos al respecto, como la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación de datos personales, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

De todo ello se deriva que la conducta que consiste en hacer referencia o difundir información de datos personales en una página web, de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente, publicar dicha página en un servidor, o realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a Internet,

1. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2003, asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, y de 16 de diciembre de 2008, asunto C-73/07.

2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01.

constituye un “tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales” en el sentido de la normativa de protección de datos de carácter personal³.

De este modo, las operaciones a las que se refiere el artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46, deben calificarse de tal tratamiento también en el supuesto de que se refieran únicamente a información ya publicada tal cual en los medios de comunicación. En efecto, una excepción general a la aplicación de la Directiva 95/46 en tal supuesto dejaría esta última en gran medida vacía de contenido⁴.

Además, se desprende de la definición contenida en el referido artículo 2, letra b), que, aunque la modificación de datos personales constituye, ciertamente, un tratamiento, en el sentido de esta, en cambio el resto de operaciones que se mencionan en ella no precisan en modo alguno que estos datos se modifiquen⁵.

2.2. Las excepciones a la aplicación del régimen de protección de los datos de carácter personal

El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece dos excepciones a su ámbito de aplicación:

- a) El tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas por las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea, y, en cualquier caso, el tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal.
- b) El tratamiento de datos personales efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

Por su lado, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 15/1999, transponiendo ese artículo 3.2 de la Directiva 95/46/CE, excluye de su ámbito de aplicación:

- a) Los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.
- b) Los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.
- c) Los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada.

Asimismo, ambas normas disponen categorías especiales de tratamientos, esto es, materias que, sin estar excluidas del sistema de protección de datos personales, tienen un régimen especial.

En cuanto a la primera de las excepciones contempladas en la Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, hay que apuntar que, si bien el fundamento de esa Directiva es el principio de la libre circulación entre Estados miembros reconocido en el Tratado de la Unión Europea, el recurso a tal base jurídica no presupone la existencia de un vínculo efectivo con el susodicho principio en cada una de las situaciones contempladas por el acto que se funda en tal base. En efecto, lo importante, para justificar el recurso a la base jurídica del principio de la libre circulación entre Estados miembros, es que el acto adoptado sobre tal base tenga efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior⁶.

Por ello, la aplicabilidad de la Directiva 95/46 no puede depender de la cuestión de si las situaciones concretas de que se trata en los asuntos principales tienen un vínculo suficiente con el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, y en particular en los referidos asuntos, con la libre circulación de los trabajadores. En efecto, una interpretación contraria podría hacer que los límites del ámbito de aplicación de la referida Directiva se vuelvan particularmente inciertos y aleatorios, lo que sería contrario al objetivo esencial de esta, que es la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, con el fin de eliminar los obs-

3. *Ibid.*

4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2008, asunto C-73/07.

5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12.

6. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2003, citada en la nota al pie núm. 1.

táculos al funcionamiento del mercado interior derivados precisamente de las disparidades entre las legislaciones nacionales⁷.

En este contexto, no resulta apropiado dar a la expresión “actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario” un alcance tal que resulte necesario comprobar caso por caso si la actividad concreta afecta directamente a la libre circulación entre los Estados miembros⁸.

Las actividades contempladas en la primera excepción de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, son, en todos los casos, actividades propias del Estado o de las autoridades estatales, y ajenas a la esfera de actividades de los particulares⁹.

Por tanto, procede señalar que las actividades que se citan como ejemplos en la primera excepción del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 95/46, tienen por objeto delimitar el alcance de la excepción que se establece en dicha disposición, de modo que solo se aplique a aquellas actividades que se mencionan expresamente o que pueden incluirse en la misma categoría (*eiusdem generis*)¹⁰.

Respecto de la segunda excepción prevista en la Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995, hay que remarcar que la misma debe interpretarse en el sentido de que contempla únicamente las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares¹¹.

Asimismo, como regla interpretativa de las directivas, hay que colegir que la interpretación de las mismas debe realizarse a la luz del objetivo perseguido por estas y del sistema que establecen¹². Y a este respecto consta, como se desprende del artículo 1 de la Directiva 95/46, que el objetivo de esta es que los Estados miembros, al tiempo que permiten la libre circulación de datos personales, garanticen la protección de las li-

bertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos¹³. Por consiguiente, este será el criterio interpretativo que deberá usarse a la hora de ponderar el alcance de las excepciones o de los regímenes especiales de la normativa de protección de datos personales.

En conclusión, la publicación de datos personales en una página web no es una actividad que se encuentre excluida del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, pues, en principio, no es una actividad propia del Estado o de las autoridades estatales, ni evidentemente tampoco es un tratamiento dentro del ámbito privado o familiar, ya que implica la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas¹⁴.

2.3. La “transferencia a un país tercero” de datos personales

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, no define, ni en su artículo 25 ni en ningún otro precepto, ni siquiera en su artículo 2, el concepto de “transferencia a un país tercero”. Esta laguna la cubre, en el Derecho nacional, el artículo 5.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, el cual define la “transferencia internacional de datos” como el tratamiento de datos que supone una transmisión de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo, bien constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un trata-

7. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2003 y de 6 de noviembre de 2003, citadas en las notas al pie núms. 1 y 2.

8. Sentencia citada en la nota al pie núm. 2.

9. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2003 y de 16 de diciembre de 2008, citadas en las notas al pie núms. 1 y 2.

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*

12. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2008, asunto C-265/07, y de 16 de diciembre de 2008, citada en la nota al pie núm. 1.

13. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2008, citada en la nota al pie núm. 1.

14. Sentencia citada en la nota al pie núm. 2.

miento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español.

Para determinar si la difusión de datos personales en una página web, por el mero hecho de que resultan accesibles a personas que se encuentran en un país tercero, constituye una “transferencia” de dichos datos a tal país en el sentido del artículo 25 de la Directiva 95/46, es necesario tener en cuenta, por una parte, la naturaleza técnica de las operaciones efectuadas, y, por otra, el objetivo y la organización sistemática del capítulo IV de la citada Directiva, en el que figura su artículo 25¹⁵.

El capítulo IV de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en el que figura el artículo 25, establece un régimen especial, con normas específicas, dirigido a garantizar un control, por parte de los Estados miembros, de las transferencias de datos personales hacia países terceros. Se trata de un régimen complementario del régimen general que establece el capítulo II de la citada Directiva, relativo a la licitud de los tratamientos de datos personales¹⁶.

El objetivo del capítulo IV se define en los considerandos 56 a 60 de la Directiva 95/46, en los que se señala, en concreto, que si bien la protección de las personas, garantizada en la Comunidad por dicha Directiva, no se opone a la transferencia de datos personales a terceros países que garanticen un nivel de protección adecuado, este carácter adecuado del nivel de protección debe apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias relacionadas con la transferencia o la categoría de transferencias. Cuando un país tercero no ofrezca un nivel de protección adecuado, debe prohibirse la transferencia de datos personales hacia ese país¹⁷.

El artículo 25 de la Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, por su parte, impone a los Estados miembros y a la Comisión una serie de obligaciones dirigidas a controlar las transferencias de datos personales a países terceros, tenien-

do en cuenta el nivel de protección que dispensa cada uno de dichos países a tales datos. En particular, el artículo 25, apartado 4, de la Directiva 95/46, establece que, cuando la Comisión compruebe que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para impedir cualquier transferencia de datos personales al tercer país de que se trate¹⁸.

El capítulo IV de la reiterada Directiva no contiene ninguna disposición relativa al uso de Internet. En concreto, no precisa los criterios que permiten determinar si, por lo que se refiere a las operaciones efectuadas a través de proveedores de servicios de alojamiento de páginas web, debe tomarse en consideración el lugar de establecimiento del proveedor, su domicilio profesional, o bien el lugar en el que se encuentran los ordenadores que integran la infraestructura informática del proveedor¹⁹.

Si el artículo 25 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, se interpreta en el sentido de que existe una “transferencia a un país tercero de datos” cada vez que se publican datos personales en una página web, dicha transferencia será forzosamente una transferencia a todos los países terceros en los que existen los medios técnicos necesarios para acceder a Internet. El régimen especial que prevé el capítulo IV de la citada Directiva se convertiría entonces necesariamente, por lo que se refiere a las operaciones en Internet, en un régimen de aplicación general. En efecto, en cuanto la Comisión detectara, con arreglo al artículo 25, apartado 4, de la Directiva 95/46, que un solo país tercero no garantiza un nivel de protección adecuado, los Estados miembros estarían obligados a impedir cualquier difusión de los datos personales en Internet²⁰.

En consecuencia, cabe concluir que no existe una “transferencia a un país tercero de datos” en el sentido del artículo 25 de la Directiva relativa a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos

15. *Ibid.*

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

datos, cuando una persona que se encuentra en un Estado miembro difunde datos personales en una página web, almacenada por su proveedor de servicios de alojamiento de páginas web que tiene su domicilio en el mismo Estado o en otro Estado miembro, de modo que dichos datos resultan accesibles a cualquier persona que se conecte a Internet, incluidas aquellas que se encuentren en países terceros²¹.

2.4. El principio general de la libertad de expresión y otros derechos y libertades vigentes en la Unión Europea

De conformidad con la Directiva 95/46, el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, dentro del cual está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, hacen necesarias no solo la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro, sino también la protección de los derechos fundamentales de las personas. No obstante, la propia Directiva reconoce que las diferencias entre los niveles de protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, de la intimidad, garantizados en los Estados miembros por lo que respecta al tratamiento de datos personales, pueden impedir la transmisión de dichos datos del territorio de un Estado miembro al de otro, pueden constituir un obstáculo para el ejercicio de una serie de actividades económicas a escala comunitaria, y pueden falsear la competencia e impedir que las Administraciones cumplan los cometidos que les incumben en virtud del Derecho comunitario.

Los mecanismos que permiten ponderar los diferentes derechos e intereses se encuentran en la propia legislación, comunitaria y nacional, relativa a la protección de los datos de carácter personal, ya que establece normas que determinan en qué situaciones y en qué medida es lícito el tratamiento de datos personales, y cuál es la tutela que debe dispensarse.

Pues bien, con arreglo a la Directiva 95/46, sin perjuicio de las excepciones admitidas al amparo de su artículo 13, todo tratamiento de datos personales debe ser conforme, por una parte, con los “principios relativos a la calidad de los datos”, enunciados en el artículo 6 de dicha Directiva, y, por otra, con alguno de los “principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos”, enumerados en su artículo 7²².

Además, las disposiciones de la referida Directiva deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho²³. En consecuencia, procede considerar, por una parte, que el respeto del derecho a la vida privada en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal, reconocido por los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se aplica a toda información sobre una persona física identificada o identificable, y, por otra parte, que las limitaciones al derecho a la protección de los datos de carácter personal que pueden establecerse legítimamente corresponden a las toleradas en el contexto del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁴. No obstante, el derecho a la protección de los datos de carácter personal tampoco constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe ser considerado en relación con su función en la sociedad²⁵.

Por otra parte, hay que señalar que las disposiciones de la propia Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, han de ser relativamente generales, dado que deben aplicarse a un gran número de situaciones muy distintas, de ahí que sus normas se caractericen por una cierta flexibilidad, que deja en muchos casos en manos de los Estados miembros la tarea de regular los detalles o de elegir entre varias opciones²⁶.

21. *Ibid.*

22. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2003, citada en la nota al pie núm. 1.

23. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2001, asunto C-274/99, y de 20 de mayo de 2003, citada en la nota al pie núm. 1.

24. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2000, demanda 27798/95, y de 4 de mayo de 2000, demanda 28341/95, y sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09.

25. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00, y de 9 de noviembre de 2010, *ibid.*

26. Sentencia citada en la nota al pie núm. 2.

Es cierto que los Estados miembros disponen en muchos aspectos de un margen de apreciación para adaptar su Derecho interno a la Directiva 95/46. No obstante, nada permite considerar que el régimen que establece esta carezca de previsibilidad, o que sus disposiciones sean, por sí mismas, contrarias a los principios generales del Derecho comunitario, y, en particular, a los derechos fundamentales que tutela el ordenamiento jurídico comunitario²⁷.

Por tanto, el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego debe buscarse más bien en el ámbito nacional, al aplicar a los casos concretos la normativa que adapta el Derecho interno a la Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²⁸.

En consecuencia, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no solo interpretar su Derecho nacional de conformidad con la Directiva 95/46, sino también procurar que la interpretación de esta que tomen como base no entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario, o con los otros principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad²⁹.

Si bien es cierto que la tutela de la intimidad requiere aplicar sanciones eficaces a las personas que efectúan tratamientos de datos personales sin atenerse a lo dispuesto en la Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995, tales sanciones deben respetar en todo caso el principio de proporcionalidad. Esta conclusión se impone con mayor razón si se tiene en cuenta que el ámbito de aplicación de la referida Directiva es muy amplio, y que las obligaciones de las personas que efectúan los tratamientos de datos personales son numerosas e importantes³⁰.

Por tanto, las disposiciones de la Directiva 95/46 no entrañan, por sí mismas, una restricción contraria al principio general de la libertad de expresión, o a otros derechos y libertades vigentes en la Unión Europea y que tienen su equivalente, entre otros, en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. In-

cumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, garantizar el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego, incluidos los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario³¹.

3. Emisión de resultados por parte de los motores de búsqueda en Internet que dirigen al usuario a una página web

3.1. Cuestiones previas

3.1.1. El contexto

Con el objetivo de interpretar el papel de los proveedores de servicios de motores de búsqueda en Internet a la luz de la normativa de la Unión sobre protección de datos existente, en particular de la Directiva 95/46, es instructivo comenzar realizando algunas observaciones relacionadas con la evolución de la protección de datos, de Internet y de los motores de búsqueda en Internet.

Cuando se negoció y adoptó la reseñada Directiva, en 1995, se le dio –como previamente ya se ha apuntado y más adelante volveremos a exponer– un amplio ámbito de aplicación *ratione materiae*, a fin de adaptarse a la evolución de la tecnología relacionada con el tratamiento de datos realizado por parte de procesadores, más descentralizado que los ficheros automatizados basados en los tradicionales bancos de datos centralizados, y que también incluía nuevos tipos de datos personales, como imágenes, y técnicas de tratamiento, como las búsquedas de texto libre. En 1995, el acceso generalizado a Internet era un fenómeno novedoso. Hoy en día, casi dos décadas después, el volumen de contenido digitalizado disponible online se ha multiplicado exponencialmente. Debido a esta evolu-

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*

ción, el ámbito potencial de aplicación de la Directiva en el mundo actual ha pasado a ser sorprendentemente amplio.

Por consiguiente, en este asunto es necesario establecer un equilibrio correcto, razonable y proporcionado entre la protección de datos personales, la interpretación congruente de los objetivos de la sociedad de la información, y los intereses legítimos de los operadores económicos y de los usuarios de Internet en general.

La Unión Europea ha concedido gran importancia al desarrollo de la sociedad de la información. En este marco, también se ha examinado el papel de los intermediarios de la sociedad de la información. Estos intermediarios tienden puentes entre proveedores de contenido y usuarios de Internet. Como tales, los “servicios de instrumentos de localización de la información” se prestan “a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”, y, por lo tanto, equivalen a un servicio de la sociedad de la información consistente en la provisión de herramientas que permiten buscar, acceder y obtener datos. Sin embargo, el papel y la posición jurídica de los proveedores de servicios de motores de búsqueda en Internet no están regulados expresamente en la normativa de la Unión, de ahí la problemática que se produce en la casuística.

3.1.2. Ámbito territorial de aplicación de la Directiva 95/46

De acuerdo con su artículo 51, apartado 2, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica sus competencias y misiones tal como se definen en los tratados³². Este principio se aplica también al artículo 8 de la Carta, sobre la protección de datos personales. Entonces, la interpretación de la Directiva conforme con la Carta no puede añadir ningún criterio nuevo que pueda dar lugar a la aplicabilidad territorial de la normativa nacional que desarrolla la Directiva a

los establecidos en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva. Por supuesto, el artículo 8 de la Carta debe tenerse en cuenta al interpretar los conceptos empleados en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva, pero los criterios de conexión definidos por el legislador de la Unión no pueden suplementarse con un criterio totalmente nuevo establecido en función de ese derecho fundamental³³.

En consecuencia, “el centro geográfico de gravedad del conflicto” no basta por sí mismo para que la Directiva sea de aplicación. Lo que determina el ámbito territorial de aplicación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y de la normativa nacional de desarrollo, es o bien la ubicación del establecimiento del responsable del tratamiento, o bien la ubicación de los medios o del equipo que se esté utilizando, cuando el responsable del tratamiento esté establecido fuera del Espacio Económico Europeo. Ni la nacionalidad o el lugar de residencia habitual de los interesados ni la ubicación física de los datos personales son decisivos³⁴.

Por otra parte, hay que apuntar que, en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el factor primario que da lugar a la aplicabilidad de la normativa nacional en materia de protección de datos, es el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento situado en territorio del Estado miembro, entendido esto como el ejercicio efectivo y real de una actividad a través de acuerdos estables. A mayor abundamiento, cuando un responsable del tratamiento no está establecido en territorio de la Unión, pero recurre a medios o a equipamiento situados en territorio del Estado miembro para tratar datos personales, la normativa de dicho Estado miembro se aplica a menos que tal equipo o medios se empleen solo a efectos de tránsito a través de territorio de la Unión³⁵.

Como se ha señalado más arriba, la Directiva y su artículo 4 se adoptaron con anterioridad a que diera

32. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010, asunto C-400/10, de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, de 8 de noviembre de 2012, asunto C-40/11, y de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10.

33. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010, *ibid.*, y de 1 de marzo de 2011, asunto C-236/09.

34. Dictamen 1/2008 del Grupo sobre protección de datos del artículo 29 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda.

35. *Ibid.*

comienzo la prestación a gran escala de servicios online en Internet. En el actual contexto fáctico, el tenor del artículo 4, apartado 1, de la Directiva no es muy útil. Por ello debería examinarse la cuestión de la aplicabilidad territorial desde la perspectiva del modelo de negocio de los proveedores de servicios de motores de búsqueda en Internet, según la cual el modelo de negocios de un proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet debe tenerse en cuenta, en el sentido de que su establecimiento desempeña un importante papel en el tratamiento de datos personales, si está vinculado a un servicio que participa en la venta de publicidad orientada a los habitantes de este Estado miembro³⁶.

Abundando en la argumentación expuesta, y de un modo más preciso, se podría decir que debe interpretarse que existe un “establecimiento”, en los términos descritos en el artículo 4.1.a) de la Directiva 95/46, cuando concurra alguno o algunos de los siguientes supuestos³⁷:

- a) Cuando la empresa proveedora del motor de búsqueda crea en un Estado miembro una oficina o filial destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del buscador, que dirige su actividad a los habitantes del Estado.
- b) Cuando la empresa matriz designa a una filial ubicada en ese Estado miembro como su representante y responsable del tratamiento de dos ficheros concretos que guardan relación con los datos de los clientes que contrataron publicidad con dicha empresa.
- c) Cuando la oficina o filial establecida en un Estado miembro traslada a la empresa matriz, radicada fuera de la Unión Europea, las solicitudes y requerimientos que le dirigen tanto los afectados como las autoridades competentes en relación con el respeto al derecho de protección de datos, aun cuando dicha colaboración se realice de forma voluntaria.

Asimismo, sobre este particular, procede recordar, en primer lugar, que el considerando 19 de la Directiva aclara que “el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de

una actividad mediante una instalación estable”, y que “la forma jurídica de dicho establecimiento, sea una simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica, no es un factor determinante”³⁸.

Para cumplir el requisito establecido en dicha disposición, es necesario además que el tratamiento de datos personales por parte del responsable del tratamiento se “lleve a cabo en el marco de las actividades” de un establecimiento de dicho responsable situado en territorio de un Estado miembro³⁹.

No obstante, el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado “por” el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice “en el marco de las actividades” de este⁴⁰.

Además, visto el objetivo de la Directiva 95/46 de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, esta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva. En este marco, cabe señalar que se desprende, concretamente de los considerandos 18 a 20 y del artículo 4 de la Directiva 95/46, que el legislador de la Unión pretendió evitar que una persona se viera excluida de la protección garantizada por ella y que se eludiera esta protección, estableciendo un ámbito de aplicación territorial particularmente extenso.

3.1.3. Ámbito material de aplicación de la Directiva 95/46

La discusión en este punto afecta a la aplicabilidad de los conceptos de “datos personales” y “tratamiento de datos personales” a un proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet, partiendo de la base de que no se discute acerca de los datos personales de los usuarios o los anunciantes, sino de datos personales publicados en páginas web fuente de terceros, tratados por el motor de búsqueda en Internet gestionado por el proveedor de servicios.

Como ya se dijo en otros momentos de este estudio, la Directiva relativa a la protección de las personas

36. *Ibid.*

37. Sentencia citada en la nota al pie núm. 5.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*

físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, proporciona una amplia definición del concepto de datos personales⁴¹. Así, la respuesta afirmativa a esta primera cuestión parece que no requiere de mucha discusión.

En relación con el “tratamiento de datos personales”, las páginas web fuente en Internet pueden incluir, y lo hacen con frecuencia, nombres, imágenes, direcciones, números de teléfono, descripciones y otras indicaciones, con la ayuda de las cuales puede identificarse a una persona física. El que su carácter como datos personales pueda ser “desconocido” para el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet, cuyo motor de búsqueda trabaja sin interacción humana alguna con los datos recopilados, indexados y dispuestos a los efectos de la búsqueda, no modifica el sentido de la afirmación efectuada para la cuestión precedente⁴². Lo mismo es de aplicación al hecho de que la presencia de datos personales en las páginas web fuente es en cierta medida aleatoria para el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet, porque para el proveedor de servicios, o, más concretamente, para las funciones de rastreo, análisis e indexado del motor de búsqueda dirigidas a todas las páginas web disponibles en Internet, pueden no existir diferencias técnicas u operativas entre una página web fuente que contiene datos personales y otra que no incluye este tipo de datos⁴³.

La función de rastreo de algunos motores de búsqueda, como *Google*, rastrea constante y sistemáticamente en Internet y, pasando de una página a otra sobre la base de los hipervínculos entre páginas, solicita a los sitios situados que le envíen una copia de la página visitada. La función de indexación de esos motores de búsqueda analiza las copias de estas páginas web fuente. Los reactivos (palabras clave, términos de búsqueda) hallados en las páginas se registran en el índice del motor de búsqueda. El elaborado algoritmo de búsqueda de los susodichos motores también examina la relevancia de los resultados de la búsqueda. Las combinaciones de estos términos clave con las direcciones URL, cuando pueden hallarse, forman el índice

del motor de búsqueda. Las búsquedas iniciadas por los usuarios se ejecutan dentro del índice. A los efectos de indexar y disponer los resultados de búsqueda, se registra la copia de las páginas en la memoria oculta del motor de búsqueda.

Una copia de la página web fuente buscada, almacenada en la memoria oculta, puede mostrarse después de que el usuario haya llevado a cabo la búsqueda. No obstante, el usuario puede acceder a la página original si, por ejemplo, busca la presentación de fotos en la página web fuente. La memoria oculta se actualiza con frecuencia, pero pueden darse casos en los que la página mostrada por el motor de búsqueda no coincide con las páginas web fuente del servidor de alojamiento, debido a que han sufrido cambios o han sido eliminadas.

Resulta obvio que las operaciones descritas en los párrafos anteriores se consideran “tratamiento de datos personales”, toda vez que se entiende que la propia presentación de datos personales en una página de resultados de un motor de búsqueda, cuya actividad consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse como tal, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46⁴⁴.

En otras palabras, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda “recoge” tales datos, que “extrae”, “registra” y “organiza” posteriormente en el marco de sus programas de indexación, “conserva” en sus servidores y, en su caso, “comunica” y “facilita el acceso” a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46, deben calificarse de “tratamiento” en el sentido de dicha disposición, sin que sea relevante que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre estos y los datos personales⁴⁵.

41. Por todas, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2003, citada en la nota al pie núm. 2, y dictamen 4/2007 del Grupo sobre protección de datos del artículo 29 sobre el concepto de datos personales.

42. Dictamen del Grupo sobre protección de datos del artículo 29, *ibid*.

43. Dictamen citado en la nota al pie núm. 34.

44. Sentencia citada en la nota al pie núm. 5.

45. *Ibid*.

Tampoco contradice la apreciación anterior el hecho de que estos datos hayan sido ya objeto de publicación en Internet y dicho motor de búsqueda no los modifique⁴⁶.

El concepto de “responsable del tratamiento”, por su parte, es un concepto funcional, destinado a asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho, y, por tanto, está basado en un análisis de hecho más que formal. De ello se deduce que el responsable del tratamiento debe determinar qué datos deben procesarse para los fines previstos⁴⁷.

La finalidad del concepto de “responsable del tratamiento” es determinar quién debe ser responsable del cumplimiento de las normas de protección de datos y asignar esta responsabilidad al lugar de la influencia de hecho. El principio de proporcionalidad requeriría que, en la medida en que un proveedor de un motor de búsqueda actúa exclusivamente como intermediario, no debiera considerarse como responsable principal del tratamiento de datos personales efectuado⁴⁸.

Ahora bien, sobre este particular, procede también poner de manifiesto que el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco de la actividad de un motor de búsqueda se distingue del efectuado por los editores de sitios de Internet, que consiste en hacer figurar esos datos en una página en Internet, y se añade a él⁴⁹.

Además, es pacífico que esta actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos, en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos⁵⁰.

Igualmente, la organización y la agregación de la información publicada en Internet efectuadas por los motores de búsqueda para facilitar a sus usuarios el acceso a ella pueden conducir, cuando la búsqueda de los usuarios se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, a que estos obtengan mediante la lista

de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que les permita establecer un perfil más o menos detallado del interesado⁵¹.

En consecuencia, en la medida en que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar, significativamente y de modo adicional, a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales, el gestor de este motor, como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva 95/46, para que las garantías establecidas en ella puedan tener pleno efecto y pueda llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada⁵².

En todo caso, el editor de páginas web que contienen datos personales es responsable del tratamiento de datos personales, en la acepción de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Como tal, el editor está sometido a todas las obligaciones que esta Directiva impone a los responsables. Por tanto, la persona que publica el contenido en la página web fuente es responsable de los datos personales publicados en esta por su condición de responsable del tratamiento, y esta persona tiene varios medios a su disposición para cumplir sus obligaciones a este respecto. Esta canalización de la responsabilidad legal es conforme con los principios establecidos de la responsabilidad del editor en el marco de los medios de comunicación tradicionales⁵³.

No obstante, la responsabilidad del editor no garantiza que los problemas de protección de datos puedan abordarse de manera definitiva recurriendo solo a los responsables del tratamiento de las páginas web fuente. Es posible que los mismos datos personales ha-

46. *Ibid.*

47. Dictamen 1/2010 del Grupo sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento”.

48. *Ibid.*

49. Sentencia citada en la nota al pie núm. 5.

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*

53. Sentencias citadas en la nota al pie núm. 24.

yan sido publicados en innumerables páginas, lo que convertiría el rastreo y el contacto con todos los editores relevantes en misión difícil, si no imposible. Además, el editor puede residir en un Estado tercero, y las páginas web de que se trata pueden estar excluidas del ámbito de aplicación de las normas de la Unión Europea sobre protección de datos. Pueden también existir obstáculos legales, como por ejemplo cuando el mantenimiento de la publicación original en Internet se haya considerado legal.

A este respecto, cabe señalar, del mismo modo, que precisamente, habida cuenta de la facilidad con que la información publicada en un sitio de Internet puede ser copiada en otros sitios, y de que los responsables de su publicación no están siempre sujetos al Derecho de la Unión, no podría llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados si estos debieran obtener con carácter previo o en paralelo la eliminación de la información que les afecta de los editores de sitios de Internet⁵⁴.

Además, el tratamiento por parte del editor de una página web, que consiste en la publicación de información relativa a una persona física, puede, en su caso, efectuarse “con fines exclusivamente periodísticos”, y beneficiarse, de este modo, en virtud del artículo 9 de la Directiva 95/46, de las excepciones a los requisitos que esta establece, mientras que ese no es el caso en el supuesto del tratamiento que lleva a cabo el gestor de un motor de búsqueda. De este modo, no puede excluirse que el interesado pueda en determinadas circunstancias ejercer los derechos recogidos en los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, contra el gestor, pero no contra el editor de dicha página web⁵⁵.

Por último, debe observarse que no solo la razón que justifica –en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46– la publicación de un dato personal en un sitio de Internet no coincide forzosamente con la que se aplica a la actividad de los motores de búsqueda, sino que, aun cuando este sea el caso, el resultado de la ponderación de los intereses en conflicto que ha de llevarse a cabo en virtud de los artículos 7, letra f), y 14, párrafo primero, letra a), de la mencionada Directiva,

puede divergir en función de que se trate de un tratamiento llevado a cabo por un gestor de un motor de búsqueda o por el editor de esta página web, dado que, por un lado, los intereses legítimos que justifican estos tratamientos pueden ser diferentes, y, por otro, las consecuencias de estos tratamientos sobre el interesado, y, en particular, sobre su vida privada, no son necesariamente las mismas⁵⁶.

En efecto, en la medida en que la inclusión, en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda llevada a cabo a partir del nombre de una persona, de una página web y de información contenida en ella relativa a esta persona facilita sensiblemente la accesibilidad de dicha información a cualquier internauta que lleve a cabo una búsqueda sobre el interesado, y puede desempeñar un papel decisivo para la difusión de esta información, puede constituir una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado que la publicación por el editor de esta página web⁵⁷.

A la luz del conjunto de consideraciones precedentes procede entender que los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellas, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita⁵⁸.

3.2. El “derecho al olvido”

A la vista de lo apuntado en el apartado precedente, la cuestión a debate en este momento es si los derechos de cancelación y bloqueo de datos, establecidos en el artículo 12, letra b), de la Directiva 95/46, y el derecho

54. Sentencia citada en la nota al pie núm. 5.

55. *Ibid.*

56. *Ibid.*

57. *Ibid.*

58. *Ibid.*

de oposición, recogido en el artículo 14, letra a), de esa misma Directiva, extienden su ámbito de aplicación para permitir al interesado contactar con los proveedores del servicio de motor de búsqueda en Internet, para evitar la indexación de la información que le afecta personalmente que ha sido publicada en páginas web de terceros. Al hacer esto, un interesado busca impedir que información potencialmente perjudicial sea conocida por parte de los usuarios de Internet, o está expresando un deseo de que esa información sea condenada al olvido, aun cuando la información de que se trate haya sido publicada legalmente por terceros. En otras palabras, ¿puede fundarse un “derecho al olvido” en los artículos 12, letra b), y 14, letra a), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos?

A todo esto trataremos de responder seguidamente en base a la doctrina más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁹.

3.2.1. Los derechos fundamentales *versus* los derechos de libertad de expresión e información y libertad de empresa

El artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza a toda persona el derecho a la protección de sus datos personales. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

A tenor del artículo 7 de la Carta, toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Esta disposición, en esencia idéntica al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, debe tenerse en cuenta al interpretar las disposiciones relevantes de la Directiva, que

obligan a los Estados miembros a proteger, en particular, el derecho a la vida privada.

En el marco del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su artículo 8 también cubre las cuestiones relativas a la protección de datos personales. Por este motivo, y de conformidad con el artículo 52, apartado 3, de la Carta, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es relevante, tanto para la interpretación del artículo 7 de la Carta como para la aplicación de la Directiva de conformidad con el artículo 8 de la Carta.

Así, a la luz de los amplios conceptos de datos personales y tratamiento en el Derecho de la Unión, que parecen desprenderse tanto de la jurisprudencia antes mencionada como de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cualquier acto de comunicación basado en medios automáticos, como las telecomunicaciones, el e-mail o las redes sociales, relativo a una persona física, constituye una interferencia putativa tal de este derecho fundamental que requiere justificarse⁶⁰.

Por ello, se desprende que, con independencia de cómo se clasifica el papel del proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet, con arreglo a la Directiva, cuando este lleva a cabo un tratamiento de datos personales mostrados en páginas web fuente de terceros, existe una interferencia con el derecho, recogido en el artículo 7 de la Carta, a la vida privada de los interesados de que se trate⁶¹. De acuerdo con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, toda interferencia en el ejercicio de los derechos reconocidos deberá ser establecida por la ley y ser necesaria en una sociedad democrática. Los límites están establecidos en la Directiva, y por tanto, por la ley, como requiere el Convenio. Por ello, cuando se interpreta la Directiva, la labor versa precisamente sobre la interpretación de los límites fijados al tratamiento de datos por parte de personas de Derecho privado a la luz de la Carta. En este sentido, hay que reseñar que el derecho

59. *Ibid.*

60. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de diciembre de 1992, demanda 13710/88, y sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09.

61. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2010, citada en la nota al pie núm. 24.

fundamental a la protección de la vida privada puede invocarse como límite, incluso cuando la información de que se trate se haya hecho ya pública⁶².

De ello se deriva la cuestión de si existe una obligación positiva de la Unión Europea y de sus Estados miembros de aplicar un derecho al olvido frente a los proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet, que son personas de Derecho privado⁶³. Esto lleva, a su vez, a plantearse si existe justificación de la interferencia en los artículos 7 y 8 de la Carta, y a examinar la relación con los derechos concurrentes de libertad de expresión y de información y con la libertad de empresa, con los que el derecho del interesado a su vida privada debe ponerse en equilibrio.

Por su parte, la libertad de expresión e información está consagrada en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concordante con el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶⁴.

El derecho de los usuarios de Internet a buscar o recibir información disponible en la Red está protegido por el artículo 11 de la Carta⁶⁵. Y este derecho afecta tanto a la información contenida en las páginas web fuente cuanto a la información proporcionada por los motores de búsqueda.

Los editores de páginas web disfrutan igualmente de protección con arreglo al artículo 11 de la Carta. Poner contenidos a disposición del público en Internet equivale, como tal, a la libertad de expresión⁶⁶, máxime cuando el editor ha enlazado su página a otras y no ha limitado su indexación o archivo por parte de los motores de búsqueda, indicando de este modo su deseo de que su contenido se difunda ampliamente. La publicación en la web es un medio para que los particulares participen en debates o difundan sus propios contenidos, o contenidos cargados por otros, en Internet.

Los proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet comerciales ofrecen sus servicios de localización de información, en el marco de actividad empresarial que tiene por objeto obtener beneficios de la publicidad a partir de palabras clave. Ello los convierte en empresas, cuya libertad reconoce el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea con arreglo al Derecho de la Unión Europea y al Derecho nacional⁶⁷.

Por otra parte, los derechos fundamentales expuestos en el subapartado anterior no son absolutos. Al contrario, pueden limitarse, siempre que exista una justificación aceptable a la luz de los requisitos establecidos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta⁶⁸.

Es posible, sin embargo, que la responsabilidad secundaria de los proveedores de servicio de motor de búsqueda con arreglo al Derecho nacional implique la existencia de deberes que exijan bloquear el acceso a páginas web de terceros con contenidos ilegales, como las páginas web que vulneran derechos de propiedad intelectual, o que muestran información injuriosa o delictiva⁶⁹.

No obstante, todos estos argumentos deben ser actualizados a la luz de la más reciente jurisprudencia⁷⁰, como expondremos seguidamente.

De esta forma, aunque el artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, permite inicialmente el tratamiento de datos realizado por un motor de búsqueda, y ello en base al –legítimo– interés empresarial y económico, este, sin embargo, no predomina sobre los derechos y libertades del interesado, y, en concreto, sobre la protección de sus datos personales. Y tampoco el derecho fundamental a la

62. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de diciembre de 2010, demanda núm. 24061/04.

63. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de abril de 2013, demandas núms. 59320/00 y 7075/10.

64. Por todas, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de febrero de 2008, demanda núm. 14277/04, y sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2001, citada en la nota al pie núm. 23.

65. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2010, asunto C-360/10.

66. Auto del presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2007, asunto C-73/07.

67. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, y sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2010, citadas en la nota al pie núm. 65.

68. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08 a 320/08.

69. Dictamen citado en la nota al pie núm. 34.

70. Sentencia citada en la nota al pie núm. 5.

información, ni la –hipotética– consideración de “medio de comunicación”, o la supuesta neutralidad en la Red, puede avalar la actividad de los buscadores, tal y como habitualmente argüían estos. Como tampoco los internautas tienen un interés legítimo suficiente que pueda prevalecer sobre el de aquellos que persiguen la cancelación de sus datos en los resultados de búsquedas.

Por consiguiente, el valor jurídico de la actividad de los buscadores ha quedado depuesto a los términos expuestos, lo cual va a implicar que habrá que hacer una interpretación ponderada de la normativa, de tal suerte que los ciudadanos vean priorizados los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre otros, igualmente legítimos y apreciables, pero que el ordenamiento jurídico sitúa en un nivel inferior a aquellos.

En consecuencia, los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, deben interpretarse en el sentido de que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que este puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas –como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública–, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.

3.2.2. Los derechos de rectificación, supresión, bloqueo y oposición

Los derechos de rectificación, supresión y bloqueo de datos establecidos en el artículo 12, letra b), de la Directiva 95/46, se refieren a datos cuyo tratamiento no cumple lo dispuesto en la Directiva, en particular debido al carácter incompleto o inexacto de los mismos.

Por su parte, el artículo 14, letra a), de la nombrada Directiva, obliga a los Estados miembros a reconocer al interesado el derecho a oponerse, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. Ello es de aplicación en particular a los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, esto es, cuando el tratamiento es necesario en relación con un interés público, o para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por terceros. Además, en virtud del artículo 14, letra a), en caso de oposición justificada, “el tratamiento que efectúe el responsable” no podrá referirse ya a esos datos.

En las situaciones en las que se considera que los proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet son responsables del tratamiento de datos personales, el artículo 6, apartado 2, de la Directiva les obliga a ponderar los intereses del responsable del tratamiento de los datos, o de los terceros en cuyo interés se tratan los datos, con los del interesado.⁷¹

En relación con el artículo 12, letra b), es necesario recordar que, a tenor del artículo 6 de la Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y sin perjuicio de las disposiciones específicas que los Estados miembros puedan establecer para el tratamiento con fines históricos, estadísticos o científicos, incumbe al responsable del tratamiento garantizar que los datos personales sean “tratados de manera leal y lícita”, que sean “recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines”, que sean “adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente”, que sean “exactos y, cuando sea necesario, actualizados”,

71. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, citada en la nota al pie núm. 67.

y, por último, que sean “conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente”. En este marco, el mencionado responsable debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a los requisitos de esta disposición sean suprimidos o rectificadas⁷².

Por ello, tal incompatibilidad puede resultar no solo de que los datos sean inexactos, sino, en particular, de que sean inadecuados, no pertinentes y excesivos en relación con los fines del tratamiento, de que no estén actualizados o de que se conserven durante un período superior al necesario, a menos que se imponga su conservación por fines históricos, estadísticos o científicos⁷³.

Se deduce de estos requisitos, establecidos en el artículo 6, apartado 1, letras c) a e), de la Directiva 95/46, que incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva, cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron. Este es el caso, en particular, cuando son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes, o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido⁷⁴.

Por consiguiente, en el supuesto en que se aprecie, tras una solicitud del interesado en virtud del artículo 12, letra b), de la Directiva 95/46, que la inclusión en la lista de resultados obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada, a partir de su nombre, de vínculos a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, es, en la situación actual, incompatible con dicho artículo 6, apartado 1, letras c) a e), debido a que esta información, habida cuenta del conjunto de las circunstancias que caracterizan el caso de autos, es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda, la información y los vínculos de dicha lista de que se trate deben eliminarse⁷⁵.

En lo que atañe a las solicitudes en el sentido de este artículo 12, letra b), basadas en el supuesto incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46, y con arreglo al artículo 14, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva, ha de señalarse que cada tratamiento de datos personales debe ser legítimo, en virtud del artículo 7, durante todo el período en el que se efectúa⁷⁶.

Visto lo que antecede, al apreciar tales solicitudes presentadas contra un tratamiento como el controvertido en el litigio principal, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de este. Al respecto, cabe señalar que la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado⁷⁷.

Ya que el interesado puede, habida cuenta de sus derechos con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, es necesario considerar, como se desprende, en particular, del apartado 81 de la presente sentencia, que estos derechos prevalecen, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas –como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública–, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate⁷⁸.

En relación con una situación como la del litigio principal, que se refiere a la presentación, en la lista de resultados que el internauta obtiene al efectuar una búsqueda a partir del nombre del interesado con ayuda de *Google Search*, de vínculos a dos páginas de ar-

72. Sentencia citada en la nota al pie núm. 5.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*

76. *Ibid.*

77. *Ibid.*

78. *Ibid.*

chivos en línea de un periódico que contienen anuncios que mencionan el nombre de esta persona, y relativos a una subasta inmobiliaria vinculada a un embargo por deudas a la Seguridad Social, es preciso considerar que, teniendo en cuenta el carácter sensible de la información contenida en dichos anuncios para la vida privada de esta persona y que su publicación inicial se remonta a 16 años atrás, el interesado justifica que tiene derecho a que esta información ya no se vincule a su nombre mediante esa lista. Por tanto, en la medida en que en el caso de autos no parecen existir razones concretas que justifiquen un interés preponderante del público en tener acceso a esta información en el marco de tal búsqueda, el interesado puede, en virtud de los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, exigir que se eliminen estos vínculos de la lista de resultados⁷⁹.

Por consiguiente, en la actualidad, estamos en presencia de un modelo de garantía de derecho al olvido ponderado, equilibrado, individualizado, motivado y justificado en función de las particulares circunstancias de los solicitantes. Un modelo que posibilita al interesado oponerse, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación individual, a que los datos que le afecten sean objeto de tratamiento, excepto cuando la normativa nacional disponga otra cosa o existan derechos, intereses o libertades que tuvieran una superior consideración por el legislador.

Como quiera, además, que el tratamiento de datos personales por parte de los motores de búsqueda puede implicar una intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos, aquellos están obligados a eliminar los resultados obtenidos rastreando el nombre de una persona en páginas web, publicados por terceros, aunque no se borren previa o simultáneamente de dichas webs, e, incluso, aunque la publicación sea lícita. Es más, es improcedente alegar el principio de proporcionalidad para requerir que las solicitudes de cancelación deban dirigirse en exclusiva al editor del sitio de Internet, ni para sostener que la imposición de tal obligación al buscador vulnera los derechos fundamentales de los webmasters, del resto de internautas y del propio motor de búsqueda. Más bien lo contrario: ante el peligro presumible de tal intromisión, el ejercicio del derecho de oposición no exigirá un especial esfuerzo para su motivación, ya que –

como hemos apuntado anteriormente– no cabe oponerle ni el interés económico, ni la libertad de empresa, ni la libertad de expresión e información.

Concluyendo, se podría decir que el efusivo poderío del derecho al olvido ante los motores de búsqueda resulta descomunal, y no presenta más confín que el que provenga de la evaluación del interés público de informaciones personales equilibrado, sobre razones concretas, con la intrusión suscitada en derechos fundamentales como la intimidad o la protección de datos personales.

4. Transferencia automática de datos personales de un usuario que lleva a cabo una búsqueda mediante un motor de búsqueda en Internet, al proveedor de servicios de ese motor de búsqueda

Los motores de búsqueda, como se ha apuntado recientemente, se han convertido en un instrumento de gran utilidad e importancia para las personas que utilizan Internet y tecnologías de recuperación de datos.

En virtud de la Directiva 95/46, existen una serie de servidumbres que incumben a los proveedores de motores de búsqueda en calidad de responsables del tratamiento de datos. Como proveedores de datos de contenido (esto es, el índice de los resultados de la búsqueda), los motores de búsqueda están sujetos a la legislación europea en materia de protección de datos en casos particulares, por ejemplo si proponen un servicio de almacenamiento en una memoria oculta, o si se especializan en crear perfiles de personas.

Por ello, deberá existir un equilibrio entre las necesidades legítimas de los proveedores de motores de búsqueda en el ejercicio de su actividad y la protección de los datos personales de los internautas.

El Grupo sobre protección de datos del artículo 29, creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en su función de órgano consultivo independiente en materia de protección de datos e intimidad, ha abordado la definición de motores de búsqueda, los tipos de datos tratados en el marco de

79. *Ibid.*

los servicios de búsqueda, el marco jurídico, las finalidades/razones del tratamiento legítimo, la obligación de informar a los interesados, y los derechos de los interesados. Y el nombrado Grupo establece las conclusiones siguientes⁸⁰:

- a) La Directiva 95/46 se aplica generalmente al tratamiento de datos personales por los motores de búsqueda, incluso cuando su sede se encuentra fuera del Espacio Económico Europeo.
- b) Los proveedores de motores de búsqueda con sede fuera del Espacio Económico Europeo deberían informar a sus usuarios de las condiciones en que deben cumplir la Directiva 95/46, así como de la utilización de medios que se encuentren en el territorio de un Estado miembro.
- c) La Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, no se aplica a los motores de búsqueda en Internet.
- d) Los motores de búsqueda solo podrán tratar datos personales con fines legítimos, y la cantidad de datos debe ser pertinente y no excesiva con relación a los fines previstos.
- e) Los proveedores de motores de búsqueda deben suprimir y hacer anónimos los datos personales (de manera irreversible y eficaz) una vez que no sean ya necesarios para el fin para el que se habían recogido. Los proveedores de motores de búsqueda deben desarrollar programas adecuados para lograr el anonimato.
- f) Los periodos de conservación deberían reducirse al mínimo y ser proporcionales al fin previsto por los proveedores de motores de búsqueda. A la luz de las explicaciones iniciales dadas por los proveedores de motores de búsqueda con respecto a los posibles fines de la recogida de datos personales, no se observa razón para conservar estos datos más allá de seis meses. La legislación nacional puede sin embargo exigir que los datos personales se supriman antes. Si los proveedores de motores de búsqueda conservan los datos personales más de seis meses, deben demostrar

de manera detallada que ello es estrictamente necesario para el servicio. En cualquier caso, la información relativa al periodo de conservación de los datos elegido por los proveedores de motores de búsqueda debe ser fácilmente accesible en su página inicial.

- g) Si bien los proveedores de motores de búsqueda recogen inevitablemente algunos datos personales relativos a los usuarios de sus servicios, como la dirección IP, a resultados de un tráfico HTTP normal, no es necesario recoger datos personales suplementarios de los usuarios individuales para poder prestar el servicio o proponer resultados de búsqueda y publicidad.
- h) Si los proveedores de motores de búsqueda utilizan *cookies*, su duración de vida no debería ser más larga de lo necesario. Al igual que las *cookies* de Internet, solo deberían instalarse *cookies* flash si se proporciona información transparente sobre las razones de su instalación y sobre cómo acceder a esta información, modificarla y suprimirla.
- i) Los proveedores de motores de búsqueda deben proporcionar a los usuarios información clara e inteligible sobre su identidad y su situación, así como sobre los datos que prevén recoger, almacenar o transmitir, y sobre la finalidad de la recogida de estos datos.
- j) El enriquecimiento de los perfiles de usuarios con datos no proporcionados por los propios usuarios debe hacerse con el consentimiento de estos.
- k) Si los proveedores de motores de búsqueda ofrecen medios para conservar los historiales de búsqueda, deben obtener el consentimiento del usuario.
- l) Los motores de búsqueda deben respetar la elección de los editores de los sitios de Internet de no participar en sus servicios, indicando que el sitio de Internet en cuestión no debe explorarse ni indexarse, ni incluirse en la memoria oculta de los motores de búsqueda.
- m) Cuando los proveedores de motores de búsqueda cuentan con una memoria oculta en la que los datos personales están disponibles durante mucho más tiempo que en la publicación original, deben respetar el derecho de los inte-

80. Dictamen citado en la nota al pie núm. 34.

resados a que se retiren los datos excesivos o incorrectos de su memoria oculta.

- n) Los proveedores de motores de búsqueda especializados en la creación de operaciones de valor añadido, tales como los perfiles de personas físicas (llamados “motores de búsqueda de personas”) y los programas de reconocimiento facial de imágenes, deben tener una razón legítima para tratar los datos personales, como el consentimiento del interesado, y deben cumplir todos los demás requisitos de la Directiva sobre protección de datos, como la obligación de garantizar la calidad de los datos y la equidad del tratamiento.
- o) Los usuarios de los servicios de motores de búsqueda tienen derecho a acceder, examinar y, en su caso, corregir, con arreglo al artículo 12 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, todos sus datos personales, incluidos su perfil y sus historiales de búsqueda.
- p) Solo puede efectuarse la correlación cruzada de datos procedentes de distintos servicios pertenecientes al proveedor del motor de búsqueda si el usuario ha dado su consentimiento para este servicio específico.

Por su parte, con fecha de 16 de octubre de 2012, las Autoridades europeas de protección de datos han publicado sus conclusiones respecto de la nueva política de privacidad implementada por *Google* en el mes de marzo de 2012, tras meses de investigación liderada por la Autoridad francesa de protección de datos (CNIL).

Tras analizar las respuestas y la documentación proporcionada por *Google*, las Autoridades concluyen que este no proporciona suficiente información a los usuarios sobre sus operaciones de tratamiento de datos. Asimismo, consideran que *Google* no ofrece al usuario un control sobre el modo en que sus datos se combinan entre sus diferentes servicios.

Por ello, las Autoridades europeas requirieron a *Google* para que ofreciese una información más clara y completa sobre los datos que se recogen, y las distintas finalidades de cada una de las múltiples operaciones de tratamiento de datos que lleva a cabo. En relación con la combinación de datos entre servicios, las auto-

ridades emplazaron a *Google* a que reforzase el consentimiento para las combinaciones que se basan en la autorización de los usuarios, y a que ofreciese mejores posibilidades para que los usuarios puedan oponerse al tratamiento de sus datos en los casos en que las operaciones de tratamiento no precisan consentimiento.

Las Autoridades europeas remitieron estas recomendaciones a *Google* para darle la oportunidad de mejorar su nueva política de privacidad, con la esperanza de que el mismo tomase medidas eficaces para cumplir rápidamente con estas recomendaciones.

Recientemente (en junio de 2013) la Agencia Española de Protección de Datos ha abierto un procedimiento sancionador a *Google*, en relación con la nueva política de privacidad unificada para la mayor parte de sus servicios e implantada por la compañía en marzo del año 2012.

El procedimiento tiene por objeto esclarecer, entre otros aspectos, si la combinación de datos procedentes de diversos servicios cumple las garantías de información a los usuarios, si las finalidades y la proporcionalidad para las que se utiliza la información legitiman el tratamiento de los datos, y si los periodos de conservación y las opciones para que los usuarios ejerzan sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición cumplen con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El inicio de este procedimiento sancionador se produce tras finalizar las investigaciones previas que, en el marco de una acción coordinada con las Autoridades de Protección de Datos de Alemania, Francia, Holanda, Italia y Reino Unido, fueron realizadas por la Agencia Española de Protección de Datos, y que han permitido constatar la existencia de indicios de la comisión de un total de seis infracciones –cinco de ellas graves y una leve– de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

En el transcurso de las investigaciones llevadas a cabo, la Agencia Española de Protección de Datos ha constatado la existencia de los siguientes indicios:

- a) *Google* no informa claramente sobre el uso que va a hacer de los datos que recoge de los usuarios, por lo que estos no pueden conocer de forma precisa qué fin justifica la recogida de sus datos personales, ni la utilización que se hará de los mismos.
- b) En el marco de la unificación de políticas de privacidad, es posible que *Google* pueda combinar

la información personal de un servicio con la de otros, y utilizarla para otras finalidades. La ausencia de información por parte de *Google* podría implicar que el tratamiento de datos que realiza fuera ilegítimo.

- c) *Google* podría estar haciendo un tratamiento desproporcionado de los datos de sus usuarios, ya que en su política de privacidad advierte de que podrá utilizar los datos recabados de forma ilimitada en todos sus servicios, presentes y futuros.
- d) *Google* podría estar conservando los datos de sus usuarios por tiempo indeterminado o injustificado. La ley establece que los datos personales deben ser cancelados una vez que hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que fueron recabados, y *Google* los mantiene más allá de estos plazos.
- e) La Agencia Española de Protección de Datos considera que el ejercicio de derechos por parte de los usuarios podría verse obstaculizado e incluso impedido, ya que las herramientas que ofrece *Google* para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición se encuentran dispersas, no están disponibles para todos los usuarios, son incompletas y aparecen con denominaciones que no siempre se corresponden con la materia de que se trata.

5. Reflexión final

A modo de reflexión final, y con una finalidad preventiva ante la numerosa problemática que hemos expuesto, parece más que oportuno traer a colación el llamamiento que, con motivo de la celebración, el 17 de mayo de 2013, del Día Mundial de las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información –también conocido como Día de Internet–, hizo la Agencia Española de Protección de Datos para recordar a los ciudadanos la importancia de proteger adecuadamente sus datos personales en la Red.

La Agencia Española de Protección de Datos destaca cinco aspectos clave para reforzar la protección de la privacidad:

- a) Dispositivos móviles.– Los *smartphones* y tabletas almacenan gran cantidad de información personal. Si caen en manos de un tercero, este

podría acceder a las aplicaciones, correos electrónicos, fotografías y vídeos de su propietario, por lo que es fundamental proteger el teléfono con una clave. En cuanto a las aplicaciones móviles, es recomendable que, antes de instalarlas, el usuario preste especial atención al tipo de datos personales que pueden recoger, y qué uso hará el desarrollador de esa información.

- b) Redes sociales.– Las redes sociales pueden ser una importante fuente de información personal. Es esencial revisar periódicamente la configuración de privacidad del perfil personal y de quién puede ver los datos que publica. También es importante no difundir imágenes o vídeos de terceros sin su consentimiento.
- c) Hábitos de navegación.– Las *cookies* son pequeños archivos que se instalan durante la navegación y permiten, entre otras funciones, conocer en detalle los hábitos de comportamiento online del usuario. Es recomendable borrarlas regularmente y conocer que existen fórmulas para evitar dejar un rastro de los sitios que se visitan, como la navegación privada.
- d) Geolocalización.– Esta tecnología, presente en multitud de redes sociales y aplicaciones móviles, puede llegar a revelar detalles y pautas de conducta sobre la vida privada del usuario. Debe difundirse la ubicación personal solo cuando se considere necesario.
- e) Menores.– Los niños, aunque sean nativos digitales, son particularmente vulnerables en el mundo *online*, por lo que el entorno familiar y escolar adquiere especial relevancia. Navegar con ellos y hacerles comprender la trascendencia de intercambiar datos personales y fotografías en Internet son elementos fundamentales.

Asimismo, se recuerda que la Agencia Española de Protección de Datos, que forma parte del Comité de Impulso de la iniciativa coordinada por la Asociación de Usuarios de Internet (AUI), con el objetivo de fomentar una cultura de protección de los datos personales en el contexto de la Red, dispone de una sección web donde el ciudadano puede encontrar información clara, sencilla y práctica sobre las medidas y precauciones que debe tener en cuenta para navegar por Internet, utilizar servicios o instalar aplicaciones de forma segura, así como una serie de guías en las que se detallan los derechos de los ciudadanos al respecto. ■

Las ordenanzas municipales y la jurisprudencia reciente*

Eduardo Paricio Rallo

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

1. El problema de la reserva de ley en el ámbito local
2. El marco de la Ley de Bases del Régimen Local
3. La introducción de ilícitos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales
 - 3.1. Velo integral y libertad religiosa
 - 3.2. Nudismo
 - 3.3. Prostitución en la vía pública y mendicidad
4. Las sanciones no pecuniarias
5. El decomiso de mercancías e instrumentos utilizados en la infracción
6. Culpabilidad y responsabilidad
 - 6.1. Solidaridad por comisión colectiva de la infracción
 - 6.2. Responsabilidad de padres o tutores
 - 6.3. El comportamiento pasivo

Resumen

Este artículo aborda la potestad municipal de ordenanza y los límites que el principio de reserva de ley establece para la introducción de tipos sancionadores, y, en general, en materia sancionadora. El trabajo se centra en la jurisprudencia reciente emitida a propósito de las ordenanzas de convivencia ciudadana, tanto en lo que se refiere a la potestad sancionadora municipal en general, cuanto en aspectos concretos tales como la regulación del uso del velo integral, el nudismo, la mendicidad o la prostitución en la vía pública, así como en otras facetas del régimen sancionador como las sanciones no pecuniarias, el decomiso de mercancías o la culpabilidad en las infracciones y la responsabilidad en cuanto a las sanciones.

Palabras clave: potestad reglamentaria de los ayuntamientos; ordenanzas de convivencia ciudadana; vía pública; infracciones y sanciones municipales; régimen sancionador.

Municipal ordinances and recent case-law

Abstract

This article examines the power to pass municipal ordinances and the limits that establishes the principle of the rule of law regarding the sanction of new conducts and, in general, when the sanction power is exercised. This article focuses on the recent case-law on the security and coexistence municipal ordinances in relation to the sanction power of the municipality; the regulation of the full-body veil, nudism, vagrancy and begging, prostitution in the public space; the non-pecuniary sanctions, the confiscation of goods or the culpability in the infractions framework and the accountability related to sanctions.

Keywords: normative power of municipalities; security and coexistence municipal ordinances; public space; municipal infractions and sanctions; penalty system.

Artículo recibido el 20/05/2014; aceptado el 01/11/2014.

* Ponencia presentada en el quinto seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2014*, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 23 de mayo de 2014.

1. El problema de la reserva de ley en el ámbito local

La potestad de ordenanza es un instrumento esencial de que disponen los municipios para ordenar las relaciones de convivencia y las pautas de comportamiento de los ciudadanos en las materias de su competencia. Se trata de una potestad de tradición histórica incuestionable que conlleva la capacidad para sancionar el eventual incumplimiento de las normas locales.

A pesar de esta venerable tradición, sucede que las potestades de ordenanza y sancionadora topan en el Estado constitucional con un obstáculo como es el principio de reserva de ley, específicamente en lo que se refiere a la tipificación de infracciones y sanciones.

Ciertamente el fundamento dogmático de la reserva de ley es incuestionable, puesto que toma pie en el imperativo democrático y en el principio de separación de poderes, de forma que solo el Parlamento, en tanto que expresión de la soberanía, tiene la capacidad para introducir restricciones significativas en la libertad del ciudadano y establecer penalizaciones. Un principio que queda fijado en el artículo 25 de la Constitución Española y en los artículos 127.1 y 129 de la Ley 30/1992.

El caso es que el pleno municipal no es un Parlamento ni puede dictar normas con rango de ley. Ahora bien, no es menos cierto que se trata de un órgano de legitimación democrática directa. Este dato esencial impide trasladar en bloque al ámbito local una doctrina pensada para un marco diferente, que es el de las relaciones Parlamento-Gobierno.

Sea como fuere, la reserva de ley, tal y como tradicionalmente ha quedado establecida en el ámbito sancionador, supone la necesidad de que las infracciones y las correspondientes sanciones queden definidas en ley previa y en ley cierta. A este planteamiento se añade, como se ha apuntado, un requisito de carácter jurídico formal en el sentido de que la norma sancionadora debe revestir necesariamente el rango de ley. Tal requisito se atempera relativamente en el ámbito de las sanciones administrativas, donde se admite la función colaboradora del reglamento. El Tribunal Supremo ha resumido en la sentencia de 20 de diciembre de 1999 (recurso núm. 429/1997) los parámetros que tanto la jurisprudencia constitucional como la propia han establecido sobre la cuestión:

“a) La norma de rango legal debe determinar suficientemente los elementos esenciales de la conducta

antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. b) No resulta constitucionalmente admisible la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y para el establecimiento de las correspondientes consecuencias sancionadoras. c) El art. 25.1 CE prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia. d) Resulta admisible la norma reglamentaria que se limita, sin innovar las infracciones y sanciones en vigor, a aplicar éstas a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico del sistema preestablecido”.

En definitiva, la cuestión es que la norma legal de remisión o habilitación del reglamento debe determinar de forma suficiente los elementos esenciales de la conducta antijurídica, de tal manera que las infracciones sean identificables por su destinatario en la norma con rango de ley (STC núm. 3/1988).

Este planteamiento es incuestionable como construcción dogmática en un Estado democrático –democrático, aunque jacobino–; ahora bien, supone una limitación muy significativa sobre la capacidad de las Administraciones para instituir infracciones y sanciones, puesto que su capacidad es meramente vicaria o subalterna. Por ello, en caso de que no exista ley de cobertura o de que la misma sea insuficiente, no es posible que la ordenanza municipal aborde esta materia.

Este planteamiento, inicialmente restrictivo, experimentó un cambio muy significativo a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 132/2001, primero, y de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003, después.

En efecto, la punta de lanza que permite flexibilizar el principio de legalidad en materia sancionadora es el principio de autonomía local, también constitucional. Ambos principios deben conjugarse de forma que uno no desplace al otro. Este juego de valores impide extender mecánicamente al ámbito local la doctrina que rige la relación ordinaria ley-reglamento.

El Tribunal Constitucional determina en este sentido lo siguiente:

“En forma similar a como acabamos de recordar en relación con la reserva de ley tributaria, también la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y san-

ciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios-conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador.

“Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción.

“En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica” (STC núm.132/2001).

Así pues, la cuestión está en que la ley determine un marco suficientemente preciso como para satisfacer el principio de reserva de ley, pero que al mismo tiempo permita a las Administraciones locales un margen de maniobra de regulación. Es este un equilibrio complejo, específicamente en ámbitos como las relaciones de convivencia, puesto que la riqueza de tales relaciones, la variedad de aspectos y materias afectados y la misma heterogeneidad de los municipios, de sus res-

pectivos valores culturales y sociales, incluso las legítimas orientaciones políticas de sus Gobiernos, dificultan la determinación de un cuerpo legislativo común que proporcione cobertura exacta y precisa a esa enorme variedad de ilícitos potenciales. A ello se añade que la Ley es un instrumento pesado, de gestación complicada y lenta capacidad de adaptación a situaciones cambiantes. Sin embargo, la vida social, los comportamientos vecinales y las actitudes de los ciudadanos, están en una constante y viva evolución.

La progresión fue llevada más allá por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de septiembre de 2003 –recurso núm. 5167/1998–. El Tribunal parte del hecho de que las potestades reglamentaria y sancionadora quedan reconocidas con carácter general a las Administraciones locales, y forman parte nuclear del principio de autonomía local, considerando que no tendría sentido que a estas Administraciones se les reconozca la potestad de reglamentar un sector y en cambio no puedan sancionar su incumplimiento. Si el reglamento municipal no puede imponerse, no dispone de una garantía normativa. De ahí se deduce la existencia de una suerte de potestad sancionadora implícita en las competencias nucleares de la Administración local:

“[...] parece claro que si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades locales, sin duda para ordenar los asuntos públicos de su competencia, y no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los supuestos titulares de la potestad reglamentaria, en este caso los entes locales, no tienen una capacidad efectiva de llevar a cabo la ordenación. Es palmario que una norma que puede incumplirse sin consecuencia alguna puede carecer por completo de efectividad. Por ello, si es ésta la situación se está ante una disminución de la autonomía local contraria al precepto de la Carta”.

Una potestad que le permite incluso establecer infracciones y sanciones sin cobertura legal específica siempre que se den las siguientes condiciones:

- que “se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio público...”); el segundo se refiere al supuesto en que “los Ayuntamientos actúen en ejercicio de competencias propias que, por así decirlo, tengan el carácter de nucleares y lleven anejas potestades implícitas de regulación”);
- o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o Comunidad

Autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad;

- que el establecimiento de infracciones y sanciones sea una garantía indispensable para el cumplimiento de la Ordenanza;
- que no se contravengan leyes vigentes.

2. El marco de la Ley de Bases del Régimen Local

El problema fue abordado mediante una modificación de la Ley de Bases del Régimen Local efectuada por la Ley 57/2003, específicamente en sus artículos 139 a 141, que admiten la potestad municipal para determinar tipos infractores en los aspectos que la misma Ley determina genéricamente:

“Artículo 139. Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias

“Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.

“Artículo 140. Clasificación de las infracciones

“1. Las infracciones a las ordenanzas locales a que se refiere el artículo anterior se clasificarán en muy graves, graves y leves.

“Serán muy graves las infracciones que supongan:

“a) Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

“b) El impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

“c) El impedimento o la grave y relevante obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público.

“d) Los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público.

“e) El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

“f) Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana.

“2. Las demás infracciones se clasificarán en graves y leves, de acuerdo con los siguientes criterios:

“a) La intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o actividades.

“b) La intensidad de la perturbación causada a la salubridad u ornato públicos.

“c) La intensidad de la perturbación ocasionada en el uso de un servicio o de un espacio público por parte de las personas con derecho a utilizarlos.

“d) La intensidad de la perturbación ocasionada en el normal funcionamiento de un servicio público.

“e) La intensidad de los daños ocasionados a los equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público.

“Artículo 141. Límites de las sanciones económicas

“Salvo previsión legal distinta, las multas por infracción de Ordenanzas locales deberán respetar las siguientes cuantías:

“Infracciones muy graves: hasta 3.000 euros.

“Infracciones graves: hasta 1.500 euros.

“Infracciones leves: hasta 750 euros”.

Este es el marco legislativo que viene a dar cobertura a las ordenanzas municipales. Se trata ciertamente de un marco general. Difícilmente podría ser de otra forma, puesto que la variedad de comportamientos susceptibles de afectar a la convivencia y al buen uso de la vía pública y los servicios públicos es tendencialmente infinita. Por otro lado, los comportamientos susceptibles de ser socialmente aceptados o rechazados varían en función de las características, la tradición o la cultura de cada colectividad local. Un localismo que no puede ser abordado por una ley, de carácter necesariamente general.

La reforma de 2003 intenta dar respuesta al problema a partir de un marco legal ciertamente general. Precisamente la suficiencia del marco legal es una duda que ha planeado constantemente en los pleitos entablados contra las ordenanzas municipales. La inconstitucionalidad de la Ley por deslegalizar en exceso ha sido en este sentido una alegación recurrente.

La cuestión no es sencilla, puesto que las ordenanzas de convivencia cívica suelen ser sumamente prolijas

en cuanto a las materias o temas que abordan. Así, es usual que se incluyan obligaciones o prohibiciones tan heterogéneas como la práctica de juegos en la calle, el consumo de bebidas alcohólicas, el tendido de ropa en las aberturas de los edificios, la colocación de carteles, las manifestaciones, la higiene personal, acampar en la vía pública, los ruidos, la venta ambulante, bañarse en las fuentes, el abandono de residuos, la vestimenta personal, olores, limpieza, cazar o maltratar pájaros u otros animales... Como se comprende, no es posible asegurar una cobertura legislativa precisa en materias tan dispares.

Pues bien, hasta ahora el marco legislativo de 2003 no ha sido cuestionado por la jurisprudencia. En términos generales, los tribunales lo han considerado suficiente como para confirmar el grueso de los ilícitos tipificados en las ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia y el uso de espacios y servicios públicos.

Uno de los aspectos esenciales confirmados es la admisión de la tipificación mediante conceptos jurídicos indeterminados. Ciertamente no sería posible pre-determinar los ilícitos de forma exacta, puesto que, como se ha dicho, los comportamientos vecinales susceptibles de resultar antisociales son sumamente variados, y, en buena medida, surgen imprevisiblemente como consecuencia de la evolución en los comportamientos sociales. En este contexto no queda más remedio que construir los tipos infractores echando mano a conceptos o referencias un tanto inconcretos como, por ejemplo, “menosprecio a la dignidad de las personas”, “hacer un uso impropio de los espacios públicos”, o “pautas mínimas generalmente admitidas en relación con la forma de vestir”.

El caso es que la posibilidad de tipificar infracciones sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados es una opción admitida por la jurisprudencia, siempre que el concepto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable y que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia (STC núm. 149/1991).

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha planteado en diversas ocasiones el tema, con el resultado de avalar las ordenanzas impugnadas en cuanto a los tipos infractores. La sentencia de 7 de abril de 2010 (recurso núm. 145/2010) es una muestra de tal postura jurisprudencial cuando considera que la Ley de Bases del Régimen Local da cobertura suficiente a los ilícitos tipificados, en este caso por el Ayuntamiento de Lleida,

al determinar los aspectos nucleares de la antijuricidad de las conductas prohibidas o sancionadas.

Así pues, hemos pasado de una doctrina inicial sumamente restrictiva en cuanto a la posibilidad de tipificación de ilícitos mediante ordenanzas municipales, a una situación mucho más fluida a partir de la jurisprudencia de los años 2001-03.

Sin embargo, la cuestión no ha quedado aún estabilizada. El debate y las soluciones jurisprudenciales se han situado en un terreno muy casuístico, en el que la suficiencia de cobertura legal se convierte en una apreciación bastante subjetiva que el órgano jurisdiccional efectúa ilícito por ilícito.

Por otro lado, no se puede decir que el avance del período 2001-03 esté consolidado. Como se verá, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 14 de febrero de 2013 ha supuesto un retroceso significativo.

Sea como fuere, una vez transcurrido un tiempo prudencial de rodaje de este nuevo marco legal, conviene poner de relieve los aspectos en los que la cobertura legal se ha manifestado insuficiente.

3. La introducción de ilícitos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales

Buena parte de las actividades que se desarrollan en la vía pública son expresión de derechos fundamentales. Así sucede, por ejemplo, con el derecho a la libertad y a la seguridad, el de libre circulación, los de reunión y manifestación, la libertad religiosa y de creencias, o el derecho a la intimidad personal y la propia imagen. Es en el ágora donde se manifiesta la vertiente social del individuo.

La cuestión es que, según impone el artículo 81 de la Constitución, el desarrollo de los derechos fundamentales es una materia reservada no ya a la ley, sino a la ley orgánica.

Tal requisito ha sido matizado por el Tribunal Constitucional:

“Es desde luego cierto que el art. 81.1 de la Constitución, concerniente a las normas ‘relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas’, tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesari-

rios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites [SSTC 160/1987, 161/1987, 57/1989 y 132/1989, entre otras]. [...] En palabras de la STC 77/1985 ‘las peculiaridades de la Ley Orgánica –en especial la delimitación positiva de su ámbito de normación– en modo alguno justifican el que, respecto a este tipo de fuente, se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo’, siendo, por ello, constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al Reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo, lo cual en muchos casos será obligado y necesario, ya que ‘no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias’” (STC núm. 101/1991, de 13 de mayo).

Por lo tanto, más allá de su carácter reglamentario, una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, y, sobre todo, lo concerniente a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal al que se dirige, donde la esfera protectora del derecho fundamental no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales.

Cabe añadir asimismo un argumento adicional, en el sentido de que el artículo 10 de la propia Constitución establece un primer límite a los derechos fundamentales que es el de los derechos ajenos. Un límite que tiene no ya rango de ley orgánica, sino rango constitucional. Este ha sido un argumento utilizado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la sentencia de 8 de octubre de 2013 (recurso núm. 669/2012), dictada a propósito de la Ordenanza de Valladolid, para legitimar, por ejemplo, una prohibición de colocar carteles y otras formas de propaganda y publicidad en conflicto con la libertad de expresión.

Por consiguiente, existe un espacio normativo para el reglamento municipal, pero resulta exigible una cobertura legal –eventualmente de ley orgánica– de una intensidad imprecisa. En este punto, el Tribunal Supremo ha efectuado una interpretación regresiva en la sentencia de 14 de febrero de 2013 (recurso núm. 4118/2011), dictada a propósito de la prohibición del velo integral incluida en la Ordenanza de Lleida. Entiende dicha sentencia que el desarrollo de los derechos fundamentales queda íntegramente reservado a la ley también en los aspectos accesorios. Añade el Tri-

bunal que, si bien las ordenanzas municipales solo quedan vinculadas negativamente a la ley, esa vinculación negativa comienza en la propia Constitución, que a su vez exige una ley para limitar derechos fundamentales. Un argumento por el que parece recuperar la vinculación positiva en una suerte de acrobacia argumental.

Dejando los planteamientos generales al margen, veamos algunos de los problemas concretos que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto con respecto a los sistemas sancionadores articulados mediante las ordenanzas de convivencia:

3.1. Velo integral y libertad religiosa

El tratamiento mediante ordenanza municipal de aspectos relacionados con la libertad religiosa se ha puesto de manifiesto a propósito de la regulación del uso de indumentarias que ocultan el rostro de sus usuarios. El conflicto surgió a propósito de la Ordenanza municipal de Lleida cuando introdujo la prohibición del uso de tales indumentarias, específicamente el “velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas” en los espacios de uso o servicio público municipal. El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión en sentencia ya aludida de 14 de febrero de 2013, rechazando que los municipios puedan regular la cuestión sin una mayor cobertura.

Declara el Tribunal que la autonomía local, el principio de vinculación negativa a la ley que del mismo se deriva, y la eventual disponibilidad de competencias en una materia determinada, no excluyen la necesidad de cobertura legal suficiente para establecer obligaciones, o prohibiciones y sanciones, en materias que afectan a un derecho fundamental como es la libertad religiosa, siquiera en aspectos accesorios de dichos derechos. En la sentencia se llega a cuestionar la misma competencia municipal para limitar derechos fundamentales, independientemente de la cobertura legal que pueda haber:

“[...] el art. 139 LBRL se refiere a ‘las relaciones de convivencia de *interés local*’ [subrayado nuestro], lo que de por sí obliga a suscitar la cuestión de si la limitación de un derecho fundamental, que por definición constitucional corresponde a todos los ciudadanos de la nación, puede considerarse como concerniente al

interés local, para así poder atribuir a los gestores democráticos de ese interés la posibilidad de emanar regulaciones, que, al circunscribirse al ámbito espacial del ente, no resultan coextensas con el ámbito propio del derecho, de modo que el derecho resulte limitado en una parte del territorio nacional y no en otras”.

El Tribunal diferencia entre la posibilidad de establecer prohibiciones y la posibilidad de definir infracciones y prever sanciones, de forma que las primeras son el presupuesto de las segundas. En otras palabras, que la habilitación para imponer sanciones en una materia determinada no significa necesariamente una habilitación para establecer prohibiciones en esa misma materia:

“[...] prohibición o infracción son conceptos necesariamente diferenciados, siendo el primero presupuesto, en su caso, del segundo.

“[...] se produce una rechazable inversión de los términos del problema, pues se antepone la consideración de la infracción, pretendiendo justificarla con base en el art. 139 y 140 LBRL, deduciendo de la legitimidad de la infracción la legitimidad de la prohibición.

“Hasta que no quede justificada (si es que se puede) la legitimidad constitucional de la prohibición del velo integral en los términos en que lo hace la Ordenanza (lo que, como se indicó más atrás, está condicionado al análisis de la alegada vulneración del art. 16 CE), no debe suscitarse el problema de la legitimidad constitucional de la infracción ligada a la prohibición”.

En cuanto al fondo de la cuestión, la sentencia citada constata que la libertad religiosa incluye la posibilidad de exteriorizar las manifestaciones propias de la religión que se profesa, “una dimensión externa de ‘agere licere’ [que es precisamente la que en el caso actual está en cuestión] que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”. Una libertad cuya limitación queda sometida a exigencias rigurosas, de forma que ni siquiera la cláusula de preservación del orden público, que el artículo 16 CE incluye al formular este derecho fundamental, puede operar como una suerte de compuerta abierta a la introducción de restricciones generales.

En definitiva, la sentencia invalida en este punto la Ordenanza municipal por ausencia de cobertura legal específica que permita a los municipios prohibir o sancionar el uso de vestimentas como las señaladas.

Ciertamente, desde un punto de vista social y político, puede ser muy cuestionable la posibilidad de in-

troducir restricciones a la indumentaria cuando ésta quede de alguna forma vinculada a una opción religiosa. Cabe citar en este punto la Recomendación núm. 1927 (2010) del Consejo de Europa sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, en el sentido de “Exhortar a los Estados miembros a no establecer una prohibición general del velo completo o de cualquier otra ropa religiosa o especial sino cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica. Exhortarles asimismo a proteger la libre elección de estas mujeres para usar ropa religiosa o especial [...]”.

Por su parte, una autoridad como Martha Nussbaum, profesora de Ética y Derecho en la Universidad de Chicago, ha puesto de relieve la hipocresía que subyace en las razones que las sociedades occidentales alegan para justificar una coacción que comporta a su juicio una discriminación evidente.

El caso es que el Senado español aprobó en fecha 23 de junio de 2010 una moción, instando al Gobierno “a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que provoquen que el rostro quede completamente cubierto y dificulten así la identificación y la comunicación visual, al suponer esa práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesivas de la igualdad real y efectiva de los hombres y mujeres”. Una iniciativa que ha resultado infructuosa hasta ahora.

3.2. Nudismo

Otro aspecto conflictivo es la prohibición del nudismo en los espacios públicos.

El Ayuntamiento de Barcelona abordó la cuestión en una reforma de la Ordenanza de convivencia aprobada en el año 2011, reforma que fue impugnada por grupos nudistas.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña avaló en un principio el planteamiento municipal (sentencia de 25 de marzo de 2013), aunque la cuestión puede resultar dudosa a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo citada en el apartado anterior. En efecto, puede admitirse inicialmente que el nudismo es expresión de una creencia personal, y el caso es que la libertad de creencias y la libertad religiosa son derechos de formulación, características y garantías simétricas.

En este caso, el Ayuntamiento fundamentó la nueva regulación en “la protección del derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias como consecuencia de la falta de respeto a las pautas mínimas generalmente admitidas en relación a la forma de vestir de las personas que igualmente están o transitan por dicho espacio público”. Se trata pues de una previsión normativa que responde a la ordenación de la convivencia entre personas de diversas sensibilidades y creencias en el espacio público común, de acuerdo con la habilitación del artículo 139 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local.

Hay que hacer notar que el título competencial se refiere precisamente a la convivencia de interés local, de forma que se remite a una armonización de los valores sociales y convivenciales subjetivamente sentidos por la colectividad local como tales, ponderación que el Ayuntamiento efectuó desde la legitimidad democrática y representativa que le es propia.

Como se ha apuntado, puede admitirse que el nudismo es una manifestación de la libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la Constitución española. Pues bien, como sucede con la libertad religiosa, nuestra jurisprudencia constitucional ha establecido que la libertad ideológica no se manifiesta solo en un ámbito interno de la persona, en el sentido de amparar su ideario existencial, sino que tiene a su vez una vertiente externa —*agere licere*—, dimensión que habilita a los ciudadanos para actuar de acuerdo con sus convicciones y mantenerlas frente terceros. Tal manifestación externa no queda limitada a las expresiones orales o escritas, “sino que incluyen también la adopción de actitudes y conductas que no dejan de ser actos de ejercicio de esta libertad” (STC núm. 136/1999).

El derecho así configurado tiene una vinculación inmediata con el derecho a no ser discriminado por razones de creencias o religión (STC núm. 141/2000). Esta última sentencia pone de manifiesto, asimismo, que la manifestación de *agere licere* tiene diferente intensidad en función de que se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada ciudadano, o bien repercuta sobre terceros, sea el Estado o los demás particulares, bien obligándoles a un deber de abstenerse de interferir o bien haciendo que los terceros se conviertan en destinatarios de las mismas creencias.

Pues bien, la cuestión está precisamente en la colisión entre esa libertad de manifestación pública de la creencia y su encaje en el entorno social que la recibe.

En este sentido la sentencia núm. 141/2000 determina lo siguiente:

“Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las intrusiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta.

“Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 C.E., que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el sólo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3, 20/1990, FFJJ 3 y 4). El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones, no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suman a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la ley. Los poderes públicos conculcarán dicha libertad, por tanto, si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto; o, aun cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas (SSTC 120/1990; 137/1998; S.S.T.E.D.H. Caso Hoffmann núm. 36; Caso Manoussakis núm. 47, 51, 53; Caso Larissis núm. 54). La libertad de creencias encuentra, por otra parte, su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero

afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (SSTEDH Casos Kokkinakis núm. 42 a 44 y 47; Caso Larissis núm. 45 y 47); así como también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral (art. 15 C.E.) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, e incluso tratos inhumanos o degradantes (SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 120/1990, FJ 8; 215/1994, del 14 de julio, FJ 4; 332/1994, de 29 de diciembre, FJ 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 3; ATC 71/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5; S.S.T.E.D.H. Caso Kokkinakis núm. 48; Casos Larissis núm. 53)".

Del anterior planteamiento se puede deducir que el derecho a manifestar las propias creencias queda limitado, ya en su configuración inicial, por la necesidad de mantener el orden público protegido por la ley.

El orden público es un concepto que no queda limitado necesariamente al mantenimiento de la seguridad física de personas o bienes. Este concepto tiene asimismo una acepción general que se puede vincular también a la convivencia pacífica en el seno de la colectividad.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 136/1999 argumenta, en este sentido, que quedaría fuera de la libertad ideológica un eventual comportamiento que "transgrediera una barrera infranqueable del ejercicio lícito de esta libertad, 'que excluye siempre la violencia para imponer los propios criterios' (por todas, SSTC 22/1990 y 214/1991). Y es que si algo está amparado por el orden público es la interdicción de la violencia, ya sea física o psíquica (*mutatis mutandis*, STC 59/1990), deliberada o involuntaria [Sentencia del T.E.D.H. de 24 de febrero de 1998 (asunto Larissis y otros), § 52], como medio para afirmar y, en su caso, hacer valer las propias convicciones".

Por tanto, la libertad de creencias y su proyección en el comportamiento personal encuentran unos límites en el orden público y en un eventual resultado de violencia, sea esta física o psíquica; o, como se menciona en la sentencia reproducida, en la integridad moral de terceros.

Ciertamente en nuestro ordenamiento hay muchos planteamientos jurídicos de base ética o moral. No hay ningún obstáculo en este sentido, de forma que no se puede descartar ya de entrada la juridicidad de argumentos de naturaleza moral por ese simple dato. En este sentido, el artículo 6 de la Declaración de Roma, a

la que antes se ha aludido, admite expresamente la moral pública como un límite legítimo a la manifestación exterior de la libertad de pensamiento.

Pues bien, la convivencia pacífica responde a un conjunto de pautas colectivas que incluyen no solo derechos en sentido jurídico, sino también concepciones y usos sociales, así como planteamientos éticos, morales y culturales que constituyen convenciones colectivas. Todos ellos informan el bien jurídico que es la convivencia pacífica de la comunidad local y el orden público que esta representa.

No hay duda de que el nudismo es una creencia plenamente respetable como tal, como también lo es inicialmente la proyección de esta convicción en una actitud vital. Tampoco hay duda de que la tolerancia es una pauta esencial en nuestro comportamiento colectivo. Es también cierto que, en abstracto, los derechos activos reciben una protección más intensa que el eventual derecho a no soportar las consecuencias del ejercicio de aquellos. La evolución –incluso la transgresión– en la forma de vestir y en la imagen social que proyecta el individuo ha sido una constante en la evolución de nuestra sociedad, que no podría ser explicada sino como resultado de esta evolución. Asimismo, la permisividad social ha evolucionado en este sentido, haciendo posible un mayor margen de libertad individual.

La cuestión es si, reconociendo los anteriores valores, se puede admitir una regulación que tome en consideración un estado de opinión, y unas convicciones sociales generalizadas e intensas sobre la desnudez en los espacios públicos, para fundamentar razonablemente una prohibición en este sentido. Prohibición esta que, hay que reiterarlo, encontraría su base jurídica en la defensa de la convivencia pacífica y la vinculación de tal valor con el orden público social.

Nuevamente estamos, pues, ante una duda razonable sobre si el actual marco de la Ley de Bases del Régimen Local ampara suficientemente una prohibición como la del nudismo en tanto que práctica que afecta a la convivencia, o bien resulta indispensable una cobertura legal explícita.

3.3. Prostitución en la vía pública y mendicidad

También son frecuentes las ordenanzas municipales que prohíben y penalizan determinados comporta-

mientos, como el ofrecimiento o práctica de servicios sexuales en la vía pública.

Pues bien, nuevamente se trata de determinar si el anterior ilícito encuentra fundamento en una norma de rango suficiente. Debe señalarse en este sentido que resulta particularmente útil en este caso la inclusión de determinadas habilitaciones en normas singulares de ciudades como Barcelona (Ley 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona). Una norma que atribuye al Ayuntamiento la facultad de regular mediante ordenanza las conductas constitutivas de infracción administrativa grave en relación, entre otros, con los comportamientos incívicos (artículo 126), y que reconoce la competencia municipal para sancionar en las ordenanzas municipales los actos contrarios al orden y la seguridad ciudadana, en el ámbito de las relaciones de vecindad (artículo 128). Asimismo, la Ley catalana 1/2006, de Régimen Especial del municipio de Barcelona, establece la competencia del Ayuntamiento de Barcelona para tipificar en las ordenanzas municipales infracciones referidas tanto a la prestación de servicios como al suministro de bienes en el espacio público sin licencia municipal, o la mera demanda o adquisición de tales servicios o bienes.

Puede encontrarse asimismo cobertura adicional en la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor.

Pero el caso sigue siendo el mismo. La prostitución no es una actividad en sí misma ilícita, de forma que inicialmente su prohibición afecta al derecho de libertad. En este contexto, puede surgir la duda razonable sobre si la Ley de Bases del Régimen Local ampara suficientemente la prohibición de determinadas actividades profesionales de tal naturaleza, incluso la mera oferta o demanda de servicios.

Igual duda puede plantearse frente a la mendicidad ejercida sin coacción sobre los transeúntes. En definitiva, y dejando al margen la utilización de menores o el fenómeno de las redes de mendicidad, la mendicidad no es más que una petición de solidaridad que un ciudadano efectúa a sus convecinos.

4. Las sanciones no pecuniarias

En no pocas ordenanzas se prevé la facultad del Ayuntamiento de sustituir la sanción de multa por sesiones formativas, participación en actividades cívicas u otros tipos de trabajo para la comunidad. Generalmente es-

tas prestaciones se presentan como sanciones alternativas, igual que sucede en el ámbito penal.

El caso es que la normativa de régimen local no prevé más que sanciones de carácter económico –artículo 142 de la Ley de Bases del Régimen Local y artículo 59 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986–. La excepción es nuevamente la ciudad de Barcelona –artículo 29.3 de la Ley 22/1998, que aprueba la Carta Municipal de Barcelona–. Por lo demás, en el régimen local general, no hay una mínima habilitación que permita a los ayuntamientos un ámbito de decisión para sustituir las sanciones pecuniarias por otras penas alternativas, aunque sea con el consentimiento del afectado.

El Código Penal contempla entre las penas menos graves los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días [artículo 33.3 k)], y, como penas leves, los trabajos en beneficio de la comunidad de 1 a 30 días [artículo 33.4 h)]. El artículo 39 i) califica esta pena como “privativa de derechos”. Y el artículo 49 regula los límites y condiciones para el cumplimiento de la misma al establecer que “los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, [...]”.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores, prevé asimismo la pena de trabajos para la comunidad, igualmente solo cuando el propio menor sometido a la misma preste su consentimiento, no sus padres.

Ciertamente, la utilización de tales penas alternativas es una posibilidad sugerente, puesto que puede contribuir a una finalidad de rango constitucional como la rehabilitación del infractor. De ahí que no solo se utilice esta vía en el ámbito penal, sino también en determinados ámbitos administrativos como la regulación sobre tráfico y seguridad vial. Por otra parte, no cabe duda de que este tipo de penas de carácter personal pueden resultar más próximas al principio de igualdad que la pena pecuniaria, en la medida que ésta queda ligada a la capacidad financiera del infractor.

En el caso que las sanciones alternativas sean aceptadas por el infractor, la situación podría justificarse considerando que se trata de un supuesto de finaliza-

ción del procedimiento mediante acuerdo. El artículo 88 de la Ley 30/1992 prevé en efecto esta posibilidad, siempre que el pacto o convenio “no sea contrario al Ordenamiento Jurídico ni verse sobre materias no susceptibles de transacción y tenga por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

Como puede observarse, la Ley citada tan solo requiere una previsión normativa, sin especificar su rango formal. Ahora bien, este planteamiento no ha servido para evitar el rechazo de los tribunales (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencias de 7 de abril de 2010 –recurso núm. 145/2007– y de 15 de febrero de 2013 –recurso núm. 98/2011–), que consideran que la Ley cierra la cuestión al prever exclusivamente sanciones pecuniarias para las infracciones de ordenanzas municipales.

Nuevamente, por tanto, hace falta una cobertura específica en norma con rango formal de ley.

5. El decomiso de mercancías e instrumentos utilizados en la infracción

También es frecuente que las ordenanzas municipales prevean el decomiso de los utensilios y el género objeto de la infracción, o que hayan servido directa o indirectamente para la comisión de la misma, así como del dinero, frutos o productos obtenidos con la actividad infractora. Un decomiso que se puede plantear bien inicialmente en el momento de la denuncia, en este caso con un carácter temporal mientras se tramita el expediente, bien como medida paralela a la sanción.

Pues bien, cabe entender que los bienes objeto de comiso son propiedad del afectado, de forma que con esta medida se produce una situación de requisa inicialmente contraria al derecho constitucional a la propiedad. Una situación que será admisible solo en la medida en que encuentre suficiente cobertura legislativa.

Como se ha apuntado, el decomiso puede constituir una sanción complementaria, como prevé el artículo 127 del Código Penal, o bien una medida cautelar. Según se ha razonado en el apartado anterior, la

primera posibilidad no tiene cabida, dada la reserva de ley existente en lo que se refiere a la determinación de las sanciones municipales. Por lo tanto, por ahora tan solo se podría admitir el decomiso como una medida cautelar.

Pues bien, en términos generales el artículo 72 de la Ley 30/1992 regula las medidas cautelares paralelas al procedimiento a partir de determinadas garantías. En primer lugar, deben ser adoptadas una vez incoado formalmente el procedimiento, y solo antes de la incoación si hubiere una previsión expresa en norma con rango de ley, que no es el caso. En materia sancionadora, sin embargo, el artículo 136 de la misma Ley exige siempre una cobertura legal de la medida provisional. Resulta asimismo exigible que la medida cautelar vaya precedida de una resolución expresa y motivada; resolución que corresponde tomar precisamente al órgano competente para adoptar la resolución sancionadora, no al agente denunciante. Asimismo, la medida cautelar queda legalmente vinculada a una finalidad muy específica, que es la de asegurar la eficacia de la resolución. El ordenamiento establece asimismo un límite negativo en el sentido de que la medida no puede vulnerar derechos amparados por las leyes.

El Real Decreto 1398/1993 incluye motivos adicionales para justificar las medidas cautelares como asegurar el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción, o atender a las exigencias de los intereses generales. Ahora bien, en cuanto al decomiso o retirada de productos, el artículo 15.2 limita tal posibilidad a los supuestos en que el decomiso sea necesario por razones de sanidad, higiene o seguridad, aparte de las finalidades previstas en las normas específicas.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana, admite también la posibilidad de medidas cautelares en el ámbito de los procedimientos sancionadores relacionados con los concretos ilícitos previstos en dicha Ley. Pero igualmente en este caso solo es posible su adopción una vez incoado formalmente el procedimiento sancionador, salvo el supuesto excepcional del riesgo de desaparición de armas o explosivos, o la existencia de grave riesgo y peligro inminente para las personas y bienes. Este es el único supuesto en que se admite que las medidas sean adoptadas directamente por los agentes de la autoridad.

En definitiva, las medidas de decomiso no tienen cobertura legal. Ciertamente, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora

efectúa un esfuerzo para extender tal posibilidad más allá de los límites establecidos en la Ley, pero la situación es sumamente precaria a la vista de la reserva de ley que también rige en esta materia. Esa fue la razón que llevó al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a anular el precepto de la Ordenanza cívica de Salou que permitía el decomiso de los instrumentos o el género objeto de la infracción (sentencia de 15 de febrero de 2013, recurso núm. 98/2011).

6. Culpabilidad y responsabilidad

Otra previsión frecuente en las Ordenanzas que resulta cuestionable es la que se refiere al establecimiento de responsabilidad solidaria en materia sancionadora.

Se ha planteado tal forma de responsabilidad en dos supuestos: uno se refiere a la solidaridad derivada de la imposibilidad de determinar el grado de culpabilidad con carácter individual; el otro se refiere a la responsabilidad de los padres o tutores respecto a los ilícitos cometidos por sus hijos o tutelados.

El caso es que la responsabilidad solidaria solo es admitida formalmente por la Ley 30/1992 en las situaciones en las que el cumplimiento de la obligación infringida corresponda a varias personas conjuntamente, o bien en el caso de culpa *in vigilando* para quien tuviera la obligación de prevenir el ilícito, en tanto que deber establecido en las leyes –artículo 130.3–.

6.1. Solidaridad por comisión colectiva de la infracción

El supuesto de solidaridad derivada de la imposibilidad de determinar de forma precisa el autor de la infracción ha quedado admitido con reticencia en los siguientes términos:

“Es evidente que en orden a determinar la responsabilidad de los presuntos autores de la infracción administrativa debe prevalecer en primer lugar la autoría individualizada y la intensidad en la participación, y que tan solo cuando ello no es posible debe acudir a la responsabilidad solidaria pero sin perder de vista que para establecer esa responsabilidad debe acreditarse siempre la autoría, aunque no sea posible determinar el grado de participación de cada uno de los sujetos intervinientes. El precepto debe entenderse más como de aplicación o graduación de la sanción que de res-

ponsabilidad solidaria, pensada para ser aplicada a aquellas conductas realizadas por ‘grupos’ o ‘bandas’, y tan solo cuando las actividades de investigación no han podido establecer el grado de participación de los autores” (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia núm. 1156/2009).

6.2. Responsabilidad de padres o tutores

La responsabilidad de los padres o tutores respecto a las infracciones cometidas por los menores a su cargo, ha sido rechazada por los tribunales en varias ocasiones (sentencias dictadas por los tribunales superiores de Madrid –29 de noviembre de 2012, recurso núm. 228/2011–, de Castilla y León –5 y 15 de diciembre de 2006– y de Cataluña –sentencia núm. 883/2006–).

En ellas se entiende que imputar a los garantes de los autores de las infracciones que sean menores de edad es contrario a la previsión del artículo 130.3.2 de la Ley 30/1992. Un precepto que exige que esa responsabilidad por la acción de un tercero venga determinada por “las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”, supuesto que no se da ni en la Ley 30/1992 ni tampoco en la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana. La Ley de Bases del Régimen Local no incluye ninguna previsión en este sentido, que permita superar las reglas sobre títulos de imputación establecidas con carácter general en la Ley 30/1992.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León establece en este sentido lo siguiente:

“Entre los principios informadores del orden penal se encuentra el principio de personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 de la Norma fundamental [STC 254/1988, fundamento jurídico 5.º], también formulado por este Tribunal como principio de la personalidad de la pena o sanción [STC 219/1988, fundamento jurídico 3.º], denominación suficientemente reveladora de su aplicabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador; principio ahora recogido expresamente en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En tanto con dicha norma se imputa la responsabilidad por una infracción administrativa a una persona diferente de quien la ejecuta y por el mero hecho de ser padre, tutor o guardador de la misma –y no, en todo caso, por no haber evitado, como garante, en su caso,

la comisión del hecho—, se viola dicho principio ínsito en el artículo 25 de la Constitución Española”.

6.3. El comportamiento pasivo

La misma suerte ha corrido la penalización del denominado comportamiento pasivo respecto a ilícitos consistentes en atentado contra la dignidad de las personas y similares; esto es, una suerte de participación consistente en el consentimiento de dichos ilícitos. También en este caso ha considerado la jurisprudencia (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia de 26 de marzo de 2009) que la inclusión del comportamiento discriminatorio pasivo colisiona con

el principio de culpabilidad que rige en materia sancionadora, previsto en el artículo 130 de la Ley 30/1992, al exigirse que el responsable de las infracciones administrativas sea autor de las mismas. Entiende el Tribunal que “el comportamiento pasivo respecto de las conductas citadas no puede subsumirse en la noción de autor, como aquél que realiza la conducta prohibida por la norma, por sí mismo o utilizando a otros sujetos, sino que entraría en un título de responsabilidad de comisión por omisión que sin embargo carece de anclaje en una previa tipificación como comportamiento humano prohibido la omisión por el garante del específico deber de cuidado para evitar que se produzcan comportamientos discriminatorios”. ■

El empleo público local: las medidas de ajuste y racionalización derivadas de la crisis económica*

Francisco José Sospedra Navas

Magistrado. Letrado adscrito al Tribunal Constitucional

1. Crisis y medidas de ajuste en el empleo público
2. La incidencia de las reformas de crisis en el estatuto de los empleados públicos
 - 2.1. Las retribuciones de los empleados públicos
 - 2.1.1. El Real Decreto-ley 8/2010
 - 2.1.2. El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio
 - 2.2. Tiempo de trabajo: permisos, vacaciones y licencias
3. Las reformas del empleo público local
 - 3.1. Recentralización de los funcionarios públicos locales
 - 3.1.1. Funcionarios con habilitación de carácter nacional
 - 3.1.2. Funcionarios locales no habilitados
 - 3.2. Límites sobre el personal eventual
 - 3.3. Personal directivo local
 - 3.4. Personal laboral

Resumen

El estudio recoge un análisis del marco estatutario resultante tras el proceso de reformas en el empleo público local, derivado de la situación de crisis económica y de contención del gasto público, que se ha materializado en diferentes medidas legislativas desde el año 2010 hasta la actualidad. Se examinan concretamente los diferentes aspectos estatutarios afectados, en especial las retribuciones y el tiempo de trabajo, así como las reformas en materia de empleo público local, en especial las introducidas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre.

Palabras clave: empleo público local; personal directivo local; funcionarios con habilitación nacional; retribuciones; tiempo de trabajo; personal eventual; funcionarios locales; personal laboral local; jornada; permisos; vacaciones; licencias.

Local public employment: adjustment measures and rationalization derived from the economic crisis

Abstract

This article analyses the new statutory framework that arises after the reforms carried out on local public employment. This new framework is a consequence of the economic crisis and the contention of public expenditure and it has been translated into several legislative measures since 2010. In particular, the article examines several elements of the statutory framework at stake, especially remuneration and working hours, and the reforms carried out on local public employment, especially the reforms carried out by Law 27/2013, of 27 December.

Keywords: local public employment; local senior civil servants; local civil servants who have national qualification; remuneration; working hours; temporary personnel; local civil servants; working hours; employment permits; holidays; employment leaves.

Artículo recibido el 20/06/2014; aceptado el 03/11/2014.

* Ponencia presentada en el sexto seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local* Josep Maria Esquerda 2014, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 20 de junio de 2014.

1. Crisis y medidas de ajuste en el empleo público

La situación de crisis económica ha convulsionado algunos principios estructurales sobre los que pacíficamente se había asentado tradicionalmente el modelo de empleo público. Las urgencias presupuestarias determinaron unas medidas de rebaja o ajuste del gasto público que han tenido como destinatarios principales a los empleados públicos, singularmente por el Real Decreto-ley 8/2010, que supuso una sustancial minoración de las retribuciones, y posteriormente, en el ámbito estatal, con la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 por el Real Decreto-ley 20/2012.

Estas medidas de ajuste o anticrisis se han ido extendiendo a diferentes aspectos que afectan al modelo de empleo público, y se pueden destacar las siguientes: i) medidas de racionalización del empleo público, mediante el redimensionamiento de las plantillas de empleados públicos, lo cual ha determinado la adopción de medidas de congelación de plantillas, reducción de efectivos –con especial impacto en los colectivos más vulnerables: empleo público temporal y personal laboral del sector público–, reestructuración de entes públicos y otras similares; ii) medidas de eficiencia, lo que ha determinado la modificación de aspectos estatutarios tales como la jornada, el tratamiento del absentismo, con la reforma del régimen de acceso y permanencia en situaciones de incapacidad laboral temporal, y la reducción de permisos y vacaciones; y iii) supresión o reducción de derechos, no solo en el ámbito ya mencionado de las retribuciones, sino también en otras materias como la negociación colectiva o los derechos sindicales.

El profesor SÁNCHEZ MORÓN destaca que tan significativo o más que el contenido de las medidas de ajuste ha sido la forma en que se han adoptado, sin negociación colectiva previa en la mayoría de los casos, y utilizando como instrumento normativo el decreto-ley para intervenir en el estatuto del empleado público.

También ha sido el sector del empleo público el que ha sido objeto de algunas medidas de reducción de gasto que se presentan ante la opinión pública como ejemplarizantes, pero con escasa o nula repercusión real sobre el montante del gasto público; así, se han venido realizando y promulgando por el legislador estatal y los autonómicos tímidas medidas de reducción de estructuras u órganos administrativos, reducción de altos cargos o personal eventual, reducción de retribu-

ciones en especie o gastos de representación, y otras similares, que tienen el efecto de trasladar una imagen de austeridad, pero con escasa incidencia real en la reducción del gasto.

Pero en el conjunto de las Administraciones es indudable que la crisis ha afectado especialmente a los ayuntamientos y demás entes locales, que han visto disminuidos sustancialmente sus ingresos fiscales, así como las transferencias de recursos por parte de la Administración del Estado y autonómica, a la vez que parían muchos de ellos de una situación de endeudamiento previa y de exceso competencial con cargas presupuestarias muy elevadas. Todo ello ha determinado una situación de crisis agravada, con dificultades de financiación, especialmente en los ayuntamientos, que han abocado a la adopción de medidas de reestructuración en materia de empleo público, que han sido especialmente drásticas en el caso de los empleados laborales, temporales e interinos en el ámbito local.

Singularmente, en el ámbito del empleo público local, se ha producido una política legislativa de recentralización de competencias estatales con fundamento sustancial en la necesidad de control de gasto público, que se ha materializado en la reforma de la legislación básica local operada por la Ley 27/2013.

El objeto de este estudio es realizar un análisis del marco estatutario resultante tras este proceso sucesivo de reformas en el empleo público local, a cuyo efecto parece oportuno recordar la cronología de reformas legales más importantes que van a ser objeto de estudio, las cuales encuadraremos en la legislación y materia afectada:

- El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo: reducción de las retribuciones del personal del sector público, que supuso una reducción del 5 por ciento de las retribuciones en el conjunto del sector público, distribuidas de forma asimétrica, no lineal, entre los funcionarios y personal laboral.
- El Real Decreto-ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que: i) suprime la paga extraordinaria de diciembre de 2012; ii) reduce los permisos de los funcionarios a tres días anuales por asuntos particulares, a la vez que suprime los días adicionales, con carácter tasado para todas las Administraciones; iii) elimina los días adicionales de vacaciones por antigüedad; iv) elimina la jubilación parcial de los funcionarios públicos; v) regula la incapacidad temporal de los emplea-

dos públicos, detrayendo ciertas retribuciones; y vi) apodera a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas para modificar los convenios colectivos y acuerdos laborales, por alteración sustancial de las circunstancias económicas.

- La reforma en materia de empleo público laboral más destacada es la operada por el Real Decreto-ley 3/2012 y posterior Ley 3/2012, en cuanto a la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público.
- Finalmente, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, reincorpora a la legislación estatal básica la regulación del empleo público local.

Examinaremos las normas mencionadas, a cuyo efecto dividiremos el análisis en dos apartados: i) la incidencia de las reformas de crisis en el estatuto del empleado público; y ii) las reformas del empleo público local.

2. La incidencia de las reformas de crisis en el estatuto de los empleados públicos

Las reformas de crisis han incidido sustancialmente en los derechos de los empleados públicos, singularmente en dos aspectos destacados: a) las retribuciones; y b) la ordenación del tiempo de trabajo, permisos, vacaciones y situaciones de incapacidad.

Estas medidas han tenido en todos los casos un signo adverso para los derechos precedentes de los empleados públicos, lo cual no hubiera sido posible sin la devaluación de la fuerza normativa de los diferentes instrumentos convencionales reguladores de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, no solo por la incidencia modificativa de la norma con fuerza de ley, inclusiva de los decretos-leyes, sino también por la previsión de cláusulas de descuelgue a favor de las Administraciones Públicas en caso de alteración sustancial de las circunstancias económicas en el caso de los convenios y acuerdos laborales, al modo que ya estaba contemplada en los pactos y acuerdos con funcionarios. Así, el párrafo segundo del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, da nueva redacción al artículo 32 EBEP, y establece la ineficacia de la negociación colectiva en los casos excepcionales de alteración sustancial de circunstancias económicas, habilitando a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas

para que suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

La suma de todas estas reformas sobre la negociación colectiva en el empleo público, ha llevado a algunos autores a poner de relieve el giro radical que se ha producido en la dinámica de las relaciones laborales en el empleo público, llegando a afirmar que la negociación colectiva ha sido la gran perdedora en esta crisis, puesto que se ha producido una clara disminución del peso y la influencia de la representación de los empleados públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo.

2.1. Las retribuciones de los empleados públicos

La primera de las denominadas medidas anticrisis fue la de reducir las retribuciones al personal del sector público, lo cual se llevó a cabo mediante el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; y en la misma línea incidiría posteriormente el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, que suprimió la paga extraordinaria de diciembre de 2012.

En el ámbito del empleo público local, se han dictado normas específicas en la Ley 27/2013, donde se intensifica la intervención estatal en materia de límites retributivos (artículo 75 bis.4 LRBRL), se regula la masa salarial del sector público local (artículo 103 bis LRBRL) y se regulan las retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local (disposición adicional duodécima LRBRL).

2.1.1. El Real Decreto-ley 8/2010

Esta norma supuso la minoración de las retribuciones del personal del sector público, con el objetivo de reducir un cinco por ciento la masa salarial. Para ello, se estableció la suspensión de los acuerdos de contenido retributivo alcanzados en la negociación colectiva, y más concretamente del acuerdo que se había firmado unos meses antes, de 25 de septiembre de 2009, y se incluyó un sistema progresivo de reducción de las retribuciones del personal funcionario, con la intención de minimizar los efectos de las medidas de reducción sobre los salarios más bajos.

Se trata de una norma que fue muy contestada por el colectivo de afectados, pero que hasta el momento no ha generado grandes problemas aplicativos. Al tratarse de una norma con rango de ley, era indudable que la vía impugnatoria adecuada era la del proceso de inconstitucionalidad, habiéndose planteado algunas cuestiones que han sido inadmitidas por el Tribunal Constitucional.

Las primeras cuestiones se plantearon en el orden social, con fundamento en la incidencia que había tenido el Real Decreto-ley 8/2010 en los convenios colectivos del personal del sector público en vigor. El ATC 85/2011, de 7 de junio, resolvió la primera de las cuestiones argumentando que la jerarquía de la ley en el sistema de fuentes es comprensiva no solo de la ley en sentido formal, sino también de las normas con fuerza de ley, como es el decreto-ley.

Así, en el FJ 8 del citado ATC 85/2011 se expresa que “para el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, sin embargo, los preceptos cuestionados ‘afectan’ al derecho a la negociación colectiva en la medida en que afectan a la intangibilidad del convenio colectivo que es elemento o contenido esencial de aquel derecho. Abstracción hecha de que la intangibilidad o inalterabilidad no puede identificarse, ni, en consecuencia, confundirse, como se hace en el Auto de planteamiento de la cuestión, con la fuerza vinculante del convenio colectivo, lo cierto es que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración, en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario (ibídem; en el mismo sentido, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero, FJ 5)”.

Por ello, se concluye que los preceptos cuestionados del Real Decreto-ley 8/2010 no suponen una “afectación”, en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del conve-

nio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al decreto-ley impone el artículo 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE.

En el ámbito contencioso-administrativo, también se plantearon diversas cuestiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 8/2010, exponiendo unas dudas de constitucionalidad de mayor amplitud. El ATC 179/2011, de 13 de diciembre, inadmitió la primera de las cuestiones planteadas, y al mismo seguirían los AATC 35/2012, de 14 de febrero, y 246/2012, de 18 de diciembre.

Los órganos judiciales planteaban la cuestión con fundamento en la inidoneidad del instrumento normativo (decreto-ley) y por motivos de fondo.

El Tribunal Constitucional entendió que se daba el presupuesto habilitante (situación de extraordinaria y urgente necesidad), puesto que existía una gravísima situación económica en general y de las finanzas públicas en particular. También rechazaba que el Real Decreto-ley 8/2010 hubiera excedido los límites materiales del artículo 86.1 CE, en cuanto prohíbe que los decretos-leyes puedan afectar a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, regulados en el título I CE. En este punto, el Tribunal Constitucional realiza las siguientes consideraciones: i) descarta que se afecte el principio de igualdad, por la distribución asimétrica de los porcentajes de reducción entre funcionarios entre sí y en relación con el personal laboral en general, y singularmente con las exclusiones de la disposición adicional novena, con fundamento en que las situaciones subjetivas no son efectivamente homogéneas o equiparables, y en que el diferente trato retributivo se establece en función del distinto vínculo entre los empleados públicos y la Administración (funcionarios y personal laboral) o en función de los diferentes grupos o categorías en que se clasifican los funcionarios, así como del régimen de progresividad que demanda la mayor o menor capacidad económica de los afectados; ii) la reducción de retribuciones no es un tributo encubierto, por lo que no se afectan la reserva de ley del artículo 31 CE ni las normas presupuestarias; y iii) no se afecta la interdicción constitucional de expropiación de derechos sin indemnización contenida en el artículo 33.3 CE, por cuanto la reducción de retribuciones imputada por el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, “lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de

2010, esto es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos” [ATC 179/2011, de 13 de diciembre, FJ 7 c)].

El Real Decreto-ley 8/2010 sí tuvo un punto de fricción en el desarrollo realizado en sede de legislación autonómica en materia de reducción de retribuciones del personal laboral, concretamente en la Comunidad de Cantabria. La Ley cántabra 5/2009, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de Cantabria para el año 2010, en la redacción dada por el artículo 2.5 de la Ley de Cantabria 5/2010, de 6 de julio, impuso una reducción del 5 por ciento a todo el personal laboral del sector público, lo cual fue estimado inconstitucional por las SSTC 219/2013, de 19 de diciembre, y 5/2014, de 16 de enero, con el fundamento de que la norma estatal es una norma básica, y de que debían respetarse las exclusiones referidas al personal laboral, en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo de la regla general de reducción salarial del 5 por ciento (*v. gr.* no será de aplicación al personal laboral cuyas retribuciones por jornada completa no alcancen 1,5 veces el salario mínimo interprofesional fijado por el Real Decreto 2030/2009, de 30 de diciembre), y en cuanto a que dicha reducción salarial tampoco debía aplicarse “al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas, ni al personal laboral no directivo de las entidades públicas empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación”. La primera exclusión tiene carácter absoluto (en ningún caso se aplicará la regla general de reducción salarial del 5 por ciento). La segunda, relativo (mediante la negociación colectiva, los representantes de los trabajadores y de la empresa podrán acordar la aplicación de esa reducción salarial en el ámbito del sector público empresarial).

El Real Decreto-ley 8/2010 plantea una cuestión que posteriormente se ha seguido arrastrando en las sucesivas leyes presupuestarias, cual es la de la forma en que se concretó la progresividad en la reducción de retribuciones de los funcionarios públicos. El Real Decreto-ley 8/2010 se apartó del criterio tradicional en materia de retribuciones –linealidad–, para introducir el criterio de progresividad, lo cual llevó a algunos ór-

ganos judiciales a cuestionar su constitucionalidad, con el argumento de que se trataba de un tributo encubierto. Esta cuestión fue analizada por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de los artículos 14 y 31 CE, concluyendo que no se trataba de un tributo, puesto que el Real Decreto-ley 8/2010 no establece ningún hecho imponible al que se anude una obligación de contribuir, descartando con ello la pretendida vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 CE), al articularse sobre la base de que se trataba de una norma tributaria.

Este razonamiento no parece descartar, en principio, que los criterios de progresividad aplicados en la detracción de retribuciones no puedan analizarse desde el estricto prisma de la igualdad (artículo 14 CE) en dos aspectos: i) desde el punto de vista abstracto, esto es, si es razonable el criterio de progresividad en materia retributiva, es decir, el trato desigual de los funcionarios por razón del sueldo que perciben; y ii) desde el punto de vista aplicativo, esto es, si la progresividad autoriza situaciones de detracción retributiva de salarios más bajos en relación con otros más altos.

Centrándonos en este segundo punto, debe subrayarse que la técnica utilizada por el Real Decreto-ley 8/2010 para aplicar la progresividad a los funcionarios, da como resultado situaciones de porcentaje de detracción retributiva más alto en los escalones más bajos de un mismo grupo o colectivo. Ello sucede porque la progresividad se aplicó sobre las retribuciones básicas, y más concretamente en las retribuciones básicas que componen las pagas extraordinarias, utilizándose criterios lineales en las retribuciones complementarias. Lógicamente, ello tiene como consecuencia que funcionarios de un mismo grupo, con similares retribuciones básicas a las que se aplica el porcentaje progresivo o exacerbado, resulten con mayor porcentaje de detracción en sus escalones más bajos, al aplicarse un porcentaje lineal en las retribuciones complementarias, donde se concentran las diferencias retributivas. Así, por ejemplo, si los funcionarios del grupo X perciben 100 de retribuciones básicas, y se les aplica un porcentaje del 10, y luego se aplica un porcentaje lineal del 5 sobre las complementarias, tendríamos que: i) un funcionario de nivel superior con retribuciones complementarias de 200, pasaría de cobrar 300 a cobrar 280 (90 básicas + 190 complementarias), lo cual supone una detracción de 20 sobre 300, esto es, un 6,66 %; y ii) un funcionario de nivel inferior del mismo grupo con retribuciones complementarias de 100, pasaría de co-

brar 200 a cobrar 185 (90 básicas + 95 complementarias), lo cual supone una detracción de 15 sobre 200, esto es, un 7,5 %. Esa sencilla operación matemática pone de manifiesto que la progresividad no se cumple estrictamente si se aplican criterios exacerbados sobre las retribuciones básicas, lo cual supone una antinomia con los propios fines expresados en la norma.

Al margen de estas cuestiones controvertidas, lo cierto es que uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para avalar la constitucionalidad del Real Decreto-ley 8/2010, conecta con la ulterior problemática que plantea el Real Decreto-ley 10/2012 en materia retributiva.

El ATC 179/2011, en su FJ 7, avaló la constitucionalidad de la reducción de retribuciones operada por el Real Decreto-ley 8/2010, con el argumento de que se proyectaba a futuro, con efectos de 1 de junio de 2010, respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto es, afectaba a derechos económicos aún no devengados, por corresponder a mensualidades en las que aún no se había prestado el servicio público, y que, en consecuencia, no se encontraban incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabía hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hubieran sido privados sin indemnización (artículo 33.3 CE), ni de una regulación que afectara retroactivamente a derechos ya nacidos. Este argumento incidió en la posterior regulación del Real Decreto-ley 10/2012, como analizaremos a continuación.

2.1.2. El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio

Los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, suprimieron la paga extraordinaria de diciembre de 2012, lo que ha originado el planteamiento de más de veinte cuestiones de inconstitucionalidad sobre la posible vulneración del artículo 9.3 CE, por aplicación retroactiva de la norma al periodo comprendido entre el 1 de junio de 2012 y el 14 de julio de 2012, donde la paga ya se había devengado. Se trata de una norma muy contestada en sede jurisdiccional en relación con este extremo, pero no así en relación con la supresión de la paga, que es una medida de política de contención del gasto público que no ha resultado cuestionada en términos generales.

En la jurisdicción social se ha producido algún pronunciamiento en empresas del sector público no defi-

nitarias, donde algún juzgado de lo social ha estimado que no procedía la supresión de la paga, si bien tal extremo ha sido corregido en la interpretación de los TSJ, que interpretan uniformemente que no cabe realizar distinciones por la condición económica de las empresas.

También en la jurisdicción social se vienen estimando de forma uniforme los recursos planteados frente a la supresión de las pagas, con fundamento en que el Real Decreto-ley entró en vigor el día 15 de julio de 2012 y no puede afectar a periodos no devengados (*vid.* SSTSJ Madrid 14 diciembre 2012, Cataluña 17 julio 2013 y 24 julio 2013, y Castilla y León 12 noviembre 2013 y 13 marzo 2014, entre otras muchas). En estas sentencias se realiza una interpretación del Real Decreto-ley 20/2012, reconociéndose el derecho sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, al entender que entró en vigor el día 15 de julio de 2012, y por ello no afecta a la parte de la paga ya devengada entre el 1 de junio de 2012 y el 14 de julio de 2012.

En sede contencioso-administrativa, la mayor parte de los tribunales han optado por plantear la cuestión de inconstitucionalidad, al no existir un criterio tan definido sobre el devengo de la paga extraordinaria. En síntesis, las cuestiones de inconstitucionalidad se centran en la paga correspondiente a esos 44 días del segundo semestre de 2012, por entender que dicha paga ya se había devengado, esto es, los empleados públicos ya tenían derecho a percibirla, por lo que la norma incide de forma peyorativa en derechos individuales ya adquiridos, manejándose asimismo argumentos adicionales tales como el principio de confianza legítima.

Debe subrayarse que algunos juzgados de lo contencioso también han estimado la demanda en este periodo de 44 días sin plantear cuestión [entre otras, sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Palencia de 29 de mayo de 2013 (rec. 58/2013), del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Alicante de 11 de julio de 2013 (rec. 160/2013), del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Barcelona de 26 de julio de 2013 (rec. 84/2013), o del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 27 de Madrid de 25 de septiembre de 2013], e incluso algunas salas (SAN 24 enero 2014 y STSJ Galicia 22 enero 2014, entre otras).

Centrándonos en las cuestiones de inconstitucionalidad, las primeras se plantearon por los órganos jurisdiccionales del orden social con fundamento en la ju-

jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que uniformemente venía configurando las pagas extraordinarias como de devengo diario y de cobro aplazado (SSTS de 4 de abril de 2008, 21 de abril de 2010, 4 de noviembre de 2010, 5 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010, y 10 de marzo de 2011). Por ello, en las cuestiones planteadas se sostiene que se vulnera el artículo 9.3 CE, porque se estaría suprimiendo el derecho ya generado a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria ya devengada antes de la entrada en vigor de la norma (15 de julio de 2012) que dispuso su supresión. Esta postura tendría apoyo en la doctrina constitucional, en la que se afirma que la “restricción de derechos individuales” ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución), o en la esfera general de protección de la persona (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y 90/2009, de 20 de abril, FJ 4), por lo que la norma cuestionada (artículo 20 del Real Decreto-ley 20/2012) estaría vulnerando el artículo 9.3 CE, en tanto que el derecho a la remuneración por el trabajo es un derecho individual reconocido en el artículo 35 CE.

Posteriormente, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa han cuestionado la constitucionalidad del precepto en términos similares, y recientemente el ATS de la Sala Tercera de fecha 2 de abril de 2014 (rec. 63/2013) plantea la cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho precepto, si bien precisando la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que la cuestión que se plantea tiene un alcance limitado, pues la Sala Tercera no alberga dudas sobre la constitucionalidad de la supresión de la paga extraordinaria del mes de diciembre del año 2012 “hacia el futuro”, sino que la duda de constitucionalidad se ciñe a la retroactividad del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio (que entró en vigor el 15 de julio de 2012), en cuanto retrotrae al 1 de junio de 2012 los efectos de los cuestionados artículos 2.1, 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto-ley 20/2012.

A juicio de la Sala Tercera, las pagas extraordinarias son retribuciones de generación duradera o de período, de suerte que la paga extraordinaria de diciembre de 2012, suprimida por el Real Decreto-ley 20/2012, constituye un salario diferido, generado y debido, pero no percibido, de modo que los preceptos cuestionados entrarían en contradicción con lo dispuesto en

el artículo 9.3 CE, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica, puesto que se estaría suprimiendo el derecho a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria ya generada antes de la entrada en vigor de la norma con rango de ley, esto es, durante el periodo que transcurre entre el 1 de junio de 2012 y el 15 de julio de 2012. Para llegar a esta conclusión, descarta la aplicación del artículo 33 de la Ley 33/1987, que dispone que las pagas “se devengarán el primer día hábil de los meses de junio y diciembre”, con fundamento en la jurisprudencia de la misma Sala Tercera [SSTS de 16 de junio de 1993 (rec. 4873/1992), 13 de julio de 1993 (rec. 473/1990), 22 de septiembre de 1993 (rec. revisión 2282/1991), 16 de febrero de 1994 (rec. 6847/1992) y 2 de julio de 1996 (rec. 481/1990), entre otras], y entendiendo que, cuando el 1 de junio de 2012 se inició el semestre de la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre, estaba vigente la Ley 2/2012, que contemplaba y cuantificaba el derecho a dicha paga extraordinaria, por lo que, con arreglo a las previsiones legales, era de entender que dicha retribución se fue devengando diariamente por el colectivo de empleados públicos, hasta que se produjo la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, el día 15 de julio de 2012. Por ello, la Sala Tercera concluye que la norma cuestionada no actúa sobre una situación de expectativa, puesto que la paga extraordinaria de Navidad de 2012 es una retribución de generación duradera o de período, y aunque lo que el artículo 33.1 de la Ley 33/1987 denomina “devengo” se produzca el primer día hábil del mes de diciembre de 2012, pudiendo el legislador modificar algunos de sus aspectos durante el período en el que se produce su generación, no es admisible constitucionalmente afectar ablatoriamente, al así hacerlo, a retribuciones ya generadas o efectos consolidados respecto de días efectivamente trabajados por el empleado público, ya que se incurre en una auténtica retroactividad propia o de grado máximo, prohibida en el artículo 9.3 CE.

Junto a estos argumentos, se han venido manejando otros, destacando los siguientes:

i) El principio de confianza legítima, pues, como tiene declarado la sentencia de 21 de septiembre de 1983, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, “los principios de respeto de la confianza legítima y de seguridad jurídica forman parte del ordenamiento jurídico comunitario”, y quienes contaban con la legi-

tima expectativa de la percepción de la paga lo hacían en forma robustecida con anterioridad a la publicación oficial del Real Decreto-ley, pues la única norma anteriormente vigente era la Ley 2/2012 de presupuestos generales para 2012, la cual ha seguido los mismos pasos que sus predecesoras.

ii) La tesis del devengo por días resulta de la aplicación de la paga extraordinaria al tiempo del pago (o proporcionalidad *ad personam*), de la liquidación del derecho a la paga extraordinaria, y se ajusta a la praxis pacífica en gestión de nóminas, con amparo legal sectorial en múltiples ámbitos: a) en materia de consecuencias inherentes al disfrute de licencias o permisos no retribuidos, en que tiene lugar la deducción proporcional de las pagas extra; b) en cuanto a las consecuencias inherentes a los períodos de suspensión de la relación de servicios funcional, en que tiene lugar la deducción proporcional; c) en las consecuencias inherentes al ejercicio del derecho de huelga, en que tiene lugar la deducción proporcional de las pagas extraordinarias (artículo 30.2 EBEP); y d) en materia de ausencias sin justificar, en que fuera de las consecuencias sancionadoras se aplica la deducción proporcional (artículo 30.1 EBEP). Por tanto, no se entiende ni se ajusta a la seguridad jurídica que un mismo concepto retributivo (paga extraordinaria) pueda ser fraccionable y a la vez no fraccionable para un mismo legislador, ni que el mismo se aplique proporcionalmente a la hora de pagarlo y sin criterio de proporcionalidad a la hora de suprimirlo. Se impone un principio de coherencia y armonía del grupo normativo regulador del régimen retributivo, especialmente si tenemos presente que un decreto-ley por su naturaleza excepcional no tiene por misión innovar conceptos generales o estructurales de la función pública, sino utilizar instrumentalmente la referencia a los conceptos fijados por leyes ordinarias y estables.

Por lo demás, algunas Administraciones ya han procedido a poner en marcha medidas para el abono de los 44 días, y debe asimismo destacarse el informe de la defensora del pueblo de 15 de octubre de 2012 en el mismo sentido.

En definitiva, existe una amplia controversia sobre la existencia de unos derechos económicos adquiridos, sobre los que incidió el Real Decreto-ley 20/2012, por cuanto la referencia temporal de generación del derecho es de período, y, por otro lado, la referencia material que soporta el derecho es el haber trabajado efectivamente, y está claro que entre el 1 de junio y el 14

de julio inclusive tuvo lugar servicio o prestación efectiva, sin que existiese norma alguna en contrario hasta el día 15 de julio de 2012.

2.2. Tiempo de trabajo: permisos, vacaciones y licencias

El segundo ámbito en el que se han movido las medidas anticrisis ha sido en relación con el tiempo de trabajo de los empleados públicos, entendido este en sentido amplio, como comprensivo de todo tipo de libranzas o medidas contra el absentismo.

Para reajustar el tiempo de trabajo de los empleados públicos el legislador estatal ha seguido una técnica de redefinición de competencias, incorporando a la legislación básica los preceptos reguladores de la materia, con una regulación uniforme para todas las Administraciones Públicas, sin margen de desarrollo legislativo o aplicativo. Esta técnica se ha utilizado en numerosas leyes promulgadas con motivo de la crisis, significadamente en la Ley 27/2013 a la que nos referiremos posteriormente, y también se ha utilizado para reordenar de forma uniforme los permisos y vacaciones de los empleados públicos.

Debe recordarse que el EBEP de 2007 reguló los permisos y las vacaciones combinando la técnica de supletoriedad con la de norma mínima, de manera que existía un margen de desarrollo legislativo. Así, los permisos contemplados en el artículo 48 EBEP, en su redacción inicial, eran aplicables en defecto de legislación de desarrollo y con el mínimo de duración allí establecido, de manera que ante la falta de desarrollo reglamentario dichos permisos son de aplicación directa en cuanto a su duración, y en relación con cada tipo de permiso. Tratándose de personal laboral, los términos y condiciones de los permisos podían estar recogidos en las normas convencionales, es decir, los acuerdos, convenios u otros instrumentos negociales.

El Real Decreto-ley 20/2012 incide sobre esta regulación, e incorpora a la legislación básica la duración de los permisos por asuntos particulares y de las vacaciones, con una duración tasada y sin margen de desarrollo legislativo o aplicativo. Concretamente, la modificación supuso la reducción de los permisos por asuntos particulares a tres días al año, y la supresión de los días adicionales por antigüedad del artículo 48.2. Posteriormente, y con una técnica legislativa defectuosa, al

aprovechar la aprobación de una ley que nada tenía que ver con el EBEP (v. *gr.* Ley de control de la deuda comercial en el sector público), la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, dio nueva redacción al apartado k del artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, disponiendo, por asuntos particulares, cuatro días cada año.

Del mismo modo, el artículo 8, apartado dos, del Real Decreto-ley 20/2012, determinó de forma uniforme la duración de las vacaciones en veintidós días hábiles, suprimiendo la condición de mínimo por el carácter tasado.

En ambos casos, las disposiciones de la Ley inciden sobre los convenios, pactos y acuerdos –tanto del personal funcionario como del laboral–, los cuales quedan suspendidos y sin efecto, de conformidad con lo establecido en el apartado tres del artículo 8 del citado Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

La proyección de las reformas de crisis sobre el trabajo se complementa con otro tipo de medidas adoptadas en el Real Decreto-ley 20/2012: i) el artículo 9 regula la prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes y órganos constitucionales, contemplando una merma de las retribuciones en los periodos iniciales de la baja por contingencias comunes con el fin de evitar el absentismo; y ii) los artículos 10 y 22 reducen los créditos y permisos sindicales.

Todas estas medidas llevan aparejada la suspensión de los acuerdos, convenios y pactos del personal del sector público que se opongan a tales medidas, lo cual implica de facto una devaluación de la negociación colectiva como mecanismo de determinación de las condiciones de trabajo, la cual se proyecta a futuro puesto que los márgenes de desarrollo son mínimos en gran parte de las materias que pueden ser objeto de negociación.

3. Las reformas del empleo público local

Las reformas sobre el empleo público local se proyectan sustancialmente en tres ámbitos: A) recentralización de la función pública local; B) límites sobre nombramiento de personal eventual; C) configuración del personal directivo local; y D) modificación del régimen del personal laboral.

3.1. Recentralización de los funcionarios públicos locales

La situación de crisis ha llevado al legislador estatal a cambiar el signo de la política legislativa en materia de empleo público local. En efecto, a mediados de la década pasada se inició un proceso de descentralización en este ámbito, materializado en las sucesivas reformas de los estatutos de autonomía, así como en la promulgación del EBEP, lo que determinó que gran parte del régimen jurídico de los empleados públicos locales se trasvasara a los ordenamientos autonómicos, de lo que fue el más destacado ejemplo la nueva conformación del régimen jurídico de los funcionarios con habilitación estatal diseñado en la disposición adicional segunda del EBEP.

Este trasvase a la legislación autonómica de un bloque normativo esencial del empleo público local, hacía pensar en una mayor atención a sus especificidades, no suficientemente contempladas en la legislación precedente de función pública y de régimen local. Una de las características más importantes, la de la atomización de las entidades locales y de las grandes diferencias en cuanto a su dimensión, hacía que determinadas prescripciones generales en materia de empleo público difícilmente pudieran tener aplicación en el ámbito de determinados entes, en especial los de menor dimensión.

Lo cierto es que tras la vigencia del EBEP no se produjo un desarrollo legislativo significativo en sede estatal ni autonómica, y en esta tesitura el legislador estatal ha optado por seguir una línea de reintegración de competencias sobre el empleo público local, de la que destaca el nuevo marco normativo de los funcionarios con habilitación nacional, pieza clave en el engranaje de control económico en que se desarrollan las sucesivas reformas legislativas en materia de contención del gasto público.

Antes de entrar en el análisis de cada clase de empleados públicos locales, debemos indicar que la Ley 27/2013 modifica sustancialmente el diseño del EBEP en cuanto a la distribución de los puestos de trabajo entre personal funcionario y personal laboral.

El EBEP seguía la técnica de reserva de puestos a los funcionarios, distinguiendo entre empleos de autoridad y empleos de gestión, debiendo los primeros ser desempeñados necesariamente por funcionarios. Por tanto, se restringió significativamente el ámbito de reserva de puestos de trabajo a los funcionarios públicos,

derogando el artículo 92 LRBR, y remitiéndose a las leyes de función pública, que debían dictarse en desarrollo del Estatuto Básico, en cuanto a los criterios de determinación de los puestos de trabajo que podían ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso la regulación que se recogía en el artículo 9.2 EBEP. Como consecuencia de ello, el EBEP había dejado amplia libertad de configuración al legislador de desarrollo, al reservar determinadas funciones a los funcionarios de carrera en el artículo 9.2, concediendo libertad al legislador de desarrollo para determinar los puestos que podían ser desempeñados por personal laboral (artículo 11.2 EBEP).

La reforma operada por la Ley 27/2013 nos ubica en el marco anterior al EBEP, puesto que revive la vigencia del artículo 92 LRBR, en términos muy similares al derogado artículo 92 de la Ley de 1985. En la redacción de 1985, el artículo 92.1 enumeraba el sistema de fuentes de los funcionarios locales, estableciendo que se regían, “en lo no dispuesto por esta Ley, por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en los términos del artículo 149.1.18.^a de la Constitución”. Análoga previsión se recoge en el vigente artículo 92.1, redactado por la Ley 27/2013, si bien con la mención expresa a la regulación del EBEP, cuando dispone que los funcionarios locales 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.^a de la Constitución”.

En cuanto a la distribución de puestos entre funcionarios y laborales, la reforma operada por la Ley 27/2013 vuelve a la preferencia por el vínculo funcional, mimetizando la reserva de puestos que ya recogía el texto de 1985. Así, el artículo 92.3 tasa los puestos que deben ser ocupados por los funcionarios locales de carrera (“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 tanto que el artículo 92 bis.1 recoge las funciones reservadas a los funcionarios con habilitación de carácter nacional, en los términos recogidos en el precedente artículo 92.3 de la Ley de 1985, con la referencia al régimen específico de los municipios de gran población (“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, y la contabilidad, tesorería y recaudación”).

Las reglas básicas de distribución entre funcionarios y laborales se completan por la regla general establecida en el artículo 92.2 LRBR (“Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario”), la cual estaba incluida en el artículo 15 de la Ley estatal de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984, en el ámbito de la Administración del Estado, y que supone, desde luego, una limitación del ámbito de discrecionalidad del legislador de desarrollo y de la Administración a la hora de catalogar los puestos de trabajo que pueden ser ocupados por personal laboral.

3.1.1. Funcionarios con habilitación de carácter nacional

El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, se vio modificado con la promulgación de la Ley de Modernización del Gobierno Local de 2003, y más sustancialmente con la disposición adicional segunda del EBEP de 2007.

Esta clase de funcionarios públicos locales tiene una amplia tradición en nuestro derecho, en tanto que son una categoría de funcionarios que permiten asegurar una función pública local competente desde el punto de vista técnico o profesional, y neutra o independiente del poder político que la dirige y ordena, especialmente cercano e inmediato en el ámbito de las entidades locales. La técnica consiste en la reserva de las funciones públicas más relevantes para el funcionamiento de las entidades locales a este cuerpo de funcionarios, que son seleccionados por otra Administración de mayor dimensión, y que gozan de garantías reforzadas de inamovilidad, de lo que resulta un mode-

lo legal que garantiza la observancia de los principios de mérito, capacidad y neutralidad de los funcionarios.

En especial, la vocación descentralizadora se plasmó en el régimen jurídico de los funcionarios de habilitación estatal resultante de la regulación de la disposición adicional segunda del EBEP, en la línea iniciada por la Ley de Modernización del Gobierno Local de 2003.

La evolución normativa buscaba, en el año 2007, la adaptación del modelo de función pública al modelo territorial de Estado que se diseñó en la Constitución española de 1978, y la aplicación de técnicas organizativas comunes a la función pública general en materia de provisión de puestos de trabajo. En el modelo resultante del EBEP, la Administración de referencia era la autonómica, con un ámbito de competencias exclusivas sobre estos funcionarios que compartía fundamentalmente con la Administración local, como Administración empleadora; en este sentido, la disposición adicional segunda del EBEP configuraba a los funcionarios con habilitación de carácter estatal como funcionarios autonómicos, en tanto que las comunidades autónomas ostentaban la competencia en materia de creación, supresión y clasificación de los puestos de trabajo, selección y nombramiento de estos funcionarios, así como en relación con comisiones de servicio, acumulaciones, nombramiento de personal interino y accidental, y régimen disciplinario. Por su parte, las entidades locales ostentaban asimismo un ámbito de competencia exclusiva sobre el régimen jurídico de los funcionarios con habilitación nacional, en su condición de funcionarios locales, en todo lo que afectaba al desarrollo de la relación de empleo público.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, reintegra al Estado la competencia sobre los funcionarios habilitados en términos análogos a los de la versión inicial de la LRBRL de 1985, recuperando asimismo su *nomen* de funcionarios de "habilitación nacional".

Desde la perspectiva competencial, y sobre el modelo de la Ley de 1985, ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, en la cual avaló la constitucionalidad del sistema, resaltando la especialidad que tienen estos funcionarios en la lógica de distribución competencial bases-desarrollo normativo, derivado de la relevante función que cumplen.

En el FJ 25 de la referida STC 214/1989 se expresaba que el sistema estatal y uniforme para la selección,

formación y habilitación de funcionarios con habilitación de carácter nacional trata de garantizar una formación común a partir de la cual puedan participar, sin perjuicio de alguna excepción, en los concursos de méritos convocados para la provisión de las plazas o puestos de trabajo a ellos reservados en las correspondientes plantillas de las entidades locales. Tras expresar que la materia se desarrollaba con gran detalle y minuciosidad, agotando el ámbito normativo y, en aspectos muy relevantes, el propio ámbito de la ejecución que pudiera corresponder a las comunidades autónomas, el Tribunal Constitucional entendía que esta técnica no determinaba, sin embargo, la inconstitucionalidad del sistema.

Para ello, se apoyaba en la STC 25/1983, donde se afirmaba que "ha de considerarse como básica dentro del ordenamiento jurídico actualmente vigente la existencia de los Cuerpos de funcionarios citados (Secretarios, Interventores y Depositarios de Fondos de Administración Local) como Cuerpos de carácter nacional y la selección de los funcionarios dentro de los citados cuerpos" (FJ 4). Es cierto que la LRBRL formalmente suprimió dichos cuerpos, si bien esa supresión ha ido acompañada de la calificación como "funciones necesarias en todas las Corporaciones Locales" de la de "Secretaría" y las de "control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación", quedando las mismas reservadas "a funcionarios con habilitación de carácter nacional". Por ello, de acuerdo con la doctrina de la STC 25/1983, no hay lugar sino a reconocer como válida y ajustada plenamente a la Constitución la decisión del legislador estatal que, al amparo del artículo 149.1.18.^a de la norma fundamental, ha fijado como básicas –y, por tanto, necesarias en todas las corporaciones locales– determinadas funciones que, por su propia naturaleza, quedan reservadas a determinados funcionarios con un específico grado de formación. Ese carácter básico, al servicio de garantizar de manera generalizada en todas las Administraciones locales el correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local y, más aún, autonómico, justifica, asimismo, que el Estado asuma, con plenitud de facultades, la fijación de los correspondientes programas de selección y formación de los funcionarios habilitados.

En la Ley 27/2013 las bases del sistema son las mismas, si bien se produce una especie de vuelta

atrás en relación con el sistema diseñado en el EBEP, recuperando el Estado la competencia, pero manteniendo sustancialmente los aspectos estatutarios de los funcionarios habilitados. Este cambio de orientación legislativa ha sido cuestionado en algunos de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 27/2013, si bien hay que destacar que la modificación del EBEP se plasmó en sede de legislación básica y no se trasladó al denominado bloque de constitucionalidad.

Desde el punto de vista de la legalidad, la derogación de la disposición adicional segunda del EBEP significa que recobran vigencia las normas reglamentarias estatales dictadas en desarrollo de la LRBRL de 1985, y ello hasta tanto no entre en vigor el Reglamento previsto en el artículo 92 bis, según dispone la disposición transitoria séptima de la Ley 27/2013. Por tanto, es de aplicación la regulación contenida en el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo –con las modificaciones del Real Decreto 834/2003, de 27 de junio–, así como en el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, en cuanto a las situaciones administrativas, y las normas reglamentarias de procedimiento disciplinario y situaciones administrativas. De la nueva regulación, debe destacarse como novedad que los funcionarios deben 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, si bien se prevé que, excepcionalmente, antes del transcurso de dicho plazo, se podrán efectuar nombramientos con carácter provisional por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, siempre que existan razones y circunstancias que requieran la cobertura del puesto con carácter urgente por estos funcionarios, y la imposibilidad de efectuar un nombramiento provisional (artículo 92 bis.8).

3.1.2. Funcionarios locales no habilitados

La regulación del estatuto de los funcionarios locales distintos de los de habilitación nacional se ha visto modificada directamente, en lo que se refiere a la delimitación de los puestos de trabajo a los que se ha hecho mención anteriormente y a la clarificación de la ordenación del sistema de fuentes, en la nueva redacción del artículo 92 LRBRL por la Ley 27/2013.

El régimen estatutario no se ha visto afectado por lo demás en la Ley 27/2013, si bien es obvio que la nueva estructura de la Administración local, resultante de la reforma, puede dar lugar a medidas aplicativas de reajuste de plantillas y transferencia de funcionarios de unos entes a otros. En este punto, debe estarse a las medidas previstas en el EBEP sobre movilidad de funcionarios, singularmente a los instrumentos de planificación a que se refiere el artículo 69 EBEP y al desarrollo normativo de los mismos.

Dentro de lo que es propiamente la regulación de la Ley 27/2013, tiene potencial funcionalidad, como instrumento apto para la adopción de medidas de reajuste en materia de empleo público local, el plan económico-financiero regulado en el artículo 116 bis LRBRL, para las corporaciones locales que incumplan el objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública, o la regla del gasto; dicho plan debe incluir medidas de “racionalización organizativa”, lo que puede afectar a los empleados públicos de la corporación.

En materia retributiva, el artículo 75 bis.4 intensifica la potestad del Estado sobre los límites retributivos de los empleados públicos, estableciendo que las leyes presupuestarias de cada año podrán fijar un límite máximo y mínimo total que, por todos los conceptos retributivos, pueda percibir el personal (sea funcionario o laboral) al servicio de las entidades locales y entidades de ellas dependientes. Por tanto, además de los límites sobre la masa salarial, el Estado puede incidir en las concretas retribuciones en función del grupo o por otros factores que se determinen en las leyes presupuestarias, estableciendo límites que comprendan los diferentes conceptos retributivos, incluyendo la productividad u otro tipo de percepciones.

Finalmente, la Ley 27/2013 ha modificado el artículo 100.1 LRBRL, referido a la selección, a fin de armonizar su contenido con el del artículo 92 bis, pero sin suponer cambios de fondo, ya que el legislador consolida un criterio tradicional, como es el de que sea cada corporación la que seleccione su personal propio, con la excepción de los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

3.2. Límites sobre el personal eventual

La configuración y el régimen jurídico del personal eventual no han resultado modificados sustancialmente.

El artículo 12 EBEP, en la línea de la legislación precedente, define al personal eventual como aquel que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados a este fin. La figura del personal eventual fue introducida en nuestro derecho por la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado de 1963, y, a nivel local, por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, en una coyuntura política determinada, lo que explica que alcance un amplio margen de aplicación, puesto que el personal eventual puede ser nombrado en el ámbito de cualquiera de las Administraciones territoriales.

El artículo 104 LRBRL contempla las singularidades del nombramiento y cese del personal eventual en la Administración local, que ahora resultan limitadas por las reglas introducidas por el artículo 104 bis LRBRL, redactado por la Ley 27/2013, sobre dotaciones de puestos de trabajo de personal eventual.

El artículo 104 bis introduce unos límites tomando como referencia la población del municipio, a cuyo efecto habrá de estarse a las cifras oficiales de población que se aprueban con carácter anual (*cfr.* Real Decreto 1016/2013, de 20 de diciembre, para el año 2014).

La aplicación de los límites de personal eventual que efectúa el artículo 104 bis es distinta en función del tipo de entidad local. En el caso de los ayuntamientos, los límites del personal eventual se establecen principalmente en función de tramos de población. Así, el primer tramo empieza a partir de municipios de población entre 2000 y 5000 habitantes, que podrán contar con un puesto de eventual siempre que no haya miembros de la corporación con dedicación exclusiva, por lo que los municipios de población inferior a este tramo no pueden nombrar eventuales. Continúa la escala por tramos hasta llegar a los municipios con población superior a 500 000 habitantes, en que el límite va referido a un número de puestos de eventual que no podrá exceder del 0,7 por ciento del número total de puestos de trabajo de la plantilla de las respectivas entidades locales. En el caso de diputaciones provinciales la referencia para el límite es el tramo correspondiente a la corporación del municipio más poblado de la provincia. Con carácter transitorio, la disposición transitoria décima establece que a las entidades locales que cumplan con los objetivos de estabilidad presu-

puentaria y deuda pública, y además cuyo período medio de pago a los proveedores no supere en más de 30 días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad, no se les aplicarán, con carácter excepcional, los límites previstos en los artículos 75 bis y ter y 104 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, hasta el 30 de junio de 2015.

Junto a estos límites cuantitativos, se establece un límite cualitativo importante en cuanto a la adscripción de los eventuales, los cuales deben asignarse a los servicios generales salvo que excepcionalmente el reglamento orgánico contemple la asignación funcional a otros servicios o departamentos. Con ello se pretende evitar la patología generalizada de utilización de eventuales para cobertura de puestos de responsabilidad o dirección, que deben ser desempeñados por funcionarios públicos, por lo que es más conforme a las funciones y cometidos de los eventuales que estén encuadrados en servicios generales.

Este precepto ha sido cuestionado en diferentes recursos de inconstitucionalidad por motivos competenciales. Aquí debe indicarse que, desde la perspectiva competencial, la doctrina del Tribunal Constitucional viene reiterando que la normativa básica en materia de régimen local debe desarrollarse en las materias que requieren de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales, y que no puede agotarse todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organización y el funcionamiento interno de los órganos, por lo que habrá de estarse al resultado de los diferentes recursos planteados sobre la constitucionalidad del artículo 104 bis LRBRL.

3.3. Personal directivo local

Los artículos 32 bis y 130.3 LRBRL regulan el personal directivo de las Administraciones locales. El artículo 32 bis establece 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, salvo que el correspondiente reglamento orgánico permita que, en atención a las características específicas de las fun-

ciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario. Por su parte, el artículo 130.3 establece que 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.

Las disposiciones transitorias octava y novena de la Ley 27/2013 señalan que sus previsiones serán de aplicación a los nombramientos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley, es decir, el 31 de diciembre de 2013.

La regulación es continuista en relación con la introducida en 2003 para los municipios de gran población, de manera que no se excluye la posibilidad de que los coordinadores generales y directores generales puedan ser nombrados entre quienes no reúnan la condición de funcionarios.

En cualquier caso, la regulación debe completarse con los principios que se establecen en el artículo 13 EBEP, esto es, la publicidad, mérito y capacidad como rectores del proceso de selección, entendido el mérito y capacidad como competencia profesional y experiencia.

3.4. Personal laboral

Sin duda, el colectivo de empleados públicos más afectado por la sucesión de reformas ha sido el de empleados públicos laborales, pues la reforma alcanza incluso a la estabilidad de los empleados laborales fijos. También en esta materia, las medidas anticrisis han supuesto una sustancial modificación sobre el diseño del empleo público laboral del EBEP de 2007.

Las normas más relevantes en este ámbito son las de la denominada reforma laboral de 2012, que abrió la posibilidad de aplicar la legislación laboral en materia de despidos en el sector público, alcanzando incluso a los trabajadores fijos, definiendo las causas justificativas del despido objetivo.

La disposición adicional segunda de la reforma laboral de 2012 añadió una disposición adicional vigésima al ET, dándole el siguiente contenido:

“El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

“A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 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 servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”.

De este modo, en materia extintiva por causas económicas, técnicas y organizativas, se produce una plena equiparación entre el personal laboral del sector público y el laboral privado tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012), y posterior Ley 3/2012. La STSJ Cataluña, Social, de 16 de abril de 2014 (rec. 819/2014) así lo expresa, cuando entiende que tras la reforma laboral de 2012 desaparece cualquier posibilidad de adoptar decisiones extintivas –amortizar plazas ocupadas– de contratos laborales de carácter discrecional, y al imponer a la Administración la obligación de acudir a los procedimientos de despido objetivo para proceder a la extinción de los contratos, tanto si se trata de trabajadores fijos como si se trata de trabajadores indefinidos no fijos. Por lo tanto, la extinción de los contratos laborales por amortización de la plaza en el sector público pasa a ser una causa legal de extinción, que

tiene su propio régimen jurídico en los artículos 51 y 52 ET, lo que significa que el ente público local está obligado a seguir los procedimientos que dichos preceptos regulan.

En el caso de despidos colectivos, la Ley 3/2012 establece 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, lo que significa que la extinción de los contratos del personal laboral fijo, como el indefini-

do no fijo, debe seguir los postulados del despido colectivo u objetivo, aunque se dé prioridad de permanencia a los primeros sobre los segundos, lo cual es razonable con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Para concluir debemos indicar que la incidencia de la Ley 27/2013 se concreta singularmente en los aspectos retributivos del personal laboral, con la regulación de la masa salarial (artículo 103 bis LRBRL) y de las retribuciones del personal de alta dirección (disposición adicional duodécima LRBRL). ■

36_{QDL}

Jurisprudencia

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en el ámbito local*

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Magistrado del Tribunal Supremo

1. **Introducción: La potencial incidencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de régimen local**
2. **Directrices jurisprudenciales relativas a los entes locales**
 - 2.1. Recurso contencioso-administrativo: Los tribunales contencioso-administrativos deben respetar el derecho a un proceso debido con todas las garantías en los procedimientos que afectan a los entes locales [SSTS de 5 de julio de 2013 (RC 2214/2010) y de 29 de octubre de 2013 (RC 6382/2010)]
 - 2.2. Delimitación territorial de términos municipales
 - 2.2.1. El procedimiento de deslinde es eminentemente administrativo, por lo que no inciden los procesos civiles que resuelven acciones reivindicatorias de dominio [STS de 9 de diciembre de 2013 (RC 4832/2010)]
 - 2.2.2. Inalterabilidad de los términos municipales cuando los ayuntamientos están conformes con los límites existentes [STS de 14 de marzo de 2014 (RC 1694/2012)]
 - 2.3. Urbanismo: El planificador urbanístico está obligado a respetar la legislación sectorial en materia de protección de patrimonio histórico-artístico [STS de 5 de noviembre de 2013 (RC 4673/2010)]
 - 2.4. Medio ambiente
 - 2.4.1. El Consejo de Ministros goza de un amplio margen de apreciación en la designación de un determinado municipio para albergar un Almacén de combustible nuclear [STS de 4 de noviembre de 2013 (RCA 282/2012)]
 - 2.4.2. La aprobación de un plan urbanístico no puede considerarse un proyecto de obras a los efectos de aplicación de la Directiva 85/337/CEE, de impacto ambiental [STS de 26 de julio de 2013 (RC 593/2010)]
 - 2.4.3. El Consejo de Ministros debe ponderar equilibradamente los intereses económicos y medioambientales concurrentes en relación con la autorización de permisos de investigación de hidrocarburos [STS de 25 de junio de 2014 (RCA 353/2012)]
 - 2.5. Derecho subvencional: Los Gobiernos locales tienen la responsabilidad de cumplir los compromisos contenidos en el acuerdo de otorgamiento de subvenciones [STS de 20 de enero de 2014 (RC 1621/2011)]
3. **Epílogo: El compromiso del Gobierno local con el reforzamiento y desarrollo de la cláusula constitucional del Estado social**
4. **Notas bibliográficas**

Resumen

La reforma legislativa del régimen local tendrá una repercusión limitada en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formulada respecto de las instituciones locales, por cuanto la Constitución blindará las características esenciales que hacen reconocible el gobierno local, aunque pueda suponer un incremento de la conflictividad interadministrativa.

Palabras clave: *gobierno local; principio democrático; Estado social; principio de sostenibilidad económico-financiera de las corporaciones locales.*

Artículo recibido el 21/07/2014; aceptado el 10/10/2014.

* Ponencia presentada en el séptimo seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2014*, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 11 de julio de 2014.

The case-law of the Spanish Supreme Court on local law

Abstract

The legislative reform of the local legal system will have a limited repercussion on the case-law of the Spanish Supreme Court on local law. This is because the Constitution entrenches the essential features that make recognizable the local government, although this entrenchment may entail more interadministrative conflicts.

Keywords: local government; democratic principle; Social State; economic-financial sustainability of local governments.

1. Introducción: La potencial incidencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de régimen local

La crisis financiera internacional, que ha desembocado en una crisis económica y fiscal, particularmente sentida en España, ha afectado de forma significativa a la estructura funcional del Estado.

En este sentido, el profesor Esteve Pardo ha puesto de relieve que la crisis económica ha originado un repliegue del Estado, en la medida en que se produce un flujo de actividades y funciones de la órbita estatal al sector privado, que se apropia de la gestión de servicios de carácter prestacional que hasta ese momento eran de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

La crisis económica también ha propiciado una degradación del principio democrático, que constituye una característica estructural identificadora del Estado moderno, en cuanto se produce un proceso de recentralización, que tiene como resultado el apoderamiento de instituciones no representativas para que ejecuten funciones públicas y el desapoderamiento de responsabilidades públicas de instituciones representativas, como advierte el profesor Agustín José Menéndez.

Las políticas de reforma de las Administraciones Públicas que se emprenden tras el surgimiento de la crisis, están dominadas por su sometimiento al dogma de "contención y reducción del gasto público", de tal forma que la pretensión de racionalizar y hacer más eficiente el sector público, para que cumpla adecuadamente sus fines constitucionales, se vincula de modo inexcusable al objetivo de garantizar la sostenibilidad económica y financiera de los entes públicos.

El modelo constitucional de gobierno local ha perdido densidad normativa, porque el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales que definen la posición institucional de ayuntamientos y diputaciones se supedita al nuevo paradigma de equilibrio fiscal, que incide en la reformulación de la Administración local.

El principio de estabilidad presupuestaria, sancionado en el artículo 134 de la Constitución, ha sido el vector determinante del proceso de reformas institucionales emprendidas por el legislativo, que ha motivado la revisión del régimen jurídico-político local.

El profesor Rafael Jiménez Asensio ya había advertido de la necesidad de que la reforma de los Gobiernos locales, propiciada por la crisis económica, preservara la calidad institucional de la Administración local, dotándola de una organización más profesional, flexible, eficiente e innovadora, que fuese capaz, reformando su financiación, de satisfacer las necesidades vinculadas al desarrollo del Estado social.

Los ayuntamientos y diputaciones son ante todo, por designio de la Constitución, un elemento estructural de la organización democrática de nuestra convivencia, que debe disponer de un ámbito competencial equilibrado, consecuente con su posición institucional, como se afirmaba en el Preámbulo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Por ello, en una intervención anterior en este *Seminario de actualización jurídica local*, ya había señalado que la racionalización de la estructura institucional y administrativa de los entes locales debía responder al desafío de asegurar la eficacia de la Administración local, pero también debía fundarse en el respeto a los paradigmas constitucionales sobre el Gobierno local, que determinan que deben ejercer aquellas competencias que resulten imprescindibles para tutelar los inte-

reses de los ciudadanos y ciudadanas que integran la colectividad local.

En este sentido, considero que la reforma de la Administración local no puede disociarse o desvincularse de los destinatarios de la acción pública local, que tienen reconocido un estatuto de derechos económicos, sociales y culturales, que obliga a los Gobiernos locales a promover su desarrollo efectivo mediante la prestación de aquellos servicios públicos que sean necesarios para satisfacer las aspiraciones de una vida colectiva integradora y sin exclusiones. La Constitución de 1978 –fundada en el principio de descentralización política y administrativa del poder público– ha establecido un diseño de los entes locales no abiertamente elástico o flexible, sino cimentado y asentado en la garantía del principio de autonomía local, que no puede degradarse por el legislador, reduciendo indiscriminadamente las atribuciones competenciales o el ámbito de actuación derivado de su configuración como Administración más cercana a los ciudadanos.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, descansa en dos pilares básicos: Incrementar el control económico-financiero de las corporaciones locales, con la finalidad de cumplir con las previsiones de reducción del déficit público y, en consecuencia, asegurar el principio de estabilidad presupuestaria; y delimitar las competencias municipales con el objeto de evitar duplicidades con otras Administraciones Públicas, bajo el paradigma de “una Administración una competencia”.

El profesor Luciano Parejo Alfonso ha formulado algunas reflexiones críticas sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, en el modelo de autogobierno municipal, destacando que el legislador propicia una dilución sustancial del principio de autonomía local, en cuanto persigue una recentralización económico-financiera de la Administración local, que se proyecta y extiende de forma directa en los ámbitos institucional, organizativo y funcional de gestión de los servicios municipales.

Este cambio ordinamental del régimen jurídico de la Administración local, propiciado por la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, tendrá repercusión en la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Supremo formule respecto de la interpretación del Derecho local, pero considero que, más que provocar un debilitamiento de las bases institucionales en que se asienta y sustenta dicha doctrina, el impacto se limitará al reconocimiento de los nuevos paradigmas de equili-

brio presupuestario y de sostenibilidad económica y financiera de los entes locales.

Este juicio relativizador de la incidencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre régimen local, lo sustento, esencialmente, en la idea de que el fundamento del principio de autonomía local reside en la Constitución, que determina, en sus artículos 137, 140, 141 y 142, los rasgos constitucionales del autogobierno local, que son indisponibles por el legislador y que, por su carácter vinculante, son determinantes de la acción fiscalizadora de los tribunales de justicia y del Tribunal Constitucional.

Los juzgados y tribunales territoriales contencioso-administrativos, y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, deberán buscar una interpretación de las disposiciones de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que sea acorde con los postulados constitucionales que hacen reconocible el autogobierno local en su dimensión política, institucional, social y fiscal, de modo que, en el supuesto de que no logren armonizar el texto legislativo con la Constitución, deberán plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 163 de la *Lex Fundamental*.

Debe significarse, además, que la Carta Europea de Autonomía Local, que, como tratado internacional suscrito por España, tiene un valor prevalente en la interpretación del Derecho interno de régimen local, determina que los tribunales contencioso-administrativos deban realizar un escrutinio constante y sostenido sobre la compatibilidad de las disposiciones de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, con los principios rectores de la autonomía local consagrados en dicho instrumento.

El poder de resistencia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que acoge una concepción expansiva del principio de autonomía local, por su sustrato y arraigo constitucional, y por su fundamento democrático, acorde con los valores inherentes al Estado social y democrático de Derecho, reside, también, en su alineación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha mostrado tradicionalmente respeto a la formulación constitucional del autogobierno local (SSTC 103/2013, de 25 de abril;

143/2013, de 11 de julio, y 161/2013, de 26 de septiembre).

2. Directrices jurisprudenciales relativas a los entes locales

2.1. Recurso contencioso-administrativo: Los tribunales contencioso-administrativos deben respetar el derecho a un proceso debido con todas las garantías en los procedimientos que afectan a los entes locales [SSTS de 5 de julio de 2013 (RC 2214/2010) y de 29 de octubre de 2013 (RC 6382/2010)]

El control jurisdiccional efectivo de la actividad de ayuntamientos y diputaciones por los tribunales de justicia contencioso-administrativos, constituye un elemento central del encaje y articulación del poder local en el Estado de Derecho, que contribuye decisivamente a la gobernanza de los entes locales, dotándoles de legitimidad, en cuanto, a través del proceso contencioso-administrativo, los ciudadanos pueden entablar acciones en defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a las actuaciones de la Administración que estimen contrarias al principio de legalidad.

Las reglas procesales que determinan el desarrollo de los recursos contencioso-administrativos en que son parte los entes locales han permanecido invariables, al no haber procedido la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, a modificar ninguna de las disposiciones de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La regulación procesal del contencioso-administrativo local ha quedado al margen de la revisión del régimen local, y, por ello, subsiste sin variación la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del alcance del derecho a un proceso debido con todas las garantías, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, para no causar indefensión a las corporaciones locales o diputaciones u otros entes locales personados como parte demandante o parte demandada en un recurso contencioso-administrativo.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013 (RC 2214/2010) revoca la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de Galicia, al estimar que la falta de emplazamiento del Ayuntamiento de Valga en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Pastoriza contra la resolución de la Consejería de Innovación, Industria y Comercio de la Xunta de Galicia de 11 de julio de 2007, por la que se publicó la relación de solicitudes de autorización para la instalación de parques eólicos singulares, constituye una violación de la garantía procesal contenida en el artículo 49 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que obliga a reponer las actuaciones procesales al momento en que se subsane la irregularidad procesal señalada, al haberse demostrado que se ha producido indefensión a la referida corporación local, al privarle del derecho a defender sus intereses legítimos en el proceso judicial.

La decisión del Tribunal Supremo se fundamenta en las siguientes consideraciones jurídicas:

“[...] En el presente caso, la Corporación recurrente, presentó la solicitud de autorización de instalación de parques eólicos singulares al amparo de la Orden de la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia de 17 de diciembre de 2004 y figuraba en la relación de las solicitudes admitidas a trámite por resolución de dicha Consejería de 11 de julio de 2007. Y también es cierto que el citado Ayuntamiento de Valga era conocido y se encontraba perfectamente identificado al constar nominalmente entre los Concellos de la provincia de Pontevedra que habían presentado la solicitud de autorización.

“En fin, procede acoger el motivo, pues, al igual que en nuestra Sentencia de 27 de febrero de 2013, no cabe duda de que, en tanto que incluido en la relación de solicitantes admitidos, procedía el emplazamiento del Ayuntamiento de conformidad con lo estipulado en el artículo 49.1 de la Ley jurisdiccional; y tampoco cabe duda de que en tal condición tenía interés en el mantenimiento de la resolución que fue anulada por la Sentencia recurrida. En consecuencia, puede legítimamente alegar que ha visto perjudicados sus intereses al ordenarse la retroacción del procedimiento administrativo al momento inmediatamente anterior a la constitución de la comisión de valoración de las solicitudes de autorización para la instalación de parques eólicos singulares. La tramitación del recurso sin que haya podido intervenir en defensa de la legalidad de la resolución de la Xunta de Galicia de 11 de julio de 2007 y de sus propios intereses, en la medida en que su solicitud estaba ya admitida, le ha causado, por tan-

to, una evidente indefensión que sólo puede ser reparada mediante la repetición del juicio de instancia.

“[...] Como es sabido, el emplazamiento de los interesados en el proceso contencioso-administrativo constituye trámite esencial para una correcta formación de la relación jurídico procesal. El emplazamiento que, como regla general, debe ser directa y personalmente cuando sean conocidos o identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda, constituyendo la falta de ese emplazamiento personal obligado un quebrantamiento de las formas y garantías esenciales del proceso, además de una vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el art. 24.1 CE”.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013 (RC 6382/2010) casa la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, al entender injustificada la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Illana contra la resolución de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Castilla-La Mancha, de 28 de marzo de 2007, por la que se aprobaba el estudio informativo de la vía de alta capacidad para la conexión de Guadalajara con la A-3 y con la autovía de Castilla-La Mancha, ya que se había causado indefensión al referido ente local, al considerar que el recurso judicial se presentó sin aportar el informe previo del secretario de la corporación local, exigido por el artículo 54.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, en cuanto no se le había dado ocasión de subsanar este defecto procesal.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo alumbra el principio de buena fe procesal, que debe regir la conducta procesal de las partes y que vincula también al Tribunal, de modo que ante una alegación de la defensa letrada del Ayuntamiento recurrente en la instancia sobre la objeción de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de aportación del informe del secretario municipal, de la que cabía inferir que dicho funcionario había emitido tácitamente el referido informe, la Sala de instancia debió valorar si se cumplió o no dicho requisito procesal, y, en su caso, ofrecer un trámite de subsanación, pero no podía ya rechazar el recurso contencio-

so-administrativo, en la medida en que se causa indefensión al Ayuntamiento promotor de la acción judicial.

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que analizamos, se consigna como argumento de autoridad la doctrina fijada en la precedente sentencia de 5 de noviembre de 2008 (RC 4785/2005), donde se había hecho una interpretación sistemática de los artículos 45.3 y 138.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los siguientes términos:

“[...] El artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto.

“Ahora bien, el alcance y significado de ese precepto se detiene ahí. De él no cabe derivar como efecto jurídico uno de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala no hacen aquel requerimiento, pues no es eso lo que dice el precepto ni es eso lo que se deduce de su tenor literal o de su espíritu o finalidad. Ni cabe derivar uno según el cual la invalidez sólo pudiera ser apreciada tras un acto en contrario del propio Juzgado o Sala que sí requiriera de subsanación.

“La razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese mismo momento. No otra. Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión.

“Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entran en juego las normas del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción, comprendido en un Título de la Ley, el VI, que contiene las disposiciones comunes a sus Títulos IV y V, y por tanto las que son aplicables también al procedimiento contencioso-administrativo y a su fase de interposición que regula precisamente el Título IV.

“[...] Son así las normas de ese artículo 138, más la del artículo 24.1 de la Constitución en el particular en

que proscribía toda situación de indefensión, las que rigen la cuestión que finalmente hemos de decidir, cual es si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en efecto concurría.

“En suma y en definitiva: no era obligado, a diferencia de lo que se sostiene en el tercero de los motivos de casación, y pese a las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan en el cuarto, que la Sala de instancia requiriera de subsanación antes de dictar sentencia. Ni es a la actuación de dicha Sala a la que cabe imputar situación alguna de indefensión.” (fundamentos de derecho sexto y séptimo)“.

2.2. Delimitación territorial de términos municipales

2.2.1. El procedimiento de deslinde es eminentemente administrativo, por lo que no inciden los procesos civiles que resuelven acciones reivindicatorias de dominio [STS de 9 de diciembre de 2013 (RC 4832/2010)]

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2013 (RC 4832/2010) aborda la delimitación de los términos municipales de Fígols i Alinyà y Odén, decretada por resolución del Consejo de Gobernación y Administraciones Públicas de la Generalidad de Cataluña de 9 de febrero de 2007, que se había fundamentado en el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia de Solsona, que había resuelto un proceso civil en que se ejercitaba una acción reivindicatoria de dominio de determinados terrenos, promovida por unos vecinos contra el Ayuntamiento de Odén.

La sentencia del Tribunal Supremo, que revoca la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, considera que se ha infringido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formulada respecto de los criterios aplicables en el deslinde de términos municipales.

El Tribunal Supremo acoge la doctrina sentada respecto del significado del territorio como un elemento estructural del municipio, sobre el que el Ayuntamiento ejerce sus potestades y competencias, cuya delimitación tiene un carácter erróneamente administrativo, que no está condicionado por declaraciones judiciales

del orden jurisdiccional civil, relativas a la propiedad de los terrenos afectados.

El Tribunal Supremo, consciente de que la interpretación del Derecho Público de Cataluña, en materia de régimen local, corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, excepciona en este supuesto su falta de competencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al advertir que en la legislación de la Comunidad Autónoma de Cataluña no se establece ningún criterio sustantivo sobre el deslinde de términos municipales, por lo que necesariamente cabe atender a las directrices jurisprudenciales formuladas respecto de los deslindes de municipios del Alto Tribunal:

“[...] La circunstancia de que las normas reguladoras del régimen jurídico de las entidades locales aplicables en la Comunidad Autónoma de Cataluña no prevean criterios de orden sustantivo o material para la realización de las operaciones de delimitación de términos municipales, tal como advierte la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña en su Dictamen de 30 de noviembre de 2006, en referencia al artículo 25 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, no determina que el Consejero de Gobernación y Administraciones Públicas de esa Comunidad pueda desconocer las directrices jurisprudenciales que informan los deslindes jurisdiccionales entre términos municipales”.

2.2.2. Inalterabilidad de los términos municipales cuando los ayuntamientos están conformes con los límites existentes [STS de 14 de marzo de 2014 (RC 1694/2012)]

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2014 (RC 1694/2012) resuelve un original supuesto de deslinde de términos municipales, en cuanto los terrenos controvertidos habían sido ganados al mar, de modo que no había documentos previos acreditativos de la realización de actos de jurisdicción por parte de los ayuntamientos litigantes.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Carreño contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo formulado por dicha corporación lo-

cal contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, de 21 de octubre de 2009, por el que se aprobaba el deslinde de los términos municipales de Carreño y Gijón, en el ámbito de los terrenos ganados al mar en la desembocadura del río Aboño, en cuanto no resultaban aplicables las disposiciones reglamentarias que contemplaban la revisión de deslindes realizados con la conformidad de los ayuntamientos afectados.

La Sala de instancia había sostenido que el artículo 19 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades locales no era aplicable en el supuesto enjuiciado, lo que es objeto de confirmación por el Tribunal Supremo:

“En consecuencia, y sin desconocer que los terrenos ganados al mar suscitan a menudo discrepancias para fijar los límites de los correspondientes términos municipales, de lo que dejamos constancia en la STS de 21 de febrero de 2002 (recurso de casación nº 7809/1997), debemos concluir que la sentencia no infringe el citado artículo 19 cuando, en el fundamento de derecho tercero, señala que esa disposición reglamentaria se refiere a la revisión de deslindes de conformidad, que no es el caso”.

El Tribunal Supremo descarta que la Sala de instancia haya incurrido en arbitrariedad en la valoración de la prueba, al apreciar que el deslinde de los términos ganados al mar se ha resuelto de forma equilibrada, atendiendo a criterios técnicos que se reflejan en los informes emitidos por el Instituto Geográfico Nacional y el Centro de Cartografía:

“[...] No podemos revisar y alterar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal ‘a quo’, pues sabido es que tal operación jurídica queda extramuros del recurso de casación, atendida la naturaleza extraordinaria del citado recurso. Salvedad hecha, claro está, de los casos en que la Sala de instancia haya incurrido en arbitrariedad o se hayan vulnerado las normas sobre la apreciación de la prueba en los contados casos en que esta no es libre sino tasada. Esta excepción no se da respecto de la prueba pericial, cuya valoración parece discutir la parte recurrente, pues está sometida a la libre apreciación del juzgador según las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 348 de la indicada Ley de Enjuiciamiento Civil.

“La arbitrariedad que se esgrime respecto de la valoración de la prueba no puede ser compartida por esta Sala, pues en el fundamento cuarto se expresan, de forma racional, las razones por las que la Sala de

instancia, llega a la conclusión de que el deslinde de los términos municipales se ha realizado según criterios técnicos equilibrados. Tomando en consideración lo que indica el informe del Instituto Geográfico Nacional, los informes técnicos que obran en el expediente administrativo (informe del Instituto Geográfico Nacional e informe del Centro de Cartografía), así como las pruebas periciales acompañadas, una con el escrito de demanda y otra formalizada en el proceso.

“En fin, no puede tildarse de irracional o arbitraria la valoración de la prueba realizada cuando el resultado resulta adverso para la parte recurrente, pues los diferentes informes obrantes en las actuaciones de instancia y en el expediente administrativo, han sido valorados adecuadamente por la Sala de instancia”.

2.3. Urbanismo: El planificador urbanístico está obligado a respetar la legislación sectorial en materia de protección de patrimonio histórico-artístico [STS de 5 de noviembre de 2013 (RC 4673/2010)]

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013 (RC 4673/2010), que resuelve los recursos de casación interpuestos por el Arzobispado de Madrid y el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de mayo de 2010, que había estimado el recurso contencioso-administrativo formulado por la Asociación “Amigos de La Cornisa-Vistillas” contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 4 de octubre de 2007, por el que se aprobó definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid en el ámbito de la nueva Área de Planeamiento “Cornisa de San Francisco-Seminario”, constituye un auténtico *leading case*, en materia de interpretación del Derecho Urbanístico, en cuanto se reconoce de forma enfática el principio de vinculación del planificador urbanístico a la legislación sectorial de protección del patrimonio histórico-artístico, lo que determina que se limiten las facultades discrecionales de ordenación de los recintos históricos.

La sentencia del Tribunal Supremo parte de la premisa del análisis –que realiza la Sala de instancia– del contenido de las determinaciones urbanísticas que incorpora la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, resaltando que supone

incrementar la edificabilidad lucrativa en 19 577,17 metros cuadrados, y descatalogar la totalidad de los jardines y zonas verdes protegidos con el nivel 3 en la zona de la Basílica de San Francisco el Grande, afectando al Recinto histórico de la Villa de Madrid, declarado bien de interés cultural por el Decreto 41/1995, de 27 de abril.

El Tribunal Supremo apoya su decisión en la doctrina jurisprudencial expuesta en la precedente sentencia de 15 de marzo de 2013 (RC 6243/2009), en que había llegado a la misma conclusión, que subraya que la normativa sobre patrimonio histórico-artístico impone limitaciones al planificador urbanístico, reduciendo su ámbito de discrecionalidad:

“Así, pues, y por concluir ya, en el supuesto sometido a nuestro enjuiciamiento, se echa en falta el instrumento de protección del patrimonio histórico-artístico indispensable para legitimar la actuación pretendida. Más allá de la alteración de la estructura urbana o de que la alteración en su caso redunde en la mejora del conjunto, justamente, para verificar que en efecto es así, se precisa la exigencia del instrumento de protección antes indicado y la modificación puntual cuya legalidad se cuestionó en instancia no resulta adecuada para el desempeño del cometido indicado. Decae así la premisa sobre la que se construye el resto de la argumentación. Por todo ello, procede desestimar los recursos de casación y confirmar la sentencia impugnada”.

El Tribunal Supremo confirma el escrutinio que había realizado la Sala de instancia entre el Acuerdo de modificación parcial del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid y la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, destacando las exigencias derivadas de la normativa sobre protección del patrimonio histórico-artístico, que impone la aprobación de un plan especial de protección, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1 de la mencionada Ley 16/1985, y evalúa si ante la inexistencia de dicho plan, en el supuesto enjuiciado, el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 y la modificación del Plan General cumplen el cometido sustancial de tutela del patrimonio histórico-artístico, con las siguientes consideraciones jurídicas:

“[...] Dispone la Ley estatal, Ley 16/1985 en su artículo 20.1:

“La declaración de un conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica, como bienes de interés cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan

Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados’.

“La legislación sobre patrimonio histórico-artístico contempla una figura específica, así, pues, el plan especial de protección; pero habilita igualmente a cualquier instrumento de ordenación –de los previstos en la legislación urbanística– a tal fin, esto es, a asegurar la protección de un conjunto histórico. Por tanto, cabe entender que esta previsión también abarca y legitima que la protección requerida venga dispensada a través de los planes generales de ordenación urbana.

“A decir verdad, sin embargo, sobre esta conclusión inicial, no hay lugar a la discusión, porque es que lo admite sin tapujos la propia sentencia recurrida. Pero, como particularmente se insiste sobre ello en sentido adverso en los recursos (particularmente, el del Arzobispado), hay que salir al paso de ello, para no dejar imprejuizada esta cuestión.

“No se aprecia, pues, ruptura del principio de jerarquía en el planteamiento, como se aduce de contrario, en tanto que el plan general es un instrumento de ordenación superior que puede comprender entre sus determinaciones las que resultarían propias inicialmente de un instrumento de desarrollo. No sólo lo posibilita la propia normativa urbanística, es que lo hace en los términos antes transcritos la propia normativa sobre patrimonio histórico-artístico, para la que la cuestión, así, pues, y en definitiva, no es tanto de forma como de contenido.

“Por tanto, ni la modificación pretendida que ha suscitado la controversia que nos ocupa, ni, menos aún, el Plan General de 1997 resultan susceptibles de ser descalificados por el solo hecho de aspirar a convertirse en el instrumento de protección exigido por la legislación sobre patrimonio histórico-artístico para salvaguardar la tutela de los conjuntos históricos.

“Ahora bien, y por completar estas consideraciones generales, que el plan general y sus sucesivas revisiones o modificaciones puedan servir a los efectos pretendidos no quiere decir que lo hagan siempre y en todo caso, sino sólo si cumplen una serie de exigencias que el propio precepto de la legislación sobre patrimonio histórico-artístico se cuida de destacar.

“[...]”

“Inicialmente, en efecto, el Plan General de 1997, aprobado por el Ayuntamiento (17 de abril de 1997), no cumplía en las áreas de planeamiento remitido como las que nos ocupan las condiciones para erigirse en instrumento de protección del patrimonio histórico-artístico: así lo establece la sentencia impugnada y lo llega a reconocer también el propio Ayuntamiento.

“Sin embargo, no menos cierto es que, con posterioridad, sus deficiencias en este punto resultaron subsanadas:

“‘al objeto de dar cumplimiento a las condiciones y rectificaciones impuestas en el Acuerdo de aprobación definitiva del PGOUM de 17.04.1997, se procedió por los servicios técnicos del Ayuntamiento de Madrid a tramitar los correspondientes expedientes administrativos, y elevados de nuevo al Consejo de Gobierno de la CAM se adoptaron en esta sede nuevos Acuerdos de 13 de noviembre de 1997 y 8 de enero de 1998 dando por cumplidas las condiciones impuestas en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17.04.1997. [...]”

“‘La publicación de los Acuerdos se produjo en el BOCM de 27 de agosto de 1997, 15 de enero y 10 de febrero de 1998.

“‘Igualmente se elaboró un Texto Refundido, de dicha documentación y acuerdos, denominado cumplimiento del Acuerdo de aprobación definitiva del PGOUM de 17.04.1998, que fue publicado como nuevo documento del Plan’.

“Según se indica por al Ayuntamiento:

“‘la sentencia no tiene presente que con fecha 5 de diciembre de 1997, el Ayuntamiento de Madrid remite a la Comunidad de Madrid el expediente relativo al acuerdo adoptado por el Pleno municipal en fecha 28 de noviembre de 1997, rectificando la documentación del Plan General, y que, en virtud de lo anterior, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en sesión de 8 de enero de 1998, acordó dar por cumplidas las condiciones señaladas en el acuerdo de aprobación definitiva de la Revisión del Plan General, aprobando definitivamente dicha Revisión. Entre todas las múltiples cuestiones rectificadas por el Ayuntamiento, figuraba el cumplimiento del apartado Primero F). Informes Sectoriales, y entre ellos el de la Dirección General de Patrimonio Cultural’.

“Pero esto último es incorrecto. O mejor dicho, el reproche que dirige la Sala hacia al Plan General en este punto ha de entenderse que se refiere estrictamente al documento de aprobación definitiva (Acuerdo de 17 de abril de 1997). Desde tal punto de vista, resulta incues-

tionable su afirmación, hasta el extremo que es compartido por el Ayuntamiento, como antes se indicó.

“Ha de entenderse, sin embargo, limitado en todo caso al momento señalado.

“[...]”

“Así, pues, aunque resulta relevante con vistas a alcanzar el esclarecimiento del asunto, es innecesaria realmente la discusión sobre si el Plan General de 1997 constituye un instrumento de protección del patrimonio histórico artístico. En definitiva, la sentencia impugnada tampoco lo niega (lo rechaza sólo respecto de su versión originaria en la que quedó aprobado definitivamente el plan, antes de que se procediera a dar por subsanadas sus deficiencias).

“Lo que la sentencia verdaderamente cuestiona, pero ello sólo puede ser entendido a la luz de los antecedentes expuestos, es que la modificación puntual aprobada para los ámbitos APR 01.06 y 01.07, al desatender los criterios impuestos que fueron acogidos en el trámite de subsanación de deficiencias, siga cumpliendo las exigencias propias de los instrumentos de protección en los términos previstos por la normativa sobre patrimonio histórico-artístico (pese a los informes ahora emitidos y obrantes en el expediente: el de la Comisión de Expertos evacuado en su reunión de 3 de febrero de 2006, y el de la Dirección General de Patrimonio Histórico de 29 de marzo de 2006), en la medida que no cumplen por lo demás las determinaciones propias de su contenido, que figuran recogidas en la normativa autonómica (artículo 30 de la Ley madrileña), que antes mencionamos y recogimos, pero en la medida en que aparecían mejor sintetizadas tales determinaciones que en la propia normativa estatal (Ley 16/1985), que, en cualquier caso, las contempla igualmente”.

2.4. Medio ambiente

2.4.1. El Consejo de Ministros goza de un amplio margen de apreciación en la designación de un determinado municipio para albergar un Almacén de combustible nuclear [STS de 4 de noviembre de 2013 (RCA 282/2012)]

Los recursos contencioso-administrativos medioambientales tienen ordinariamente como objeto determinar si las autoridades estatales, comunitarias o municipales han respetado en la adopción de sus decisiones

las exigencias que se derivan de la aplicación de la legislación medioambiental, y, singularmente, valorar la necesidad de realizar una evaluación de impacto ambiental respecto de la actividad proyectada.

Sin embargo, en la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2013 (RCA 282/2012), se resuelve un conflicto medioambiental en que se suscita una controversia respecto de si está justificada la decisión del Consejo de Ministros de designar como emplazamiento del Almacén Temporal Centralizado de combustible nuclear el municipio de Villar de Cañas, a pesar de que la candidatura presentada por el Ayuntamiento beneficiado no era la que tenía mayor consenso social, ni institucional ni territorial.

El Tribunal Supremo confirma la legalidad de la decisión del Consejo de Ministros, al no apreciar que el acuerdo gubernamental impugnado sea inmotivado o arbitrario, con la exposición de los siguientes razonamientos:

“[...] La pretensión anulatoria del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2011, que se fundamenta en la alegación de que dicho acuerdo adolece de falta de motivación, en lo que concierne a la elección del municipio de Villar de Cañas, en cuanto no se justifica su adjudicación al referido municipio, y no se tiene en cuenta que dicha candidatura no es la que contaba con el mayor consenso social, no puede ser acogida, pues rechazamos que la decisión gubernamental pueda calificarse de arbitraria, ya que apreciamos, siguiendo los criterios expuestos en la precedente sentencia dictada por esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013 (RCA 230/2012), que en el proceso de selección se han respetado las bases de la convocatoria establecidas en la resolución del Secretario de Estado de Energía de 23 de diciembre de 2009, así como la regulación contemplada en el Real Decreto 775/2006, de 23 de junio, por el que se crea la Comisión interministerial para el establecimiento de los criterios que deberá cumplir el emplazamiento del almacén temporal centralizado de combustible nuclear gastado y residuos de alta actividad, y de su centro tecnológico asociado, que determinaba que la Comisión Interministerial elaborará una propuesta de emplazamiento con base a las evaluaciones técnicas realizadas sobre idoneidad, que contemplará las mejores alternativas de localización, pudiendo el Consejo de

Ministros decidir la que considere mas adecuada para la ejecución del proyecto de construcción del ATC”.

2.4.2. La aprobación de un plan urbanístico no puede considerarse un proyecto de obras a los efectos de aplicación de la Directiva 85/337/CEE, de impacto ambiental [STS de 26 de julio de 2013 (RC 593/2010)]

En la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2013 (RC 2593/2010), se flexibiliza la exigencia de evaluación de impacto ambiental, en relación con la aprobación de instrumentos de planeamiento, respecto del criterio sustentado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, al declarar que ni desde la perspectiva de aplicación del Derecho interno –Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental– ni desde la óptica de aplicación del Derecho comunitario europeo –Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente– era necesario someter el Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Gáldar a dicho análisis ambiental.

El Tribunal Supremo fundamenta su decisión revocatoria de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el argumento de que no cabe considerar un plan urbanístico de proyecto de obras, instalaciones o construcciones a los efectos de aplicación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, o la Directiva 85/337/CEE, con los siguientes razonamientos:

“[...] Aducen las recurrentes, en primer lugar, que la sentencia interpreta erróneamente el Real Decreto 1302/1986, de 28 de junio, al extender su ámbito objetivo (proyectos) a los planes urbanísticos que dentro de la legislación europea y estatal sobre evaluación de impacto se rigen por un procedimiento alternativo de valoración ambiental que viene recogido en el Decreto Autonómico 35/1995.

“Tienen razón las recurrentes, pues, en efecto, en contra de lo declarado en la sentencia recurrida, en el

caso que nos ocupa no resultaba exigible someter el instrumento de planeamiento aprobado a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental contemplados en la Directiva 85/337/CE y en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental.

“Esta conclusión que acabamos de adelantar encuentra respaldo en la sentencia que se cita como infringida en el motivo de casación –sentencia de 7 de julio de 2004 (casación 1355/2002)– que contiene una argumentación que luego hemos reiterado en otras sentencias posteriores, entre ellas, las de 20 de abril del 2011 (casación 2247/2007) y 27 de septiembre de 2012 (casación 2174/2009).

“Como recuerda esta sentencia citada en último lugar –sentencia de 27 de septiembre de 2012 (casación 2174/2009)– la evaluación de impacto ambiental no era exigible sino para los proyectos de obras, instalaciones o actividades contemplados en el anexo I del Real Decreto Legislativo 1302/1986, que reproduce el Anexo I de la Directiva 85/337. Al no haberlo entendido así la Sala de instancia, la sentencia recurrida incurre en vulneración, por aplicación indebida, de lo establecido en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental, vulnerando con ello, y por la misma razón, la Directiva 85/337/CE.

“En contra de lo que señala la sentencia recurrida, no resultan trasladables al caso que nos ocupa las consideraciones que expusimos en nuestras sentencias de 30 de octubre de 2003 (casación 7460/2000) y 3 de marzo de 2004 (recurso de casación 1123/2001) en relación con los cambios de uso del suelo. En el caso examinado en esas sentencias, a través del cambio del uso del suelo se posibilitaba la construcción de cuatro mil cuatrocientas hectáreas y tres mil plazas hoteleras; y decíamos entonces: ‘... Es la aprobación del Plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental; no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (v.g. aprobación del Programa de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de Urbanización), cuando restan sólo actuaciones de ejecución del Plan General, con el riesgo de que o bien por razones medio ambientales apreciadas posteriormente el Plan no pueda ser ejecutado o bien se deválúen o minimicen las razones medio ambientales para no dejar inoperante al Plan. La primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el Plan Ge-

neral y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico. En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente’. Pero, como decimos, esas consideraciones no son trasladables al caso que estamos examinando, en el que no concurren las circunstancias antes mencionadas”.

La sentencia del Tribunal Supremo que analizamos recuerda su anterior doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de distinguir los conceptos de proyecto, programa o plan, a los efectos de determinar si es exigible formular evaluación de impacto ambiental.

2.4.3. El Consejo de Ministros debe ponderar equilibradamente los intereses económicos y medioambientales concurrentes en relación con la autorización de permisos de investigación de hidrocarburos [STS de 25 de junio de 2014 (RCA 353/2012)]

La concepción y comprensión de la cláusula “Estado social y democrático de Derecho” se transforma para integrar la noción de “Derecho de Estado Ecológico”, que se nutre del deber de los poderes públicos y los ciudadanos de proteger el medio ambiente, sometiendo las decisiones de explotación de recursos naturales al paradigma de desarrollo sostenible.

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (RCA 353/2012) puede considerarse *leading case* en materia medioambiental, por cuanto se confrontan intereses de la Administración General del Estado, vinculados al desarrollo de una actividad que se considera estratégica para incrementar la riqueza nacional –explotación de yacimientos de hidrocarburos–, con los intereses públicos aducidos por el Cabildo Insular de Fuerteventura, que trata de preservar el ecosistema marino y evitar el riesgo de que puedan contaminarse las aguas que circundan su territorio costero, perjudicando intereses económicos y sociales de la colectividad que representa.

El Tribunal Supremo confirma la legalidad del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se con-

valida el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados “Canarias-1”, “Canarias-2”, “Canarias-3”, “Canarias-4”, “Canarias-5”, “Canarias-6”, “Canarias-7”, “Canarias-8” y “Canarias-9”, partiendo de la premisa de que solo le corresponde el enjuiciamiento de la decisión gubernamental desde la perspectiva técnico-jurídica, sin que por ello pueda extender su ámbito de enjuiciamiento a considerar la oportunidad, conveniencia o acierto de la misma.

Para el Tribunal Supremo, en la expresión de su voto mayoritario, no se advierte la infracción de la normativa medioambiental de la Unión Europea ni de la legislación interna de medio ambiente, en la medida en que los estudios de impacto ambiental son exigibles ulteriormente cuando se autorizaron los sondeos exploratorios y las perforaciones del lecho marino:

“[...] A los efectos de este recurso, y sin perjuicio de la resolución final que recaiga sobre la inclusión del espacio marino entre los lugares de importancia comunitaria, podíamos incluso admitir dialécticamente que las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción española cercanas a Fuerteventura y Lanzarote, tal como se contemplan en la propuesta Life+Indemares, tienen los valores ecológicos precisos para obtener dicha calificación, en cuanto contribuyen de forma apreciable al mantenimiento o, en su caso, al restablecimiento del estado de conservación favorable de los tipos de hábitat naturales y los hábitat de las especies de interés comunitario, en los términos del artículo 42 de la Ley española 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

“Ahora bien, fijada esta premisa de ella no se deriva necesariamente la consecuencia invalidatoria del Real Decreto 547/2012. En primer lugar porque, según se desprende de la documentación requerida por esta Sala en la fase final (folios 2647 a 2909 de los autos), no se puede afirmar, en el momento previo a la concreción del emplazamiento de los sondeos exploratorios a los que se refiere aquel Real Decreto, que éstos se ubiquen dentro de las zonas propuestas como LIC en el proyecto Indemares. En segundo lugar, y sobre todo, porque será tras la definición exacta de sus emplazamientos cuando resultará posible –y necesario– analizar si los sondeos exploratorios afectan, y en qué grado, tanto a espacios ya protegidos, estén o no incluidos en la Red Natura 2000, como a aguas marinas que puedan incluirse en el futuro en esa Red Natura 2000

y, entre ellas, las pertenecientes al ‘Espacio Marino del Sur y Oriente de Fuerteventura y Lanzarote’.

“De aquella documentación –sobre la que han hecho alegaciones las partes del proceso, según ha quedado expuesto– destaca un escrito (de 6 de junio de 2013) que la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural dirige a ‘Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.A.’ para indicarle la ‘amplitud y nivel de detalle’ del estudio de impacto ambiental que debe presentar en cuanto titular del proyecto de investigación. Tras reconocer el ‘alto valor ecológico que posee la zona donde se pretenden ubicar los sondeos’, ‘Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.A.’ viene obligada a incluir un capítulo específico en el que evalúe la afección de las actividades prospectivas sobre las zonas que puedan incluirse en la Red Natura 2000, conforme a las ‘Directrices para la elaboración de la documentación ambiental necesaria para la evaluación de proyectos con potencial afección a la Red Natura 2000’ (tanto si se trata de LICs, ZEPAs o ZECs). Quiérese decir, pues, que la Administración del Estado no es ajena a la cuestión ahora analizada, antes bien exige al titular del proyecto que, una vez identificada con precisión la ubicación de los sondeos exploratorios, al aportar el preceptivo estudio sobre su impacto ambiental tome en consideración la eventual inclusión de ciertos parajes entre los lugares marinos especialmente protegibles por reunir los valores ecológicos que podrán determinar su inclusión en la Red Natura 2000.

“Añadiremos, en fin, dos precisiones a este mismo respecto.

“A) La primera es que, conforme expone ‘Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.A.’ en sus alegatos sobre la prueba final, con cita del epígrafe 5.9 de las Directrices de la Comisión Europea para el establecimiento de la Red Natura 2000 en el medio marino (año 2007), la inclusión de un espacio en esta red no impide a priori las prospecciones (e incluso la extracción) de petróleo y gas de los fondos marinos. El artículo 6 de la Directiva Hábitats, añaden aquellas Directrices, ‘ofrece un marco equilibrado para garantizar que el desarrollo de las actividades de los sectores del petróleo y del gas tiene lugar dentro de un contexto compatible con las necesidades de protección de la Red Natura 2000’. Lo que implica, como es lógico, la necesidad de evaluar los posibles efectos o impactos negativos que la explotación económica de aquellos recursos –no descartable por principio– pueda suponer, a efectos de autorizar, o no, las correspondientes labores exploratorias.

“B) La segunda es que, conforme recuerda una muy reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (la recurrente cita una y otra vez fragmentos de sus sentencias en este sentido) los apartados 3 y 4 de la Directiva 92/43/CEE permiten autorizar actividades proyectadas sobre espacios de la Red Natura, bajo determinadas condiciones, incluso cuando se han obtenido ‘[...] conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas’. En cada caso –el último de los resueltos por el Tribunal de Justicia es el que ha dado lugar a la sentencia de 15 de mayo de 2014, asunto C-521/12– habrá de analizarse si existen para ello ‘razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica’.

“Si existen dichas razones imperiosas, también de orden económico, el Estado miembro ha de tomar ‘cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida’ e informar a la Comisión de dichas medidas compensatorias. Sólo si se trata de un espacio que, además, ‘albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios’, sólo entonces la autorización únicamente podrá estar basada en ‘consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden’.

“Con todo ello se quiere significar que la eventual afección de los sondeos explotatorios objeto de litigio a espacios marinos incluidos, o susceptibles con alto grado de probabilidad de ser incluidos, en la Red Natura 2000 no puede aún tener incidencia invalidante en el litigio. Faltan, a estos efectos –como a otros, antes analizados– dos pasos ulteriores: el primero es la evaluación del impacto ambiental de dichos sondeos, en función de su emplazamiento singular; y el segundo es, para el caso de aquella evaluación concluyera que tienen repercusiones ambientales negativas sobre el lugar protegido, la hipotética decisión del órgano sustantivo que, no obstante esta conclusión ambiental adversa, resolviera autorizarlos por las razones imperiosas previstas en el artículo 6.4 de la Directiva Hábitats, con o sin previa consulta a la Comisión Europea, en su caso.

“No es necesario en este momento, ante la inexistencia de una decisión autorizatoria de los sondeos exploratorios específicos, someter al Tribunal de Justicia

ninguna pregunta prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 92/43/CEE que sería, cuando menos, prematura”.

A la sentencia del Tribunal Supremo que analizamos se formuló voto particular discrepante, basado, sustancialmente, en el razonamiento de que, antes de adoptar el Consejo de Ministros la decisión de autorizar los permisos de investigación controvertidos, debió procederse a elaborar un informe medioambiental, que integrara un inventario detallado de los valores ecológicos afectados:

“[...] El nuevo artículo 2 bis, que se introduce en el contenido del Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el artículo único, apartado 2, del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, y que contempla ‘medidas de protección medioambientales’ exigidas a las sociedades mercantiles adjudicatarias de los permisos de investigación de hidrocarburos denominados ‘Canarias-1’, ‘Canarias-2’, ‘Canarias-3’, ‘Canarias-4’, ‘Canarias-5’, ‘Canarias-6’, ‘Canarias-7’, ‘Canarias-8’ y ‘Canarias-9’, resulta, por su falta de concreción y precisión, insuficiente para cumplir las exigencias establecidas en los artículos 16.2 c) y 18.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, pues, aunque resulta plausible, desde la perspectiva de respeto a los valores que garantiza el artículo 45 de la Constitución, la mención en sede de esta disposición del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, y a su normativa de desarrollo, debería haberse exigido, además de los documentos presentados ante la Dirección General de Política Energética y Minas el 7 de mayo de 2004 por el titular de los permisos de investigación originariamente otorgados ‘Protección del Medio Ambiente en Operaciones de Adquisición de Sísmica Marina’ y ‘Protección del Medio Ambiente en la perforación de Sondeos Explotatorios Marinos’, la inclusión de un estudio medioambiental pormenorizado, que recogiera un inventario de los bienes e intereses medioambientales afectados por la previsión de ejecutar perforaciones en el subsuelo marino próximo a las Islas de Lanzarote y Fuerteventura, que identificara y clarificara los posibles impactos medioambientales que se pudieran producir en un ámbito espacial cualificado por su alto valor ecológico y de especial sensibilidad medioambiental, que permitiera al Consejo de Ministros adoptar su decisión sobre la procedencia de autorizar o denegar los permisos de investigación con pleno conocimiento de los

valores ambientales existentes, lo que resulta particularmente pertinente en el supuesto enjuiciado, atendiendo, además, al tiempo transcurrido entre el momento en que por la Dirección General de Política Energética y Minas se requirió a Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.,A. para que remitiera Medidas de protección medioambientales –26 de abril de 2004–, y la adopción de la decisión gubernamental –16 de marzo de 2012–, y las modificaciones de la legislación interna medioambiental y a nivel de la Comunidad Europea, que han incidido de forma determinante en la fijación de un grado más elevado e intenso de exigencia de los estándares de protección medioambiental, que resultan aplicables a la ejecución de proyectos que comprometan los ecosistemas marinos.

“Por ello, considero que la omisión de este estudio medioambiental, complementario de los documentos técnicos aportados, que valorase de forma íntegra y global el programa de labores no ejecutado, determinaría la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Cabildo Insular de Fuerteventura y la declaración de anulación del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, a los efectos de que se puedan corregir las deficiencias medioambientales advertidas que inciden de forma directa en la toma de decisión por el Consejo de Ministros, relativa al otorgamiento o denegación de los permisos de investigación ‘Canarias-1’, ‘Canarias-2’, ‘Canarias-3’, ‘Canarias-4’, ‘Canarias-5’, ‘Canarias-6’, ‘Canarias-7’, ‘Canarias-8’ y ‘Canarias-9’”.

2.5. Derecho subvencional: Los Gobiernos locales tienen la responsabilidad de cumplir los compromisos contenidos en el acuerdo de otorgamiento de subvenciones [STS de 20 de enero de 2014 (RC 1621/2011)]

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (RC 1621/2011), que confirmó la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 26 de enero de 2011, que desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado por el Ayuntamiento de Écija contra las resoluciones de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía, que acordaron el reintegro de la subvención percibida para la ejecución del Proyecto de

“Puesta en valor histórico del Palacio de Los Marqueses de Peñaflor” por incumplimiento de las condiciones impuestas, vuelve a ser exponente de la responsabilidad de los Gobiernos locales en cumplir los compromisos económicos y financieros adquiridos, con el objeto de racionalizar el gasto público y garantizar la sostenibilidad de la Hacienda local.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Écija, partiendo de la base de que el invocado artículo 32 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece el deber de la Administración concedente de comprobar la adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinó la concesión y el disfrute de la ayuda pública.

El Tribunal Supremo, frente a las eventuales discrepancias respecto del cumplimiento de la finalidad de la subvención entre la Delegación Provincial de Turismo de Sevilla y la Intervención General de la Junta de Andalucía, confirma la procedencia del reintegro de la subvención, al constatar que no se había procedido a restaurar y rehabilitar el Palacio de los Marqueses de Peñaflor para destinarlo a la construcción de un hotel de cinco estrellas, dado el estado de abandono en que se encontraba:

“[...] De nuevo el precepto legal que el Ayuntamiento de Écija invoca como infringido en el tercer motivo de casación no resulta ajustado al desarrollo argumental de éste. El artículo 32 de la Ley 38/2003 se encuadra entre los aplicables al ‘procedimiento de gestión y justificación de las subvenciones públicas’ y se limita a disponer que la Administración (el órgano concedente) ha de comprobar la adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinaron la concesión o el disfrute de la subvención.

“Pues bien, en el caso de autos tal ‘comprobación’ fue sin duda llevada a cabo por la Administración, de lo que da buena cuenta el expediente administrativo tramitado. Según figura en los apartados de hecho cuarto y quinto de la resolución administrativa de 2 de marzo de 2009, el Ayuntamiento presentó ante la Delegación Provincial de Turismo, Comercio y Deporte de Sevilla, con fecha 15 de junio de 2004, la documentación que a su entender acreditaba la inversión realizada y dicho órgano procedió a ‘la comprobación de la justificación de los gastos realizados’. Posteriormente, y en ejercicio de las competencias de control financiero

de subvenciones previstas en el artículo 85 bis de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Intervención General de la Junta de Andalucía realizó, con fecha 2 de noviembre de 2006, visita a la sede principal del Ayuntamiento de Écija para ‘comprobar la efectiva ejecución de la inversión subvencionada y la idoneidad de los justificantes presentados’”.

El Tribunal Supremo ratificó la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, que había constatado la falta de justificación del cumplimiento de la finalidad de la subvención otorgada, en los siguientes términos:

“[...] En cuanto al incumplimiento de la finalidad de la subvención, sostiene el actor que la misma estaba destinada a una actuación parcial sobre el elemento patrimonial singular, dentro de un plan de rehabilitación global. Parece entender la parte actora que esa actuación parcial está desligada de la finalidad de la subvención toda vez que la rehabilitación parcial no comporta la rehabilitación para hotel del Palacio.

“Sin embargo, basta la lectura de la convocatoria de las subvenciones para entender que, como sostiene la demandada, la finalidad de la subvención era la puesta en valor de unos bienes que no se ha llevado a cabo. La rehabilitación parcial no puede justificar el buen uso de la subvención cuando esta tenía como objeto, precisamente, la puesta en valor de un bien; fin que, no se discute, no se ha producido por la notoria insuficiencia de la rehabilitación llevada a cabo. Y es que el informe de la intervención es concluyente: el Palacio presenta un estado de abandono que hace imposible considerar que la finalidad de la subvención se haya cumplido. Que se hayan justificado unos ciertos gastos, no supone, por sí, que se haya cumplido el fin para el que la subvención se concedió. Lo cierto, como vimos, es que la finalidad de la subvención no se ha conseguido. Y para ello es indiferente que el ayuntamiento haya obrado de buena fe y que la no puesta en funcionamiento del hotel no le sea imputable”.

El Tribunal Supremo también rechaza que la Sala de instancia haya infringido el artículo 54.a f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el artículo 42 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que exigen que los actos administrativos estén debidamente motivados.

3. Epílogo: El compromiso del Gobierno local con el reforzamiento y desarrollo de la cláusula constitucional del Estado social

La cláusula del Estado social, que expresa un principio rector constitutivo del Estado, por designio de los artículos 1 y 9.2 de la Constitución, vincula a todas las Administraciones Públicas a desarrollar políticas públicas que promuevan las condiciones mínimas necesarias para que la igualdad de los ciudadanos y los grupos en que se integran sea real y efectiva.

La cláusula del Estado social emerge en la Constitución como valor –que debe inspirar e impulsar una política de desarrollo constitucional promocional de los derechos sociales– y como categoría jurídica, que impone limitaciones a los poderes constituidos, que deberán garantizar un orden social y económico justo.

Los ayuntamientos, por su posición institucional de Administración de proximidad, deben ejercer sus competencias al servicio de los intereses generales de la comunidad local, implementando aquellos servicios públicos a nivel local que permitan a sus vecinos gozar de la forma más amplia de los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales reconocidos en la Constitución.

Una estrategia inteligente para favorecer la gobernanza de las corporaciones locales, requiere impulsar una agenda municipal que aúne desarrollo económico y bienestar, que contribuya a la creación y conservación de los “bienes públicos locales”, que configuran la ciudad como un espacio público de satisfacción de los derechos e intereses colectivos.

El principio de autonomía local, base de la fundamentación constitucional de las corporaciones locales, determina que estas tengan las atribuciones competenciales necesarias para garantizar que los residentes en un municipio puedan disfrutar de condiciones de vida acordes con el valor de la dignidad humana.

Por ello, una restricción o limitación de las competencias municipales que reduzca injustificadamente la capacidad de intervención de los ayuntamientos y diputaciones en la implantación y desarrollo de los servicios públicos de carácter social, compromete lesivamente la cláusula constitucional del Estado social.

El vaciamiento por el legislador del Estado social a nivel local, supone una quiebra de los valores y principios constitucionales que no tiene amparo en el texto constitucional, que propugna asegurar a todos “una digna calidad de vida”, mediante la conformación de

“un orden económico y social justo”, que permita establecer “una sociedad democrática avanzada”.

La crisis del Estado social, derivada de la crisis económica y del desequilibrio de los ingresos públicos, que ha promovido un debilitamiento de la protección de derechos sociales adquiridos, no puede derivar en un proceso de reversibilidad de las conquistas sociales, como ha advertido, recientemente, el expresidente del Tribunal Constitucional Pascual Sala.

El profesor Juli Ponce ha destacado el valor del principio de “sostenibilidad social” en la conformación de la regulación urbanística, que trata de combatir la segregación espacial y la exclusión, que enmarca en la concepción del derecho a la ciudad, que obliga a las corporaciones locales a desarrollar políticas activas por la igualdad de derechos.

Concluyo:

Las cláusulas del Estado social, del Estado democrático y del Estado de Derecho, que compromete la Constitución, son interdependientes e indisociables, de modo que si los responsables públicos –por circunstancias coyunturales de carácter económico– abandonan el fin que legitima al Estado de asegurar las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan desarrollar sus vidas dignamente, se está configurando un “Estado social y democrático de Derecho” debilitado, erosionado, incompleto e imperfecto, que será necesario reconstruir.

4. Notas bibliográficas

PARTE I

- Las reflexiones del profesor José Esteve Pardo son del artículo compartido con otros autores “Los efectos de la crisis económica sobre las instituciones públicas”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (número 43). Madrid, marzo 2014.
- Sobre los efectos de la crisis económica en el Derecho Público debe leerse el libro del profesor Antonio Embid Irujo *El Derecho de la crisis económica*. Pressas Universitarias de Zaragoza. Zaragoza, 2011.
- Las reflexiones del profesor Agustín José Menéndez son del artículo compartido con otros autores “Los efectos de la crisis económica sobre las instituciones públicas”, publicado en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (número 43). Madrid, marzo 2014.

- La cita del profesor Rafael Jiménez Asensio es de su artículo “Las instituciones locales en tiempo de crisis: Reforma institucional y gestión de recursos humanos en los gobiernos locales”, publicado en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid, mayo 2011, págs. 10 y ss.
- La idea de gobernanza local como presupuesto de actuación de las corporaciones locales y como paradigma rector del ejercicio responsable de las competencias municipales, es puesta de relieve por José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat en “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de régimen local”, publicado en *Cuadernos de Derecho Local* (número 33). Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre 2013.
- La referencia al pensamiento del profesor Hubert Heinelt está extraída de su artículo “Posibles reformas de la estructura institucional del Gobierno local en España en el seno del ‘Estado de las Autonomías’”. *Cuadernos de Derecho Local* (número 29). Fundación Democracia y Gobierno Local, junio 2012, págs. 40 y ss.
- Un estudio sobre las dudas de inconstitucionalidad que suscita la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, puede leerse en Manuel Zafra Víctor: “Doble inconstitucionalidad de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”. *Cuadernos de Derecho Local* (número 34). Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero 2014.
- Sobre el principio de descentralización territorial puede leerse a José Manuel Bandrés: *El principio de subsidiariedad y la Administración local*. Marcial Pons. Madrid, 1999.
- Las reflexiones críticas del profesor Luciano Parejo Alfonso acerca de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, son de su artículo “Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno municipal”, publicado en *Cuadernos de Derecho Local* (número 34). Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero 2014.

PARTE II

- Sobre la extensión del control judicial de las Administraciones Públicas puede leerse la última obra de José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa del siglo XXI*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

- Sobre la noción de Estado de Derecho Ecológico debe leerse el artículo de Wolfgang Kahl “La Administración en el Estado de Derecho en Alemania: entre la tradición y el cambio”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid, febrero 2010, págs. 68 y ss.

PARTE III

- La cita sobre la defensa del Estado social en el ámbito local del expresidente del Tribunal Constitucional Pascual Sala Sánchez, es de su discurso de investidura de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Valencia, pronunciado el día 26 de mayo de 2014. Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2014.
- La cita del profesor Juli Ponce es de su obra *Poder local y guetos urbanos*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 2002. *Vid.* también de este autor *El derecho y la (ir) reversibilidad limitadas de los derechos sociales de ciudadanía*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2014.
- Sobre el derecho a la ciudad *vid.* María José González Ordovás: *Políticas y estrategias urbanas*. Ed. Fundamentos. Madrid, 2000. *Vid.*, asimismo, José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza: *16 Ensayos sobre Democracia, Justicia y Derechos Humanos*. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2012. Puede disponerse de esta obra gratuitamente en pdf en <http://www.eljusticiadearagon.com/documentos/N49Ensayos.pdf>.
- Un análisis de los modelos de regímenes locales de bienestar puede leerse en Clemente Jesús Navarro Yáñez: “Regímenes locales de bienes; rasgos principales y algunos efectos”. *Cuadernos de Derecho Local* (número 34). Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero 2014. ■

La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre relación de puestos de trabajo. Aplicación práctica en el ámbito local

Marcos Peña Molina

Letrado. Jefe del Servicio de Asesoría Jurídica y de Personal del Ayuntamiento de Camas (Sevilla)

1. Contexto
2. Tradición reguladora
3. Doctrina jurisprudencial
4. Nueva perspectiva jurisprudencial
5. Nuevo enfoque sobre el proceso de modificación de las relaciones de puestos de trabajo (RPTs) en el ámbito local
6. Conclusión

Resumen

Tras la sentencia de 5 de febrero de 2014, se ha puesto fin a la dualidad jurisprudencial (norma jurídica vs. acto administrativo) que ha mantenido tradicionalmente el Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo (RPTs) de las Administraciones Públicas. La consideración, hacia futuro, de que se trata de un acto ordenado (acto administrativo) y no de un acto ordenador (disposición general) de los recursos humanos, exige al operador jurídico replantearse el esquema normativo vigente regulador, sobre todo a la hora de afrontar su posible modificación, puesto que aquel descansa sobre la existencia de un procedimiento para la producción normativa. Este replanteamiento conlleva un análisis más profundo, si cabe, en su aplicación a las entidades locales, a la vista de una normativa heteroforme no pensada para esta concreta realidad de organización básica administrativa. Flexibilidad, eficiencia, seguridad jurídica y fidelidad a la realidad administrativa, deben ir de la mano a la hora de abordar una adaptación de estos instrumentos a las incipientes necesidades que se presentan en el mundo de lo local, entidades esencialmente nacidas para prestar servicios de interés general.

Palabras clave: RPT; acto ordenado; disposición general; Tribunal Supremo; acto híbrido; flexibilidad; realidad; práctico; entidad local; modificación; flexibilidad; jurisprudencia; acto administrativo.

The new case-law of the Supreme Court on the list of job profiles of public administrations. Practical implementation in the local sphere

Abstract

The Supreme Court judgment of 5 February of 2014 has ended with the long-standing duality case-law (general rule vs. administrative act) that had sustained the Supreme Court regarding the list of job profiles of the public administrations (RPTs). Nowadays, the Supreme Court understands RPTs as executive acts (administrative acts) instead of regulatory acts (general rules) in the field of the human resources of a public administration. Therefore, it is necessary to reconsider the current regulatory law, especially when its amendment will be at stake, because the regulatory law scheme depends on the sources of law. This reconsideration entails a deeper analysis regarding local governments because the regulatory law scheme is not thought in terms of the reality of local governments. Flexibility, efficiency, rule of law and loyalty to the administrative reality, all of these elements must be considered together in order to adapt the regulatory law scheme to the necessities of local governments, which are institutions essentially aimed to provide public services of general interest.

Keywords: RPT; administrative/executive act; regulatory act (general rule); Supreme Court; hybrid act; flexibility; reality; practical implementation; local governments; amendment; case-law; administrative act.

Artículo recibido el 12/06/2014; aceptado el 20/10/2014.

1. Contexto

Ha sido *vox populi* entre los que nos dedicamos, entre otros quehaceres jurídicos, a lo que los franceses llaman *haute fonction publique*, pero aplicado al ámbito local, la reciente sentencia de 5 de febrero de 2014 dictada (con dos votos particulares en contrario) por la Sección 7.^a de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, actuando como ponente el magistrado D. Vicente Conde, en la que, por fin, se ha acordado fijar un punto y aparte en la determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo (RPTs) que la doctrina jurisprudencial venía estableciendo, de forma vacilante, desde los años 90.

Uno de los problemas que surgía a la hora de abordar la naturaleza jurídica de las RPTs era la existencia de una regulación fragmentada y heteroforme, que nos hacía dudar sobre si dicho instrumento técnico era solo una herramienta jurídica (acto regulado) de la organización estructural del ente administrativo, o también una regla normativa (acto regulador) para la realidad organizativa a la que se proyectaba. Naturaleza híbrida o mixta que fue asumida por la doctrina del Tribunal Supremo, aunque fuere solo por el mero hecho de posibilitar el acceso a Casación, lo que le valió considerarla disposición de carácter general a los solos efectos procesales.

Si la complejidad de ese instrumento de ordenación de efectivos públicos era patente en la organización administrativa del Estado y de las comunidades autónomas, en el ámbito local todavía se hizo más palpable, y ello por dos razones fundamentalmente: la primera, la normativa existente no estaba pensada para el ámbito local, caracterizado principalmente por la atomización organizativa; la segunda, la existencia de figuras afines para la ordenación de los recursos humanos, los cauces procedimentales para su modificación, y por último, y como novedad, la necesaria armonización entre las prohibiciones presupuestarias impuestas desde el Estado, sobre los posibles incrementos de gastos de personal, y la potestad autoorganizatoria reconocida a la Administración Local.

Ahora, tras la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aunque pudiera creerse que la situación se ha simplificado, puesto que el Alto Tribunal ha determinado, para futuro, la naturaleza jurídica de la RPT, como acto-condición administrativo, ordenado y no ordenador de

los efectivos públicos, abandonando la anterior doctrina jurisprudencial de acto de naturaleza híbrida (disposición normativa-acto administrativo), sobre el concreto plano de la realidad práctica administrativa ocurre justamente lo contrario, sobre todo –de nuevo tenemos que subrayarlo– en el sector público local.

Las dificultades de aplicación de dicha doctrina en el referido sector provienen, principalmente, del camino procedimental previsto legalmente, aun de forma desordenada, para la aprobación o modificación de las RPTs, que sigue las artificiosidades burocráticas propias para la elaboración de normas jurídicas (ordenanzas y reglamentos) y no de meros actos administrativo. A ello hay que sumar el hecho de que es el propio Tribunal Supremo el que especifica en la referida sentencia que esta no puede ser aplicada, apriorísticamente, a las relaciones de puestos de trabajo de las comunidades autónomas y de las entidades locales, habida cuenta, por una parte, de la derogación de los artículos 16 y 17 de la Ley 30/1984, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) (disposición derogatoria única b), referidos ambos al ámbito local y autonómico respectivamente, y, por otra, de lo regulado en cada una de la leyes de Función Pública de las comunidades autónomas.

A pesar de las loables cautelas tenidas en cuenta por el Alto Tribunal, el operador jurídico local no debe ni puede desconocer lo afirmado en la sentencia judicial, aunque el ámbito de aplicación de esta sea el de la Administración General del Estado, y ello por cuanto el funcionario público local se rige, en lo no dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), 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.^a de la Constitución (art. 92.1 de la LBRL).

Es el Estado el llamado constitucionalmente para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18 de la CE), reservándose a las comunidades autónomas las competencias de desarrollo en esta materia. Pero es la normativa básica local, particularmente el artículo 90.2 de la LBRL, el que obliga a las corporaciones locales a formar sus relaciones de puestos de trabajo en los términos previstos en la legislación básica (estatal) sobre función pública, aclarando que es el Estado el que de-

berá dictar las normas con arreglo a las cuales se hayan de confeccionar esas RPTs. En esta misma línea de actuación se halla el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).

No podemos, por tanto, los operadores jurídicos locales pasar por alto lo acordado en sentencia, sobre todo si posibilita agilizar trámites administrativos en la aprobación o modificación de las RPTs, pues no hay que olvidarse de que toda actuación administrativa ha de estar impulsada por los ajetados principios de eficiencia y racionalidad organizativa.

2. Tradición reguladora

La etiología de la relación de puestos de trabajo, como piedra angular de los sistemas de organización de recursos humanos, podemos encontrarla en los estudios y análisis que, sobre el ámbito privado, se llevaron a cabo por la teoría y las técnicas de la Organización Científica del Trabajo. Esta escuela del pensamiento organizativo propugnaba la racionalización del centro de trabajo como vía principal para la maximización del rendimiento de los trabajadores. El núcleo central de esta corriente estaba constituido por el análisis organizado del trabajo. El rendimiento de trabajo debía valorarse a través de factores objetivos. El análisis del rendimiento, por tanto, debía centrarse en el puesto de trabajo y no en la persona que lo ocupaba, lo que posibilitaba un procedimiento objetivo de valoración (CHIAVENATO, Idalberto, *Administración de Recursos Humanos*, McGraw-Hill, México, 1988, p. 276; SÁNCHEZ BARRIGA, Francisco, *Técnicas de administración de recursos humanos*, Limusa, México, 1993, p. 134).

En España, como se sabe, la herramienta designada con el nombre de relación de puestos de trabajo aparece por primera vez a través del artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en adelante, LMRFP). Este artículo dispuso que:

“1. Las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto [...]”.

Específicamente, el derogado artículo 16 de la misma Ley vino a referirse a las RPTs que debían formar las Corporaciones Locales:

“Las Comunidades Autónomas y la Administración local formarán también la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberá incluir, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. Estas relaciones de puestos serán públicas”.

Por tanto, la LMRFP dibujó la relación de puestos de trabajo como el medio técnico necesario para la ordenación del personal al servicio de la Administración que, obligatoriamente, había de establecer la respectiva corporación local con el contenido mínimo dispuesto en el artículo 16 de la LMRFP (STS de 20-10-2008).

En similares términos a la LMRFP, el artículo primero de la Orden de 2 de diciembre de 1988, dictada por el Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, reguló este instrumento disponiendo que:

“Las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto, así como sus características retributivas”.

La actual normativa básica estatal del empleado público dedica un solo artículo a la RPT, sin perjuicio de la derogación normativa que, como ya hemos indicado, realiza sobre los artículos 16 y 17 de la LMRFP.

El artículo 74 del EBEP establece que:

“Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos”.

Hay que tener en cuenta que, respecto de los instrumentos de ordenación del empleo público, continúan en vigor las normas anteriores a la publicación del Estatuto, mientras no se dicten la legislación estatal o autonómica de desarrollo del Estatuto y sus correspondientes normas reglamentarias, a tenor de lo establecido en el número 3 de la disposición final cuarta de dicha Ley, siempre que no se opongan a lo establecido

en la misma; en consecuencia, hay que entender que se mantiene la vigencia del mencionado artículo 15 de la LMRFP.

Ya hemos visto cómo el artículo 90.2 de la LBRL se remite a la normativa básica sobre función pública, al establecer que:

“2. Las Corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública.

“Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores”.

En parecidos términos, el TRRL establece, en su artículo 126, apartado 4, que:

“4. Las relaciones de los puestos de trabajo, que tendrán en todo caso el contenido previsto en la legislación básica sobre función pública, se confeccionarán con arreglo a las normas previstas en el art. 90.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril”.

En conclusión, y desde el punto de vista de la gestión de recursos humanos, se trata de un instrumento técnico de ordenación del personal en el que se clasifican los puestos y se definen los requisitos esenciales para su desempeño.

3. Doctrina jurisprudencial

Desde las primeras sentencias del Tribunal Supremo dictadas en la década de los 90, el Alto Tribunal entendió que la RPT era un instrumento de organización que debía estar al servicio de la Administración, para dar respuesta a las necesidades inmediatas que pudieran surgir en la labor de organizar de manera eficiente sus efectivos públicos. Ello comportaba, desde luego, la potestad de modificación de dicho instrumento. La posibilidad de llevar a cabo esta actuación, encontraba su legitimación en el marco de la competencia de autoorganización de la Administración Pública para vertebrar sus recursos humanos, según lo dispuesto en el artículo 72 del EBEP.

El Tribunal Supremo en esta materia vino manteniendo (entre otras, sentencia de 17-02-1997, secc.

3.^a) que la potestad autoorganizativa de las Administraciones Públicas atribuía a estas la facultad de organizar los servicios en la forma que estimaran más conveniente a razón de una mayor eficacia para satisfacer los intereses generales, a la que les compele el mandato contenido en el artículo 103.1 de la Constitución.

Asimismo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Extremadura, en sentencias de 14-07-05 y 27-11-07, vino a establecer que el reconocimiento de la potestad de autoorganización que corresponde a cada corporación local constituye un componente esencial de la autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

De lo expuesto, se puede colegir que es cada Administración el único ente que puede y debe valorar las concretas necesidades de su organización administrativa y definir las características de los puestos de trabajo que forman parte de su estructura administrativa, en ejercicio de esa potestad de autoorganización. La Administración materializa dicha actividad mediante la aprobación o modificación de las correspondientes RPTs, siendo este el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los servicios, debiendo incluir al menos la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas a que están adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias (artículo 74 del EBEP).

4. Nueva perspectiva jurisprudencial

Considerando que la RPT es el instrumento técnico al servicio de la Administración Pública para la organización efectiva de sus recursos humanos en el uso que pueda hacer de su autonomía y autogobierno, debiendo adaptarla a las necesidades que le exige la prestación efectiva de sus servicios públicos, aquella tiene que responder a necesidades no solo actuales sino reales de la propia corporación.

Este proceso adaptativo exige la posible modificación por la corporación local de la RPT, cuando no responda a las exigencias que le impone el deber de una prestación eficiente de los servicios públicos, debiendo convertirse en un instrumento dinámico (STS de 5 de febrero de 2014) y no estático o pétreo; dinamismo y adaptación que se hallan amparados por el arco de la garantía constitucional de la autonomía local.

Ahora bien, siendo conscientes de que se ha de tratar de un instrumento que debe responder a las necesidades reales de la Administración, y, por tanto, susceptible de modificación, se ha de reconsiderar el actual marco normativo, por cuanto, aunque este se encuentre fragmentado y desubicado unitariamente, existe un conjunto de normas legales al respecto que habrá de cumplirse.

La consideración actual y jurisprudencial de su naturaleza como acto administrativo pleno y completo, exige analizar cada uno de los trámites procedimentales vigentes, a fin de que, a la vista de la reciente sentencia y de los principios de eficacia, eficiencia, racionalidad organizativa, economía procedimental y buen gobierno, se pueda determinar cuáles ya no tienen razón de ser. No obstante, es necesario advertir que, hasta que se produzca una derogación normativa expresa o tácita, los preceptos legales y reglamentarios citados estarán totalmente vigentes.

La naturaleza jurídica de las RPTs ha sido una cuestión controvertida sobre la que la jurisprudencia ha mantenido una posición oscilante. Y así, por algún sector se ha considerado a las RPTs como auténticos reglamentos, y por otro, en cambio, se ha estimado que su naturaleza responde a la de simples actos administrativos aplicativos, pero de carácter general y destinatarios indeterminados.

En línea con lo anterior, cierto sector de la jurisprudencia entendió que las RPTs aprobadas por las Administraciones Públicas en ejercicio de sus facultades organizativas, aunque encuadrables en la materia de personal, participaban de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general (SSTS de 13 de febrero, 20 de febrero y 5 de marzo de 2001, 1 de marzo de 2004 y 7 de marzo de 2005). Frente a esta línea interpretativa, el Alto Tribunal también entendió que participaban de la naturaleza de actos administrativos plúrimos (sentencias de 19 de junio de 2006, 4 de julio de 2012 y 10 de julio de 2013).

No obstante lo anterior, la doctrinal jurisprudencial imperante hasta la sentencia de 5 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo fue la de considerar la RPT un ente jurídico con doble naturaleza (acto administrativo-disposición general) según se refiriese la cuestión impugnatoria al plano sustantivo o material, o al plano procesal (sentencias de 4 de febrero de 2002, 19 de junio de 2006 y 4 de julio de 2012).

El debate jurisdiccional sobre la naturaleza jurídica de la RPT ha sido definitivamente zanjado tras la referi-

da sentencia de 5 de febrero de 2014 de la Sección 7.ª, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

La resolución establece que dichas relaciones deben conceptuarse “a todos los efectos” como actos administrativos, con la consecuencia de que no cabe contra las mismas el recurso de casación ante el propio Supremo. Ello rectifica la jurisprudencia seguida hasta la fecha, que asimilaba las RPTs a disposiciones generales a los efectos del recurso de casación.

El debate procesal que motivó la sentencia se centraba en un recurso planteado por un funcionario contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó su demanda contra un acuerdo de una comisión interministerial, del año 2002, que modificó la relación de puestos de trabajo de personal funcionario de las gerencias del catastro.

La resolución recoge que, desde su introducción en la Ley de 1984, las relaciones de puestos de trabajo han planteado dificultades a la jurisprudencia, que han sido en cuanto a la caracterización jurídica de esta figura “insegura y no siempre coherente”, por lo que suponía un lastre para el objetivo de seguridad jurídica.

Los magistrados señalan que la RPT “no es un acto ordenador, sino un acto ordenado, mediante el que la Administración se autoorganiza, ordenando un elemento de su estructura como es el del personal integrado en ella”. Tras su argumentación, se indica que la RPT es un acto administrativo, y no una disposición general, por lo que no cabe su apertura a la casación. Por ello, se declara no haber lugar al recurso planteado por el funcionario.

5. Nuevo enfoque sobre el proceso de modificación de las relaciones de puestos de trabajo (RPTs) en el ámbito local

La regulación actual atribuye la competencia para la aprobación de la RPT y consecuentemente de sus modificaciones al Ayuntamiento constituido en Pleno, en virtud de lo previsto en el artículo 22.2.i) de la LBRL, sin que tal atribución pueda ser objeto de delegación (artículo 22.4 LBRL), y en los Municipios de Gran Población a la Junta de Gobierno Local (artículo 127 LBRL).

Ahora bien, no obstante lo anterior, la normativa vigente no regula de forma detallada un procedimiento específico o concreto para la aprobación y modificación de la RPT, sino que existen diferentes normas de

distinto rango que se refieren separadamente a alguno de sus trámites y documentos.

En el ámbito estatal, la anteriormente citada Orden de 2 de diciembre de 1988 que regula las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado, en su artículo cuarto únicamente exige la elaboración de la RPT por el respectivo departamento ministerial y su aprobación por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones.

Es importante tener en cuenta, por aplicación analógica del artículo 126.1 del TRRL, el informe o estudio del Jefe del Departamento de Personal al inicio del expediente a instancia o providencia de Alcaldía o de la Concejalía correspondiente. Aquel deberá contener de forma precisa la ordenación de personal que se propone, es decir, deberá llevarse a cabo una descripción detallada de los puestos, retribución, complementos, funciones, provisión y acceso.

Tras el informe del órgano tramitador, se plantea la cuestión relativa a la obligatoriedad o no de la realización de un trámite de consulta o negociación con la representación sindical antes de proceder a su aprobación. La jurisprudencia ha sido oscilante al respecto. En sentencias de 27 y 29 de mayo de 2009, el Tribunal Supremo exigió, por aplicación del artículo 37 del EBEP, que se llevara a cabo una auténtica negociación con los representantes legales de los empleados públicos afectados, bajo tacha de nulidad radical por aplicación del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992. No obstante, la importante sentencia de 27 de enero de 2011 (rec. 5854/07) determinó tajantemente que “la observancia del requisito de la negociación obligatoria comporta que se haya ofrecido la posibilidad de llevarla a cabo por quien tiene la obligación de promoverla, pero su cumplimiento no impone que la actividad desarrollada con esa finalidad haya culminado necesariamente en un resultado positivo de coincidencia plasmado en la perfección de un determinado pacto o acuerdo [...]”.

El siguiente trámite, alcanzado el acuerdo con la representación sindical o intentado por la Administración sin conseguirlo, lo constituye el informe con propuesta de acuerdo elaborado por el departamento de personal de la respectiva Corporación Local de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Este informe se basará en el informe/estudio inicial del jefe de personal, pudiendo coincidir plenamente con él

o bien contener modificaciones por las negociaciones sindicales.

La propuesta de acuerdo de modificación de la RPT deberá ser sometida al dictamen de la Comisión Informativa correspondiente, por así exigirlo el artículo 123.1 del Real Decreto 2568/1986 citado, al tratarse de un asunto cuya aprobación está expresamente atribuida al Pleno de la Entidad Local, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22.2.i) y 33.2.f) de la LBRL, o a la Junta de Gobierno Local, en los Municipios de Régimen de Gran Población.

Aprobada por el Pleno de la Corporación Local la RPT o su modificación, para lo cual resulta suficiente el voto de la mayoría simple, al no exigirse específicamente para la válida adopción del acuerdo el quórum de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, según se desprende de los apartados 1 y 2 del artículo 47 de la LBRL, considero que no es legalmente exigible el informe de la Secretaría e Intervención, interpretando en sentido contrario el artículo 54.1.b) del TRRL, siendo, por tanto, suficiente el informe del departamento de personal.

Ahora bien, no podemos olvidar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.h del Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, se deberá recabar el informe de intervención sobre la procedencia de nuevos servicios o reforma de los existentes, a los solos efectos de la evaluación de la repercusión económico-financiera de las respectivas propuestas.

Desde el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, pasando por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, hasta la Ley 22/2013, de 13 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, han prohibido cualquier modificación que en términos de homogeneidad supusiera un incremento del crédito dedicado a personal (Capítulo I del Presupuesto) en relación con lo autorizado para el ejercicio inmediatamente anterior, con independencia de cuál fuera la subida porcentual, salvo excepciones singulares.

El necesario cumplimiento de la limitación presupuestaria a fin de proveer la contención del gasto público, debe armonizarse con la necesaria prestación eficiente de los servicios públicos mediante una organización adecuada del empleado público, como expresión de la potestad de autogobierno consagrada en el

artículo 140 de la CE y en el artículo 6.1 de la Carta Europea de Autonomía Local.

Las limitaciones presupuestarias para gastos de personal han sido una constante en las leyes de presupuestos anuales del Estado (y suponen la mayoría de los reparos de la Intervención de Fondos de los Ayuntamientos a la hora de “fiscalizar” los expedientes de modificación de RPTs); la diferencia con las leyes presupuestarias actuales estriba en el hecho de que las anteriores permitían un determinado incremento porcentual, y las actuales no. Los términos utilizados en todas ellas son idénticos, y, a la vista de una insuficiente interpretación uniforme dada por la Intervención General del Estado o por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, han sido los tribunales de justicia los que han marcado los parámetros interpretativos para poder entender cómo han de aplicarse las referidas limitaciones. Una de las sentencias más importantes dictadas hasta la fecha, en la que se hace un resumen claro de la doctrina del Supremo sobre cómo han de entenderse los límites cuantitativos y cómo aplicarlos, es la de 5 de enero de 2009 del TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª (su lectura se recomienda completamente). Dispone el Alto Tribunal autonómico haciendo suyo el argumento jurisprudencial del Supremo:

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS

“[...]”

“TERCERO.– [...] por lo que atañe a la vulneración de las previsiones del art. 19 LPGE 2006, debe advertirse, de un lado, que con arreglo a una reiterada doctrina del Tribunal Supremo, los límites retributivos han de ponderarse globalmente en relación al volumen total de las retribuciones de cada grupo y no individualmente, y en todo caso, aunque su núm. 2 impone un límite cuantitativo máximo a los incrementos retributivos del personal al servicio de la Corporación, su núm. 4 exige que dicha limitación resulte de un juicio comparativo en términos de homogeneidad, y se posibilita la excepcional superación de tales límites en casos singulares justificados; en este sentido, la jurisprudencia ha venido exigiendo que deba concretarse el hecho y la razón por la que aprecia la homogeneidad contemplada en el citado precepto para que sea observada la limitación retributiva que en él se establece, y se pueda constatar la existencia de puestos que han experimentado un aumento retributivo a pesar de que su situación no ha variado (por todas, S.TS. 20/diciembre/2003). [...] tam-

poco acredita el recurrente que los incrementos aplicados, en relación con la totalidad o con determinados puestos de trabajo, en conceptos retributivos tales como el complemento específico, la productividad o las gratificaciones, excedan del límite porcentual que, con relación al importe de la retribución ordinaria de los puestos en cuestión, impone el art. 7 del RD. 861/86, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los funcionarios de Administración Local; este precepto establece los límites a la cuantía global de los complementos específicos, de productividad y gratificaciones, pero no lo hace –como sostiene el recurrente– atendiendo a su comparación en abstracto con las cuantías que para tales retribuciones se establecieron en la anualidad precedente, sino atendiendo a la cantidad global destinada a las retribuciones ordinarias, [...]”.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, las limitaciones presupuestarias deberán referirse no solo al aspecto cuantitativo, sino también al cualitativo, por cuanto, en caso contrario, no se podría efectuar el juicio verificador de homogeneidad que exige la norma. La limitación deberá referirse a la cuantía global del crédito referido al grupo de personal, y en atención a puestos de trabajos ya existentes, en base a los cuales se deberá realizar la oportuna comparativa, identificando si ha existido un cambio retributivo o no, y cuáles son la causas que lo justifican; en caso contrario, como señala el Tribunal Supremo, no podría realizarse dicho enjuiciamiento/comparativa, por cuanto este proceso lógico de búsqueda sistemática de similitudes deberá centrarse en el hecho y la razón en que se aprecia la homogeneidad, y no en una consideración en abstracto.

No obstante lo anterior, la contención del gasto público exigida legalmente pasa por un uso racional del mismo, debiéndose amortizar aquellos puestos de trabajo o plazas cuya existencia no responda a necesidades actuales de la Corporación, a fin de que el mayor gasto sea pertinentemente absorbido y nivelado, respetándose, así, las limitaciones presupuestarias.

Siguiendo con el procedimiento de aprobación o modificación de las RPTs, y teniendo en cuenta la reciente doctrina jurisprudencial, estimo que no es necesario el trámite de información pública propio de los instrumentos que tienen carácter normativo, y que, por tanto, no sería exigible ni el plazo de exposición pública de 15 días previsto en el artículo 169.1 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado

por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, para la aprobación del presupuesto o su modificación, al que se remite el apartado 3 del artículo 126 del TRRL, ni el plazo de treinta días de información pública y audiencia a los ciudadanos para presentación de reclamaciones y sugerencias, regulado en el artículo 49 b) de la LBRL.

Tampoco parece exigible el trámite de audiencia a los interesados previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dada la naturaleza de la RPT de instrumento de carácter técnico dirigido a la racionalización de las estructuras administrativas, criterio compartido por el TSJ Andalucía en sus sentencias de 24 de mayo de 2000 y 5 de mayo de 2008.

Por último, al considerarse un acto administrativo, surtiría efectos desde su aprobación, si bien se exige su publicación, no como requisito de eficacia, sino para que puedan ser conocidas por los interesados, como aclara la STS de 26 de mayo de 1998, siendo suficiente su publicación en el BOP. La remisión del acto administrativo a la Administración General del Estado y, en su caso, a la Comunidad Autónoma, estimo que solo deberá realizarse para actos de aprobación, pero no de modificación de RPTs, de acuerdo con el tenor literal del artículo 127 del TRRL. No obstante, esta última consideración, entiendo puede ser discutida y discutible.

6. Conclusión

La reciente sentencia del Tribunal Supremo fija un nuevo horizonte a la hora de abordar la naturaleza administrativa de las RPTs. A pesar de copar procesalmente el acceso a casación, la consideración de estas como acto jurídico ordenado y no ordenador, emitido en el ejercicio de la potestad de autoorganización reconocida a las Administraciones Públicas –entre las que se incluye la local– como expresión de su autonomía, se ha de tener en cuenta a la hora de interpretar la normativa actual vigente, sobre todo a la hora de proceder a su modificación.

La normativa reguladora existente no está pensada para un acto administrativo, sino para una disposición general, con todo lo que su tramitación conlleva, por lo que los operadores jurídicos deberemos, hasta tanto no haya alguna modificación legal al respecto, realizar una interpretación contextualizada y conforme con la nueva doctrina jurisprudencial, que permita configurar un instrumento técnico dinámico, flexible y adecuado para la ordenación del empleado público, a fin de que las Corporaciones Locales puedan servir con eficacia y objetividad los intereses generales, *bosón de Higgs* de nuestras Administraciones Públicas (artículo 103 de la CE).

“Nada es permanente, excepto el cambio”

(Sócrates) ■

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente al régimen local*

Joan Antoni Xiol Ríos

Magistrado del Tribunal Constitucional

1. Garantía de la autonomía local
2. Supresión de controles jerárquicos
3. Sistema de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas
4. Protección procesal de la autonomía local
5. Principio democrático

Resumen

Se analiza en conjunto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de Administración local, la cual ha reforzado la autonomía local en el plano político, jurídico, económico y procesal, ha establecido un complicado régimen de competencias compartidas entre el Estado y las comunidades autónomas, y ha subrayado con cierta moderación el principio democrático en el gobierno local.

Palabras clave: *Administración local; régimen local; leyes básicas; autonomía; autogobierno; insularidad; principio democrático.*

Case-law of the Spanish Constitutional Court on local law

Abstract

This article analyzes the case-law of the Spanish Constitutional Law on local governments. The article assesses that the abovementioned case-law has strengthened local autonomy from the political, legal, economic and procedural perspectives; it has established a complex system of distribution of competences between the State and the Autonomous Communities and; it has sparingly emphasized the democratic principle of local governments.

Keywords: *local governments; local law; basic state laws; autonomy; self-government; isolation; democratic principle.*

A lo largo de los cerca de 35 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, son claras las líneas que han marcado su jurisprudencia en relación con el régimen local. El Tribunal Constitucional ha contribuido en sus etapas iniciales a consolidar la garantía de la autonomía local, como uno de los elementos característicos de nuestro sistema democrático. Más adelante

puede decirse que su jurisprudencia se ha petrificado, hasta tal punto que los conatos para avanzar en la llamada interiorización del régimen local, es decir, en el aumento de las competencias de las comunidades autónomas en esta materia, o en la profundización del principio democrático en el ámbito de la Administración local, no han pasado de tímidos intentos.

Artículo recibido el 10/07/2014; aceptado el 06/10/2014.

* Ponencia presentada en el séptimo seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local* Josep Maria Esquerda 2014, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 11 de julio de 2014.

1. Garantía de la autonomía local

En el derecho administrativo clásico los entes locales son una suerte de Administraciones menores. Para esta concepción tradicional los municipios son esencialmente corporaciones, agregación de vecinos, y su cometido como ente local es la pura administración de los asuntos internos, como funciones delegadas del Estado y las comunidades autónomas.

Frente a esta concepción, el artículo 137 CE reconoce a los municipios y provincias autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, y el artículo 140 establece que la Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Se reconoce, en consecuencia, al municipio como una entidad con autonomía política. Deja de ser una pura Administración de gestión, para ser una Administración representativa que tiene en su seno el poder de gestionar políticamente sus intereses en beneficio de los ciudadanos. La Constitución garantiza no solamente una posición de libertad respecto a la toma de decisiones, sino también la reserva de una parte de poder político en manos de los ayuntamientos.

Esta idea se pone de manifiesto en una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3), según la cual la autonomía local “hace referencia a la distribución territorial del poder del Estado en el sentido amplio del término y debe ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, constituyendo en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal”. Esta noción es muy similar a la que luego fue acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, en la cual se establece que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

Como pone de manifiesto Torres Muro¹, poco después el Tribunal Constitucional fijó como línea jurisprudencial la que configura la autonomía local como una

garantía institucional que el legislador debe respetar: SSTC 32/1981 y 84/1982.

La STC 170/1989, de 19 de octubre (FJ 9), resume esta doctrina del siguiente modo:

“Este Tribunal ha declarado que la autonomía local, tal y como se reconoce en los arts. 137 y 140 CE goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar. **Esa garantía institucional supone ‘el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen**², graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, **los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible**’ (STC 32/1981). Más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que **permite, por tanto, configuraciones legales diversas**, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional. Por tanto en relación con el juicio de constitucionalidad sólo cabe comprobar si el legislador ha respetado esa garantía institucional”.

Por garantía institucional se entiende aquella técnica mediante la cual la Constitución, sin regular agotadoramente la composición y las competencias de una institución, establece los rasgos fundamentales con arreglo a los cuales debe ser entendida en un contexto histórico y sociológico determinado, de tal suerte que el legislador debe respetar estos rasgos y no puede establecer una regulación que no la haga reconocible.

El concepto de garantía institucional, aunque es el que explica la técnica seguida por la Constitución para garantizar la autonomía local, fue empleado inicialmente por el Tribunal Constitucional para referirse a la garantía institucional de la provincia. Esta jurisprudencia se sienta en la STC 32/1981, de 28 de julio (diputaciones catalanas), y se ratifica en otras: SSTC 27/1987, de 27 de febrero (diputaciones valencianas), y 109/1998, de 21 de mayo.

1. TORRES MURO, Ignacio, “El régimen constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Reforma Estatutaria y Régimen Local*, Thomson Reuters, donde se recoge una conferencia pronunciada el 18 de diciembre de 2009 en la Universidad Autónoma de Madrid.

2. En la cita de las SSTC el énfasis está añadido.

En la STC 32/1981 (FJ 4) se rechazó el intento de vaciar de contenido a las diputaciones provinciales, afirmando que:

“Parece evidente que esta asunción por la Generalidad de la totalidad de las competencias atribuidas actualmente a las Diputaciones sin dotar a los órganos llamados a sustituirlas de tales competencias u otras similares, implica la desaparición de las cuatro provincias como entidades locales dotadas de autonomía para la gestión de sus propios intereses, sin que quepa aducir, en contra de esta evidencia, que la ley impugnada ‘no ha suprimido ninguna de las cuatro provincias existentes en territorio catalán’, que ‘se ha limitado a sustituir sus órganos de gobierno’, a los que dota de las competencias ‘suficientes para cumplir y colmar los intereses a que han de atender’ o que ‘lejos de hurtar potestades a las autonomías locales, la intención proclamada en su propio preámbulo por la Ley 6/1980, es la articulación básica de las autonomías locales catalanas en municipios y comarcas [...] los órganos representativos de la Comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible’. **La ley impugnada al privar a los Consejos Territoriales, con los que pretende sustituir a las Diputaciones, de estas potestades básicas y limitar sus competencias sustancialmente a las de estudio y propuesta, privándolas incluso de la facultad de aprobar su propio presupuesto [...] no respeta las condiciones mínimas que permitirían considerar subsistente la autonomía de las provincias que la Constitución garantiza**”.

El concepto de garantía institucional es un concepto flexible. Esto permitió al Tribunal Constitucional introducir una modulación en el ámbito de la autonomía local garantizada constitucionalmente, sin renunciar a dicho concepto de garantía institucional. En efecto, la STC 109/1998, de 21 de mayo (FJ 2), declaró que:

“El legislador estatal básico ha de respetar la garantía institucional de la autonomía provincial, al regular la dimensión funcional o competencial de la autonomía local. Hemos de precisar, sin embargo, que no toda incidencia en la esfera competencial de la entidad local debe reputarse lesiva de la mencionada garantía institucional, toda vez que esta **no se concibe como una garantía absoluta que impida toda suerte de afectación de la esfera de competencias legalmente asignadas, sino únicamente aquellas que menoscaben o vulneren el núcleo esencial e indis-**

ponible de la autonomía provincial, sin el cual esta no presentaría los caracteres que la hacen reconocible como institución”.

Esta modulación jurisprudencial es la que lleva al Tribunal Constitucional a admitir en esta sentencia (FJ 7) la constitucionalidad de los planes únicos de obras y servicios:

“La sustitución de los planes provinciales por el Plan Único no anula, ciertamente, el ejercicio de la competencia de cooperación económica [...] hasta el punto de hacerla desaparecer, toda vez que aquella no se agota con la aprobación anual de un plan provincial de obras y servicios. [...] Pero es que, **además de conservar en este ámbito competencial un margen de decisión propia –tal y como reclama la garantía institucional de la autonomía local– no es superfluo recordar, a propósito de esta garantía, que las Diputaciones catalanas tienen asegurada su presencia en la confección del Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña** en suma, dado que se satisface la inexcusable participación de las Diputaciones en la elaboración del Plan Único, así como que se produce una adecuada correlación entre las aportaciones a dicho Plan y los municipios de su ámbito territorial en que aquéllas repercuten y, en fin, que permanece subsistente la posibilidad de que las Diputaciones catalanas desempeñen su competencia de cooperación económica a los municipios mediante cualquier otra fórmula [...] no necesariamente encauzada a través de las obligatorias aportaciones al Plan Único, ha de concluirse que los preceptos enjuiciados no vulneran la autonomía provincial”.

La garantía de la autonomía local plantea la cuestión de si (i) protege a los municipios individualmente considerados, y de si (ii) la creación de nuevas entidades municipales puede suponer la desnaturalización del municipio. La respuesta del Tribunal Constitucional es negativa en ambos casos cuando aborda la cuestión relativa a la creación de las comarcas en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, que proclama el principio de la centralidad del municipio:

“[...] **la garantía institucional de la autonomía local no pueda preservar al municipio individualmente, sino que su alcance sea estrictamente institucional**, no empaña para nada la lógica del art. 42.4.º de la LBRL. Todo lo contrario. Dicho precepto no condiciona en absoluto esas alteraciones municipales, **pero sí garantiza la institución municipal, que, aun en la hipótesis extrema, no podrá diluirse**

para pasar a identificarse con la comarca. La configuración constitucional de la comarca como agrupación de municipios (art. 152.3 de la CE) impide, en efecto, la materialización del supuesto último del ‘municipio comarca’, de manera que por muy profundas que pudieran imaginarse esas alternaciones municipales no podrá llegarse a semejante situación”.

En relación con la competencia autonómica reconocida en diversos estatutos de autonomía sobre alteración de términos municipales, o sobre la organización territorial de la Administración local, la STC 214/1989 admite la concurrencia entre la competencia autonómica y la competencia básica estatal que deriva del artículo 149.1.18 CE. La STC 31/2001 considera que son competencia propiamente exclusiva de Cataluña las “decisiones concretas a través de las cuales la Generalitat determina, crea, modifica y suprime las entidades locales que han de componer dicha organización territorial, sin que ello impida la plena virtualidad de las bases estatales ex artículo 149.1.18 CE”.

Cuestión distinta es la aparente (y, en mi opinión, preocupante) normalidad con que, en las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, se admite el ejercicio de la competencia básica del Estado mediante normas reglamentarias o mediante actos de carácter ejecutivo.

La cuestión relativa a la creación de nuevos entes locales volverá a plantearse en la impugnación, ante el Tribunal Constitucional, del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña en relación con la regulación de las veguerías. Para resolver lo que llaman el “enigma” de las veguerías, los recurrentes proponen tres interpretaciones posibles: (a) la veguería es un ente local distinto de la provincia, pero la provincia pervive en Cataluña; (b) es un ente local distinto de la provincia, a la que sustituye y hace desaparecer; (c) la veguería es simplemente el nombre de la provincia en Cataluña, aunque su gobierno y administración no se confían a las diputaciones, sino a los consejos de veguería. Esta última interpretación es la que consideran “conforme”.

Pues bien, la STC 31/2010 se refiere a las veguerías en los fundamentos jurídicos 39, 40 y 41, usando la técnica de la interpretación conforme. El Tribunal Constitucional declara que las veguerías no pueden suponer, en absoluto, la desaparición de la provincia en Cataluña, porque esta es una entidad asumida y asegurada en su existencia por la Constitución:

“[...] ha de ser desestimada la impugnación del art. 83.1 EAC al introducir la veguería como entidad estructuradora de la organización territorial básica de la Generalitat de Cataluña y no hacer mención, en cambio, de la provincia, pues no por ello se ve afectada, con carácter general, la división territorial del Estado en provincias, ni, en particular, la división de Cataluña en las cuatro provincias actualmente existentes [...] la previsión estatutaria de la existencia de veguerías, sean cuales sean sus límites geográficos, no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña ni la de sus funciones constitucionales”.

Para el Tribunal Constitucional, si se denomina veguería a la provincia en Cataluña, en ningún caso su creación, modificación y supresión, así como el desarrollo de su régimen jurídico, podrían regularse por ley del Parlamento catalán, porque, “como ente local garantizado por la Constitución, la provincia denominada ‘veguería’ en Cataluña es indisponible por el legislador autonómico”. El Tribunal Constitucional añade que “los Consejos de veguería pueden sustituir a las Diputaciones” solamente cuando “los límites geográficos de las veguerías coincidan con los de las provincias”.

Como puede verse, a través de la llamada interpretación conforme el Tribunal Constitucional, sin declarar formalmente inconstitucional el texto del EACat, rechaza tajantemente cualquier posibilidad por parte del legislador autonómico de crear entidades de nivel provincial que sustituyan a la provincia o puedan coexistir con ella.

La sentencia cuenta, en este punto, con dos votos particulares que defienden la procedencia de declarar formalmente inconstitucionales los preceptos correspondientes del EACat. En uno de ellos se califica la solución de “difícilmente comprensible para cualquier lector”, “artificiosa y falta de realismo”, y originadora de “un amplio y preocupante espacio de inseguridad jurídica en una cuestión de tan enorme trascendencia como es la de la estructura territorial del Estado y sus partes”. En otro voto se dice que esta fórmula lo que hace es “crear problemas o aplazarlos en lugar de resolverlos”.

2. Supresión de controles jerárquicos

Una consecuencia del reconocimiento constitucional de la garantía de la autonomía local, es la imposibilidad de que el régimen de tutela del Estado y de las

comunidades autónomas sobre las entidades locales se realice por medio de controles jerárquicos, o por medio de instrumentos que puedan considerarse desproporcionados por tener carácter genérico y, por ende, ser lesivos del núcleo de la garantía que caracteriza constitucionalmente a las entidades locales.

En este punto son especialmente importantes las SSTC 4/1981 y 213/1988.

La STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ 3), que figura, como puede verse por su número, entre las primeras resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, establece de manera inequívoca la incompatibilidad con la autonomía local del establecimiento de controles genéricos e indeterminados sobre las entidades locales. La sentencia declara que la posición de superioridad del Estado “permite afirmar [...] que **el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia ‘cuasi’ jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales** [...] la autonomía garantizada por la Constitución quedaría afectada en los supuestos en los que la decisión correspondiente a ‘la gestión de los intereses respectivos’ fuera objeto de un control de oportunidad de forma tal que la toma de la decisión viniera a compartirse por otra Administración”.

Por su parte, la STC 213/1988, de 11 de noviembre (FJ 2), declara que la supresión de los controles sobre la actividad de la Administración local por la Ley de Bases del Régimen Local “**ha de calificarse de básica** también en sentido material por cuanto [...] [la norma] tiende a asegurar un nivel mínimo de autonomía a todas las Corporaciones Locales en todo el territorio nacional, sea cual sea la Comunidad Autónoma en que estén localizadas, lo que resulta plenamente congruente con la garantía institucional del art. 137 de la Constitución, garantía que opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos”.

La reforma legislativa del régimen local realizada en estos, reconociendo y dando efectividad al principio constitucional de autonomía local, se basa en la concepción de esta autonomía no como un ámbito propio de ejercicio competencial, sino como un espacio de libertad política respecto a los controles gubernativos del Estado.

La STC 159/2001, de 5 de julio, declaró inconstitucional el artículo 15 del Decreto Legislativo 1/1990 (Cataluña), en el cual se establecía que, en caso de incumplimiento grave de obligaciones urbanísticas o de actuación con notoria negligencia por los ayuntamientos, el consejero de Gobernación podría designar un gerente o transferir la competencia a la Comisión de Urbanismo. El Tribunal entendió que dicha norma añadía elementos relevantes a la norma básica (puesto que la Ley de Bases del Régimen Local únicamente preveía el incumplimiento grave de obligaciones urbanísticas), los cuales suponían un mayor o más intenso control por parte de la Administración autonómica, y una correlativa merma de la autonomía local.

La cuestión relativa a los controles sobre las entidades locales volvió a plantearse de nuevo en relación con la impugnación del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006.

Los recurrentes argumentaban que en el EACat (artículo 86.5) se produce una marginación del Estado, y que el artículo es contrario a la Ley de Bases del Régimen Local.

El abogado del Estado sostenía que era factible interpretar dicho artículo de manera ajustada a la Constitución, por entender aceptable constitucionalmente la eliminación de posibles controles administrativos de legalidad sobre los actos y acuerdos de las entidades locales, sustituyéndolos por la posibilidad de impugnarlos en vía contencioso-administrativa.

El Tribunal Constitucional declaró (FJ 38) que “la indeterminación y, acaso, insuficiencia del inciso final del art. 86.5 debe entenderse [...] que no priva al Estado de los medios de acción o control que establezca en el ejercicio de los títulos competenciales que constitucionalmente le resultan atribuidos por el art. 149.1 CE”. En uno de los votos particulares se propugnaba la inconstitucionalidad del precepto, por entender que “limita la genérica y amplísima facultad del Estado para impugnar cualquier acto contrario al ordenamiento jurídico adoptado por las corporaciones locales”.

3 Sistema de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas

Desde el primer momento, el Tribunal Constitucional articuló la división de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de régimen

local sobre la base de una ya tradicionalmente llamada división bifronte, en virtud de la cual corresponden al Estado competencias básicas y a las comunidades autónomas competencias de desarrollo y ejecución.

En esta materia existen dos sentencias muy importantes: las SSTC 84/1982 y 214/1989.

La STC 84/1982, de 23 de diciembre (FJ 4), declara que, ante el supuesto carácter “intracomunitario”³ de la autonomía local, puede afirmarse que:

“Los Entes locales (municipios y provincias) tienen autonomía constitucionalmente garantizada para la gestión de sus respectivos intereses (art. 137 CE); la determinación de cuáles sean esos intereses es obra de la Ley, que les atribuye, en consecuencia, competencias concretas, pero que en todo caso debe respetar la autonomía y, como sustrato inexcusable de esta, reconocerles personalidad propias. **Algunas Comunidades Autónomas, y entre ellas la de Cataluña, han asumido la competencia exclusiva en materia de régimen local (art. 9.8 del EAC) y, en consecuencia, es a ella a la que corresponde la regulación mediante Ley del Régimen jurídico de las Corporaciones Locales de su territorio (art. 5 del EAC). Esta Ley debe ajustarse, sin embargo, a las bases establecidas por el Estado, de manera que el régimen jurídico de las Corporaciones Locales, aun en aquellas Comunidades Autónomas que, como la Catalana, asumen el máximo de competencias al respecto, es siempre resultado de la actividad concurrente del Estado (en el sentido más estrecho del término) y de las Comunidades Autónomas.**

“Este carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales en algunas comunidades autónomas, que hace imposible calificarlo, de forma unívoca, como ‘intracomunitario’ o ‘extracomunitario’, no es contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución, cuyo art. 137 concibe a municipios y provincias como elementos de división y organización del territorio del Estado. Dividido y organizado también este, en su integridad y sin mengua de ella, en Comunidades Autónomas, ambas formas de organizaciones se superponen sin anularse, y si bien el grado superior de autonomía que es el propio de las Comuni-

dades, les otorga potencialmente un poder político y administrativo sobre los municipios y provincias que se incluyen en su territorio, estas y aquellos no desaparecen, ni se convierten en meras divisiones territoriales para el cumplimiento de los fines de la Comunidad [...]”.

La STC 214/1989, de 21 de diciembre (FJ 1), fija que la competencia básica no solo se refiere al régimen local propiamente dicho, esto es, a la organización de los entes locales, sino también a la determinación de sus competencias. Declara, en efecto, que “corresponde al Estado la competencia para establecer las bases no solo en relación a los aspectos organizativos o institucionales, sino también en relación a las competencias de los Entes locales constitucionalmente necesarios [...] **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**, encontrando cobertura a esa encomienda estatal en el concepto mismo de ‘bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, por cuanto dicha expresión engloba a las Administraciones locales [...] en absoluto se ajusta a la realidad la afirmación de que el *régimen local* equivalente a *régimen jurídico de las Administraciones Locales* haya quedado reducido a las cuestiones estrictamente organizativas”.

En esta misma sentencia (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20) se declara que el Estado puede mantener formas de colaboración directa con las entidades locales, puesto que “el carácter bifronte del régimen local posibilita, antes bien, fórmulas cooperativas como la que ahora se analiza, en cuanto que las Entidades locales forman también parte de la organización territorial **del Estado y este puede mantener legítimamente relaciones directas con aquellas, sin que, en todo caso, sea imprescindible la mediación de las correspondientes Comunidades Autónomas**”.

Conectado con este tema está el asunto del cambio de capitalidad provincial, que se resuelve en la STC 385/1993, de 23 de diciembre, en la que se afirma (FJ 4) que:

“Denominación y capitalidad, elementos muy unidos, son dos aspectos esenciales en la configu-

3. El concepto de “interiorización” o “carácter intracomunitario” de la autonomía local es utilizado generalmente para referirse a un sistema de competencias exclusivas de la comunidad autónoma en materia de régimen local, sin sujeción a bases fijadas por el Estado en esta materia.

ración de un ente público territorial cualquiera en más de un sentido. Sin una sede con nombre propio no parece concebible tampoco ninguno. **Una y otro, por tanto, son elementos necesarios y pueden considerarse básicos** sin esfuerzo alguno. En consecuencia, no le pueden resultar indiferentes al Estado y su intervención en este punto no significa extralimitación alguna de su ámbito de competencias, en la distribución que de ellas se hace por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía respectivos”.

También el Tribunal Constitucional, en sus primeras sentencias, hizo una referencia a los límites que afectan a las comunidades autónomas en el ejercicio de competencias sobre coordinación de los entes locales. La STC 27/1987, de 27 de febrero (FFJJ 2 y 5), declara que:

“El ámbito material u objetivo de la coordinación autonómica de las Diputaciones Provinciales valencianas, por amplio que sea, tiene sus límites. De un lado, la coordinación solo puede recaer sobre las materias o funciones genéricamente definidas en la Ley impugnada [...]. De otro lado, **la coordinación está asimismo objetivamente limitada por la imprescindible concurrencia de los presupuestos legitimadores establecidos [...] que deben interpretarse estrictamente de conformidad con lo que el art. 10.2 de la Ley Estatal 7/1985 dispone, tanto por la remisión que el art. 47.3 del EACV hace a la legislación del Estado como porque dicho precepto tiene carácter básico**”.

La cuestión sobre las competencias de las comunidades autónomas en materia local, volvió a plantearse con motivo de las impugnaciones del EACat del año 2006. El Tribunal Constitucional rechazó en la sentencia 31/2010, de modo tajante, la posibilidad de avanzar en la interiorización del régimen local; es decir, en la posibilidad de atribuir de manera exclusiva las competencias en materia de régimen local a una comunidad autónoma. Las impugnaciones al Estatuto de Cataluña en materia local cuestionaban en su totalidad el Capítulo VI del Título I del mismo (“El Gobierno local”). Los recurrentes sostenían que la regulación del EACat trataba de desplazar la legislación básica e impedía el ejercicio de la competencia estatal en la materia, persiguiendo una total “interiorización” del gobierno local que terminaría con el “carácter bifronte” que ha sido clásico en el tratamiento de estas competencias.

En el FJ 36 de la STC 31/2010 se afirma que “en principio ninguna objeción puede formularse a que el

Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma [...] contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial [...] **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 [...]”.

Señala además que “la regulación estatutaria ha de entenderse, en principio, sin perjuicio de las relaciones que el Estado puede legítimamente establecer con todos los entes locales”.

Así pues, el Tribunal Constitucional rechaza de manera tajante cualquier interpretación del Estatuto que pudiera conducir a la exclusión del Estado de las materias relacionadas con el gobierno local en Cataluña.

En el FJ 37 se remacha esta idea, pues se declara que:

“El elenco competencial que el precepto estatutario (art 84 EAC) dispone que tiene que corresponder a los gobiernos locales en modo alguno sustituye ni desplaza, sino que, en su caso, se superpone, a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada por el art. 149.1.18 CE [...] es evidente, pese a que en él [art. 84 EAC] se omita cualquier referencia a la competencia estatal en materia de régimen local ex art. 149.1.18 CE, que el legislador autonómico al aprobar las referidas leyes [leyes aprobadas por el Parlamento de Cataluña para la distribución entre las distintas Administraciones locales de las responsabilidades administrativas] ha de atenerse a la legislación básica del Estado en dicha materia, respetando, en todo caso, la competencia estatal”.

En el FJ 100, cuando el Tribunal Constitucional resuelve la impugnación del artículo 160 EAC, vuelve a declararse que “el precepto estatutario [...] atribuye a la Generalitat la determinación concreta de las competencias que hayan de tener los entes locales, lo que deberá circunscribirse a las áreas de competencia de aquella y, por tanto, respetar las competencias del Estado [...] **el art. 160.1 EAC, al reconocer a la Comunidad Autónoma las competencias examinadas en ‘exclusividad’, lo hace de manera impropia y no impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1. 18 CE**”.

Uno de los votos particulares se muestra especialmente crítico incluso con esta interpretación, pues sostiene que el mantenimiento de la constitucionalidad de los artículos 160 y 84 EAC “viene a poner en peligro, en el aspecto municipal, la homogénea estructura territorial del Estado, porque habrá unos ayuntamientos, los de Cataluña, que pueden no ser sustancialmente iguales al resto de España, tanto en cuanto a competencias como en su sometimiento a las Bases estatales”.

Sin embargo, como después veremos, el Tribunal Constitucional se mostró mucho más flexible con la posibilidad de interiorizar el gobierno local en la STC 132/2012, sobre Consejos Insulares de las Illes Balears.

4. Protección procesal de la autonomía local

La Ley Orgánica 7/1999 crea como nuevo procedimiento el conflicto para la defensa de la autonomía local. La legitimación para formular un conflicto de esta naturaleza, cuando la ley afecta a varios municipios o provincias, viene determinada por el hecho de que los promotores “supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente”. Para considerar legitimadas a varias provincias, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige un número de provincias “que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley y representen como mínimo la mitad de la población oficial”. Esta disposición se contiene en el artículo 75 ter de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la Ley Orgánica admite también la legitimación de un municipio o provincia cuando sean destinatarios únicos de la ley. En la actualidad está pendiente de resolución un conflicto planteado ante el Tribunal Constitucional por Torremontalbo, por alteración del término municipal respecto del de Uruñuela, en el cual se invoca la legitimación por el primero de ellos a título de destinatario único de la ley.

La STC 240/2006, de 20 de julio, declara que:

“Dicha especificidad se manifiesta en que el conflicto solo puede ser promovido frente a normas legales con base en un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de la ‘la autonomía local constitucionalmente garantizada’; en consecuencia no podrán agregarse otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales [...] el canon que este tribunal deberá aplicar para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local promovido frente a leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (artículos 137, 140 y 141 CE) que establecen ese ‘contenido mínimo’ que protege la garantía institucional y que hemos considerado definitorio de ‘los elementos esenciales’ o del ‘núcleo primario’ de autogobierno de los entes locales territoriales”.

Esta misma doctrina ha sido ratificada después en la STC 37/2014, de 11 de marzo.

5. Principio democrático

Uno de los atributos esenciales que caracterizan a las instituciones locales, es el de que son Administraciones Públicas cuyo Gobierno es de origen y estructura esencialmente democráticos, como ha subrayado Luis Ortega⁴. El principio de autogobierno como facultad de gestión colectiva y democrática de los asuntos propios, ajena a la soberanía pero dotada de autonomía frente a los poderes del Estado, surge históricamente en el ámbito de los entes locales. La idea de poder municipal fue alumbrada por la Asamblea Constituyente en los primeros momentos de la Revolución Francesa, como poder originario y exclusivo del municipio para la gestión de asuntos, de naturaleza cuasi privada, propios de la asociación vecinal.

La llamada “concepción funcional de la autonomía local”, mediante la que pretende defenderse teóricamente una concepción administrativa de la autonomía local, significa la dilución de los intereses locales en una ejecución conjunta de tareas públicas con las demás Administraciones territoriales, y no parece satisfactoria. La legitimación democrática de la autonomía local exige una actuación bajo propia responsabilidad,

4. “Los principios constitucionales sobre el régimen local y su aplicación a las competencias locales”, en *RAP*, núm. 117, septiembre-diciembre 1988, y “La democracia local en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, texto facilitado por el autor al autor de este trabajo.

e impide degradarla a una función técnico-administrativa fundada en un principio de descentralización.

El municipalismo español sigue siendo heredero de la Constitución de 1812. En consecuencia, el contenido de la garantía constitucional de la autonomía local está basado en el principio democrático, y comporta la capacidad efectiva para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos en el marco de la ley, bajo su responsabilidad y en beneficio de sus habitantes. El carácter representativo de los órganos a los que responde la dirección política de los entes locales constituye un concepto inherente a este concepto de autonomía local.

El principio democrático es el que justifica la legitimación reconocida a los concejales disidentes para impugnar los acuerdos de la corporación. Según la STC 173/2004, de 18 de octubre, el artículo 20 a) LJCA, “después de disponer que ‘no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública... los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados’, salva de inmediato el caso de que ‘una ley lo autorice expresamente’. Esta Ley, en cuanto ahora interesa, sería, precisamente, el meritado art. 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, desarrollado en el art. 209.2 del Real Decreto 2568/1986, que aprobó el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, que, de modo significativo, comienza estableciendo: junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo (y por tanto con separación de sus requisitos, léase de la caracterización del interés como relación entre sujeto y objeto de la pretensión) ‘podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico... los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos’.

“La interpretación del precepto acabado de transcribir no puede quedarse en el restrictivo sentido de que sólo, en cuanto aquí importa, los concejales que hubieran integrado uno de los órganos colegiados del municipio (Ayuntamiento y Comisión de Gobierno, allí donde exista) y hubieran votado en contra del acuerdo adoptado por aquéllos estarían legitimados para impugnarlo en vía contencioso-administrativa, como si de un aislado –y hasta podría decirse que insólito– título legitima-

dor se tratara. Por el contrario, esta excepción, que responde al obligado interés del concejal disidente en el correcto y ajustado a Derecho funcionamiento de la corporación local a que pertenece (porque ya se ha dicho que se trata de un título legitimador distinto del derivado del ‘interés legítimo’ que caracteriza la legitimación general –la del art. 19.1.a LJCA–), ha de presuponer lógicamente el prius de la legitimación del concejal o representante popular de una entidad local para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias a Ordenamiento en que hubiera podido incurrir su corporación, de la que la excepción legal –la del art. 63.1.b LRBRL– sería una consecuente aplicación.

“No tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el ‘interés en el correcto funcionamiento de la corporación’ que subyace en el título legitimador que ahora se examina”.

Asimismo, el principio democrático justifica, según la STC 125/2013, de 23 de mayo, que, dado el plus de representatividad exigido al requerir que encabezen la correspondiente lista, no puedan ser proclamados alcaldes quienes forman parte de las listas por la vía del artículo 182.2 LBRL, según el cual, 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. Asimismo, la STC 147/2013, de 6 de agosto, declaró que, una vez presentada la renuncia por los concejales preferentes en la lista al candidato a alcalde (con la supuesta intención de abrir paso a esta candidatura), el hecho de que aquel no pueda ser nombrado por no haber sido elegido no permite privar de efectos a las renunciaciones ya presentadas.

El principio democrático, sin embargo, no es el único que rige en el ámbito de la Administración local, como ha subrayado Velasco Caballero⁵. La Constitución contiene tres criterios generales aplicables a la Ad-

5. “Régimen local en el Estatuto Catalán, tras la STC 31/2010”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 13, 2011.

ministración local: el principio de eficacia y eficiencia de todas las Administraciones Públicas y del gasto público en general contenido en los artículos 103.1 y 31 CE; el principio democrático al que acabo de referirme, y el principio de centralidad del municipio en la planta local, que se infiere de la comparación de los artículos 137, 140 y 141 CE.

Esto ha llevado consigo que (i) la aplicación del principio democrático a las entidades locales haya comportado un tránsito del concepto de Administración local al de Gobierno local, pero que paralelamente (ii), en aras de la eficacia, se haya ido produciendo una parlamentarización del Gobierno local, aproximando su régimen al que resulta de las relaciones que se producen en el seno del Estado entre el ejecutivo y el legislativo, y que finalmente (iii) se haya planteado el diferente alcance que el principio democrático puede tener en unas y otras corporaciones locales.

El principio de eficacia se manifiesta en la voluntad de dar más autonomía al alcalde respecto del Pleno, otorgándole libertad para la configuración de su equipo de gobierno. En este debate la Ley 57/2003 favorece al alcalde, estableciendo que al menos un tercio de los miembros de la Junta de Gobierno Local puedan ser designados por el alcalde, entre personas que no sean concejales. En este sentido se modificó el artículo 126.2, párrafo segundo, inciso primero, de la Ley de Bases del Régimen Local, cosa que plantea el problema de su compatibilidad con el principio democrático.

La cuestión se planteó inicialmente en la STC 132/2012, sobre Consejos Insulares. En ella se acepta que la Junta de Gobierno es un órgano ejecutivo y profesional que atiende a la complejidad de la gestión administrativa, y que en el Pleno es donde se plasma el principio representativo. La Carta Europea de la Autonomía Local, en su artículo 3.2, prevé la hipótesis de que existan órganos ejecutivos responsables ante los órganos electivos colegiados. En la gestión administrativa de los entes locales pueden existir, pues, órganos que no cumplan con el requisito de ser órgano representativo, siempre que ese órgano representativo esté bajo el control político de otro órgano colegiado que tenga carácter representativo. El Tribunal Constitucional reconoce que pueden existir este tipo de órganos ejecutivos cuyos miembros no tienen el carácter representativo, pero hace una diferenciación entre régimen jurídico de los cabildos insulares y régimen jurídico de los ayuntamientos, al afirmar que “no cabe equiparar automáticamente los Consejos Insulares a los Ayunta-

mientos”, y que “esta regulación de los Consejos Insulares constituye una singularidad propia de su régimen jurídico”. En consecuencia, 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, no contraviene la normativa básica sobre régimen local, habida cuenta de que el legislador autonómico ha optado por reforzar el perfil ejecutivo de la figura, contrapesándolo con el establecimiento de una serie de instrumentos de control y fiscalización de la acción de los consejeros ejecutivos y, en última instancia, del presidente, quien designa y separa libremente a los restantes miembros del Consejo ejecutivo. En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, la remisión de la organización de los cabildos insulares a las normas sobre las diputaciones provinciales, efectuada por la LBRL, no impide que la organización de los consejos pueda ser modificada por la ley autonómica, basándose en el estatuto de autonomía. Esta sentencia fue acompañada de un voto particular en el que se mantiene que se sigue un criterio contrario al de la STC 31/2010, sobre la aplicación de la legislación básica que deriva del artículo 149.1.18 CE frente a la llamada pretensión estatutaria de interiorización del gobierno local.

En esta sentencia se advertía que lo decidido no prejuzgaba lo que hubiera de resolverse en el recurso de inconstitucionalidad 1523/2004, el cual ha dado lugar a la STC 103/2013, de 25 de abril, relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra la Ley de Modernización del Gobierno Local 57/2003.

Esta última sentencia del Tribunal observa en la Constitución una gradación de la vinculación del gobierno y la administración local al carácter representativo de los órganos que pueden ejercerlos, la cual es de grado mínimo en las islas, de grado medio en las provincias y de grado máximo en los ayuntamientos. El Tribunal Constitucional observa que, respecto de las islas, la Constitución guarda silencio; respecto de las provincias, dice que tiene que existir una corporación de carácter representativo, y respecto de los municipios, establece que el poder local tiene que ejercerse por ayuntamientos compuestos por alcaldes y concejales.

El Tribunal Constitucional concluye que el artículo 140 CE establece, con carácter de *numerus clausus*, que solo el alcalde y los concejales pueden ejercer en los ayuntamientos las funciones de gobierno y administración. No cabe, en consecuencia, ninguna unidad

de gobierno local que esté dirigida en su cúspide por un técnico. El Tribunal elimina con toda claridad cualquier distinción en este ámbito entre política y administración. Añade que la elección democrática de los alcaldes y los concejales es una manifestación del derecho de participación política del ciudadano, recogida en el artículo 23 CE. En suma, el Tribunal Constitucional aprecia en el artículo 140 CE la exigencia de un plus de legitimidad democrática frente a la profesionalización de la función administrativa.

La sentencia es objeto de un voto particular, en el cual se afirma que desafía el sentido común considerar que las funciones de gobierno y administración de los municipios deben ser realizadas, en todo caso, por representantes electos, pues, a juicio de los firmantes, resulta imposible este desiderátum, atendida la complejidad de los asuntos que deben ser resueltos.

Guarda estrecha relación con el principio democrático en las corporaciones locales el principio de transparencia. A él se refiere la STC 161/2013, de 26 de septiembre, que resuelve un recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón, en el cual el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 70.1 de la Ley de Bases del Régimen Local, en la redacción dada también por la Ley de Modernización. En este precepto se dice que “[n]o son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local”.

Antes de la modificación introducida por la Ley de Modernización, Aragón había regulado, en su normativa autonómica, la publicidad de las sesiones de la Junta de Gobierno cuando afectasen a asuntos delegados por el Pleno de ayuntamiento, por lo que la nueva norma básica debía entenderse que desplazaba la regulación autonómica. La STC 161/2013 se limita, como vemos, a los asuntos que corresponde resolver a la Junta de Gobierno en virtud de competencias delegadas por el Pleno municipal. No se refiere a las Juntas de Gobierno de los ayuntamientos de grandes municipios, ni tampoco a las competencias de la Junta de Gobierno Local atribuidas directamente por la ley a las mismas y no por delegación del Pleno.

Así delimitado el ámbito de aplicación de la sentencia, el Tribunal Constitucional establece, en primer término, una relación entre el principio democrático del artículo 1.1 CE y el derecho de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos del artículo 23.1 CE. El Tribunal sostiene que el principio democrático comprende tanto la democracia representativa como la directa, y que la primera no puede anular la

segunda, por lo que existe una conexión directa entre el principio democrático del artículo 1.1 CE y el derecho de participación política.

En Tribunal Constitucional considera, en segundo lugar, que la publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo forma parte del contenido del principio democrático del artículo 1.1 CE, y del derecho a la participación directa del artículo 23.1 CE. Considera que “la exigencia de la publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo se constituye como un instrumento que posibilita el control político de los elegidos por los electores y se proyecta en relación con la publicidad de sus sesiones, la publicación de las deliberaciones y los acuerdos adoptados, y el acceso a la documentación que le sirva de soporte. **Esta exigencia de publicidad es, por tanto, no solo una genérica manifestación del principio democrático del Estado (artículo 1.1 CE), sino también una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE)**”.

A continuación el Tribunal Constitucional entiende que esta exigencia de publicidad, incluyendo la de sus sesiones, “es aplicable a la actividad del Pleno municipal, en tanto que órgano de carácter representativo de una colectividad política territorial que somete un procedimiento democrático decisiones que incorporan fines políticos propios, reflejo del principio del pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la autonomía local garantizaran el artículo 137 CE”.

En suma, lo que el Tribunal quiere decir es que la publicidad de los asuntos del Pleno depende del órgano que ejerce la competencia, puesto que el legislador dispone de un margen para configurar la competencia del Pleno. El principio de publicidad, en consecuencia, no puede quedar mermado por la facultad atribuida al Pleno de delegar competencias en la Junta de Gobierno. El Tribunal analiza el catálogo de estas posibles delegaciones del Pleno en la Junta de Gobierno, y entiende que no son delegaciones administrativas de carácter reglado, sino que tienen un amplio carácter discrecional, y, por tanto, el conocimiento del contenido del debate sobre esta decisión administrativa es de interés para los ciudadanos, en el ejercicio del principio democrático de democracia directa, por lo que es exigible dicha publicidad.

El Tribunal termina por ello realizando una integración, conforme al artículo 70.1, párrafo segundo, de la

Ley de Bases del Régimen Local, y decide que este precepto, en el que se declara que las sesiones de la Junta de Gobierno no son públicas, solo es constitucional si se entiende no aplicable a la adopción de decisiones relativas a las competencias delegadas por el Pleno.

El Tribunal Constitucional salva de lo anterior las delegaciones del Pleno en el alcalde, por el carácter unipersonal de la deliberación, al que no es aplicable la proyección del principio de publicidad, dado que no hay deliberación en un órgano unipersonal.

El Tribunal Constitucional considera que el principio de publicidad de las sesiones, ligado al principio democrático y de participación directa, no puede sustituirse por otros mecanismos de publicidad contemplados en el derecho administrativo, como la motiva-

ción, la notificación y la publicación del acto, pues el efecto de esta publicidad es posibilitar el conocimiento de las intervenciones de los cargos públicos electos y del proceso de discusión mediante el cual se ha llegado a la decisión, con la finalidad de poder imputar responsabilidades políticas a quienes han adoptado la decisión final o se han opuesto a ella en virtud de unas y otras razones.

Esta sentencia va acompañada de un voto particular en el cual se afirma, entre otras razones, que está fuera de lugar considerar antidemocrático que los acuerdos de la Junta sobre aspectos ejecutivos se realicen sin asistencia del público, y que la argumentación de la sentencia está imbuida de una concepción roussoniana de la democracia directa. ■

36_{QDL}

Noticias bibliográficas

Noticias bibliográficas

Antonio Descalzo González

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Derecho público más Derecho privado

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

Marcial Pons, Madrid, 2014

La cursiva con la que el autor resalta en el título de la obra el adverbio “más” nos avanza, de manera clara y significativa, la sugerente teoría que desarrolla luego en su interior. Frente a la histórica búsqueda de las distintas razones y técnicas que permiten separar y oponer la *summa divisio* del Derecho, el Derecho público y el Derecho privado, en esta nueva monografía del profesor Velasco Caballero se sostiene de manera fundada que no hay, en rigor, tal radical distinción.

Antes al contrario, la propuesta teórica del libro mantiene que la *summa divisio* se utiliza no como un instrumento de clasificación del entero ordenamiento jurídico, sino como cualidad para calificar los sectores normativos, de tal suerte y manera que en cada uno de ellos se podrá decir que hay más o menos público o privado en función de la participación en la ejecución del mismo, bien de la Administración Pública, bien de los jueces. Más en corto todavía, lo que cualifica mejor a las normas es la organización encargada de hacerlas eficaces, a saber: la Administración Pública o el Poder Judicial.

En su magnífica exposición, el autor analiza en el capítulo I las vías tradicionales de explicación de la división entre el Derecho público y el Derecho privado, para, al mismo tiempo, descubrir sus carencias e insuficiencias. La crítica así realizada a tales clásicas interpretaciones le permite examinar luego, en el capítulo II, el contexto para esa nueva propuesta que tenga en cuenta, en particular, la ordenación vertical del poder.

Desde tales premisas, y como se ha indicado, el capítulo III del libro está dedicado a una detallada y minuciosa argumentación que avala la propuesta ensayada por el autor sobre la *summa divisio* del Derecho. Tesis que queda finalmente ratificada mediante el procedimiento de someterla a una severa contrastación en diferentes sectores del ordenamiento, donde el grado de participación de las organizaciones de cumplimiento (Administración y jueces) es diferente.

En suma, y como siempre, el profesor Velasco nos ofrece una obra acabada y de gran aprovechamiento para todos los interesados en el Derecho administrativo, y, ahora también, para los interesados en el Derecho privado. Obra, además, con la que se inicia una nueva colección de la editorial Marcial Pons sobre *Administración Pública y Derecho*, y que dirigen los profesores Rodríguez de Santiago, Letelier Wartenberg y Ari Sundfeld. ■

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, pp. 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.

CÓDIGO CUENTA BANCARIA															
ENTIDAD				OFICINA				D.C.		N.º CUENTA					

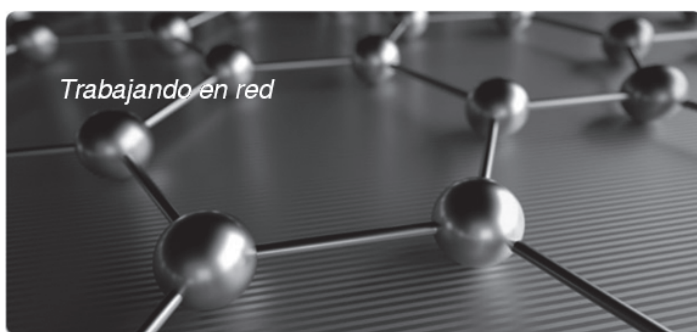
Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Inicio La Fundación ▼ Boletín Actividades ▼ Fundación Digital ▼ Publicaciones ▼ Actualidad

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-coloquio, desayunos...)

[ver más»](#)

Últimas Publicaciones



El bicentenario de las diputaciones provinciales (Cádiz 1812)



Revista Democracia y Gobierno Local 16/17



Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico



Cuadernos de Derecho Local nº 29



El debate actual sobre las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales



La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias

Actualidad



La reforma de las competencias de la Administración Local a debate

viernes, 28 de septiembre de 2012

En la Diputación de Málaga por expertos del Ministerio de Hacienda [ver más»](#)



La Xarxa de Goverss Locals amplia el plazo para que los ayuntamientos digan cuáles son sus necesidades

viernes, 28 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



fundlocal La reforma de las competencias de la administración local, a debate en la... [malaga.es/buscar/home.as...](http://malaga.es/buscar/home.as...#reformagobiernolocal) [#reformagobiernolocal](#) about 1 hour ago · reply · retweet · favorite

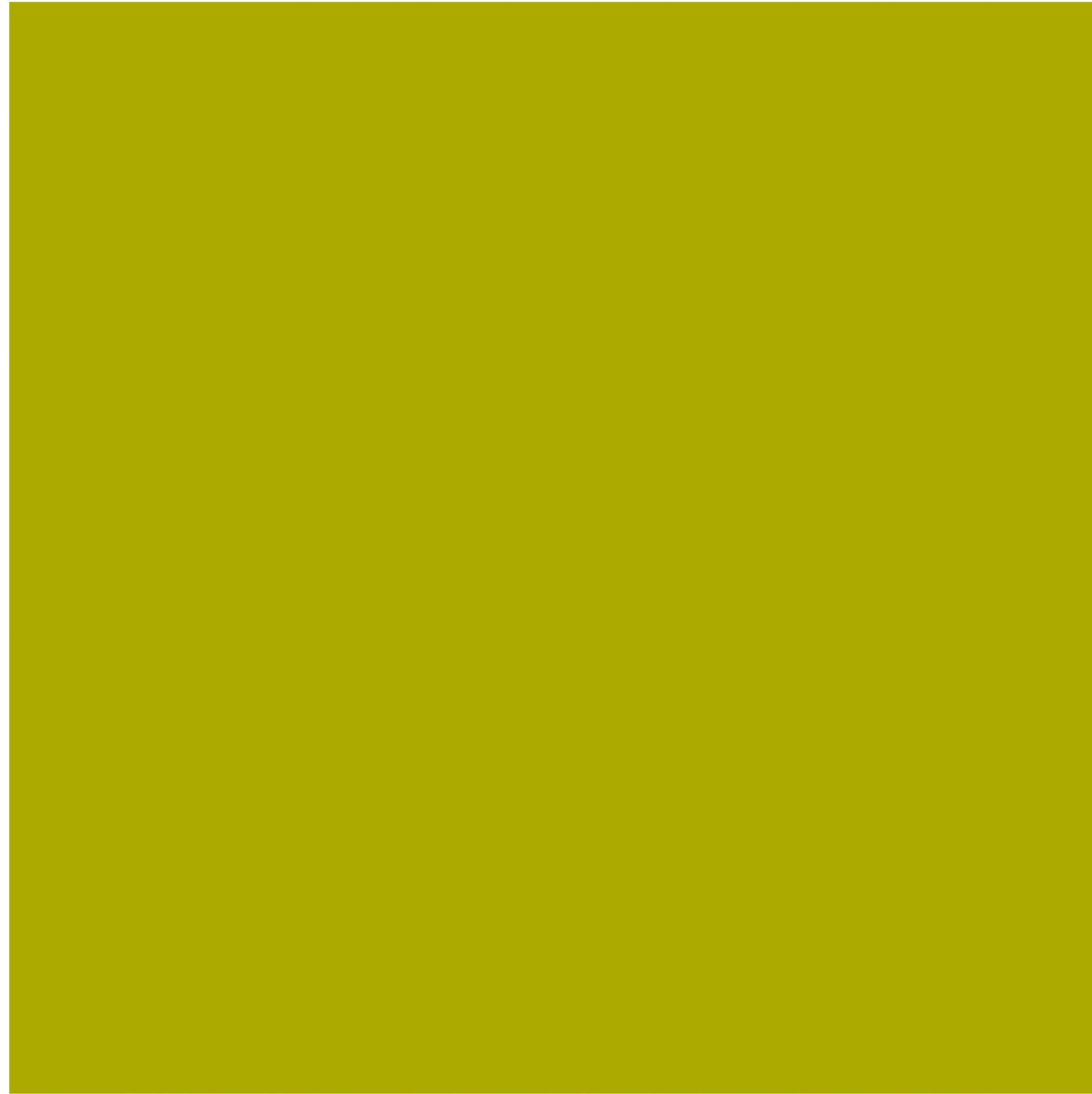
fundlocal Los diputados provinciales renuncian a su paga extra de Navidad. elnortedecastilla.es/20120925/local... via @nortecastilla 2 days ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Fundación Democracia y Gobierno Local gobiernolocal.org/actualidad/foc... 3 days ago · reply · retweet · favorite



Join the conversation

Suscríbete a nuestro Boletín digital



www.gobiernolocal.org

