

QDL45

Octubre de 2017 · Cuadernos de Derecho Local



15 ANIVERSARIO

Fundación
Democracia
Gobierno Local



Q

QDL45

Octubre de 2017 · Cuadernos de Derecho Local



15 ANIVERSARIO

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (<http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551>)

DICE (<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955>)

DIALNET (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400>)



Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4.º - 28006 Madrid

Producción

Estilo Estugraf Impresores S.L.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955

Foto de cubierta: iStockphoto LP

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

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*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

Consejo de Redacción

Presidente: Ramon Camp i Batalla, *Fundación Democracia y Gobierno Local*
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado 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*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *Diputación de Barcelona*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

Coordinadora

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

QDL45

12

Estudios

La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
· ANTONIO CIDONCHA MARTÍN

101

Una concepción sustancialista del contrato público
· SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

127

El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales
· AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ

157

La mejora regulatoria en el ámbito local y el control judicial de ordenanzas y planes de urbanismo: análisis de los antecedentes y de los retos en el caso español
· JULI PONCE SOLÉ

196

«*Deje que vaya desnudo*». Regulación de las prácticas nudistas por los entes locales españoles
· DARÍO BADULES IGLESIAS

Sumario

Ponencias, crónicas y notas

De las negociaciones y actividades prohibidas
a los funcionarios públicos y de los abusos
en el ejercicio de su función
· ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

242

Jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia
(de 1 de enero a 30 de junio de 2017)
· ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

266

QDL45

Estudios

La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

ANTONIO CIDONCHA MARTÍN

Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid

1. **A modo de introducción**
2. **El origen: la STC 32/1981 y la construcción de la autonomía local como garantía institucional**
3. **Los rasgos de la garantía constitucional de la autonomía local según el Tribunal Constitucional: un retrato actualizado**
 - 3.1. Sobre la adjetivación de la garantía: ¿de garantía institucional a garantía constitucional?
 - 3.2. Sobre el alcance territorial de la garantía: la autonomía local como garantía constitucional general y su conexión con la LBRL
 - 3.3. Sobre el significado de la autonomía local: ¿autonomía política o administrativa?
 - 3.4. Los sujetos destinatarios (o beneficiarios) de la garantía: las entidades locales constitucionalmente garantizadas
 - 3.5. El objeto de la garantía: las vertientes de la autonomía local
 - 3.6. La defensa de la garantía ante el Tribunal Constitucional
4. **La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales (en particular, las municipales)**
 - 4.1. Las reglas de control del Tribunal Constitucional
 - 4.1.1. Las reglas específicas de control de constitucionalidad sobre los controles administrativos sobre las entidades locales: un apunte
 - 4.1.2. La regla general: del umbral mínimo a la ponderación

Artículo recibido el 09/10/2017; aceptado el 15/10/2017.

- 4.2. El sistema competencial de la LBRL y la garantía constitucional de la autonomía municipal
 - 4.2.1. El sistema originario de la LBRL
 - 4.2.2. El sistema de la LRSAL: la «clarificación» de las competencias municipales
 - 4.2.3. El sistema competencial de la LRSAL y el Tribunal Constitucional
- 5. Algunas reflexiones y alguna propuesta**
 - 5.1. Las reflexiones
 - 5.2. Una propuesta interpretativa
 - 5.2.1. La premisa: garantía constitucional (mejor que garantía institucional) de la autonomía local, pero sabiendo qué es lo que se garantiza
 - 5.2.2. La garantía constitucional de la autonomía competencial municipal: una propuesta
 - 5.2.3. Un apunte final: sobre la ponderación como método de control de la legislación sectorial y el Tribunal Constitucional
- 6. A modo de epílogo**
- 7. Bibliografía citada**

Resumen

El objeto de este trabajo es hacer un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la garantía constitucional de la autonomía local. A partir de la STC 32/1981 (origen de la construcción jurisprudencial) se hace un retrato actualizado de la doctrina del Tribunal Constitucional en general y se profundiza en la vertiente competencial, muy especialmente en lo relativo a las competencias municipales. A este análisis siguen unas reflexiones y una propuesta.

Palabras clave: autonomía local; Tribunal Constitucional; garantía institucional/constitucional; legislador básico; legislador sectorial; entidades locales constitucionalmente garantizadas; municipios; provincias; diputaciones provinciales; vertientes de la autonomía local (organizativa, financiera, competencial); conflicto en defensa de la autonomía local; controles administrativos sobre las entidades locales; sistema competencial municipal; competencias propias genéricas; competencias propias específicas; ponderación.

The constitutional guarantee of local autonomy and competences: an assessment of the Spanish Constitutional Court case law

Abstract

This article studies the Spanish Constitutional Court case law on the guarantee of local autonomy. Since judgment 32/1981 –which is the starting point of the case law–, the article updates the portrait of the Spanish Constitutional Court doctrine and explores its implications on local competences. After the analysis, the article makes some reflections and launches one proposal.

Keywords: local autonomy; Spanish Constitutional Court; institutional/constitutional guarantee; basic state laws; sectoral legislation; local entities constitutionally guaranteed; municipalities; provinces; provincial councils; aspects of local autonomy (organization, financing and competences); conflict in defense of the local autonomy; administrative controls over local entities; municipal competences; generic own competences; specific own competences; balancing.

1

A modo de introducción

El artículo 137 de la Constitución (CE en adelante) garantiza a los municipios y provincias autonomía para la gestión de sus intereses. El artículo 141.3 CE también se refiere a la isla como entidad local, pero no le otorga expresamente autonomía. Ha sido el Tribunal Constitucional (TC en adelante) el que ha aclarado que la garantía constitucional de la autonomía local alcanza a las islas, en los archipiélagos balear y canario (STC 132/2012, fj 3).

Autonomía significa, a simple vista, instituciones de autogobierno, competencias y recursos económicos para ejercer esas competencias. La CE dice algo sobre las instituciones de autogobierno de municipios y provincias, los ayuntamientos (art. 140) y las diputaciones provinciales –u otras corporaciones de carácter representativo– (art. 141): unos y otras han de ser instituciones representativas y, en el caso de los municipios, con legitimación democrática directa necesariamente. También dice algo sobre los recursos económicos de las entidades locales (art. 142): habrán de ser suficientes y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y las comunidades autónomas. Sin embargo, guarda silencio sobre sus competen-

cias: no las determina, ni siquiera fija las reglas de atribución. El texto constitucional se limita a señalar que municipios y provincias gozan de autonomía *para la gestión de sus intereses*, pero no determina cuáles son los asuntos de su interés respectivo, ni siquiera establece criterios para esa determinación.

Todo parece quedar al albur del legislador; un legislador que, además, no identifica con claridad. El art. 148.1.2 CE se limita a decir que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre régimen local. Por su parte, en el art. 149.1 CE no existe referencia expresa alguna al régimen local como materia competencial. Lo único que hay es una referencia a que el Estado asume la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de (todas) las Administraciones públicas (149.1.18.^a CE). Esta indefinición de la Constitución fue aprovechada por los primeros estatutos de autonomía para incorporar al elenco competencial de las comunidades autónomas el «régimen local», con carácter de exclusividad en dos casos (País Vasco –art. 10.4 de su Estatuto– y Cataluña –art. 9.8 del Estatuto de 1979–), eso sí, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.18.^a CE. Se comprende así que la clave para determinar la esfera competencial de ambas comunidades radicaba en la interpretación de la cláusula competencial del art. 149.1.18.^a.

¿Quién garantiza la autonomía local en materia competencial? ¿Qué es lo que se garantiza? La garantía constitucional de la autonomía local ha sido cosa, primero, del TC; después, de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL), y, bajo la influencia de esta, de nuevo del TC. A la fiesta se sumaron los estatutos de autonomía de segunda generación. De aguafiestas parece haber ejercido la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), aunque entre las comunidades autónomas y el TC han desactivado en buena medida el propósito indisimulado del legislador de reducir el espacio competencial de los municipios.

En lo que sigue, recuerdo el *bing bang*, la STC 32/1981 (apartado 2). A partir de ahí, hago un retrato actualizado de la jurisprudencia del TC sobre la garantía constitucional en general (apartado 3). Después, me ocupo específicamente de la vertiente competencial de la garantía (apartado 4). Es para esta vertiente para la que el TC construye la garantía institucional de la autonomía local como derecho de participación en los asuntos que atañen a las entidades locales. En este recorrido pongo el centro de atención en los municipios, pues en torno a ellos se plantean en toda su complejidad los problemas de

la construcción del TC, habida cuenta del proceso de atribución del núcleo duro de las competencias municipales que pergeña la LBRL: un proceso en dos tiempos, en el que la Ley básica manda lo que se tiene que atribuir y el legislador sectorial atribuye y fija las condiciones de ejercicio. Un legislador sectorial que opera con libertad, dada la indeterminación del legislador básico y que, en cuanto estatal, no está vinculado jurídicamente a aquel. En el apartado 5, tras unas reflexiones generales, hago una propuesta en relación con ese complejo proceso.

2

El origen: la STC 32/1981 y la construcción de la autonomía local como garantía institucional¹

El TC sienta los pilares de la garantía constitucional de la autonomía local en la famosa sentencia 32/1981. Pero antes de ella está la STC 4/1981, suscitada por un recurso de inconstitucionalidad contra determinadas leyes preconstitucionales, entre ellas la Ley de Régimen Local de 1955, que preveía numerosos controles estatales sobre los entes locales. Es en buena medida una sentencia sobre controles. En esta sentencia irrumpe en la jurisprudencia del TC la autonomía local, no como garantía institucional, sí como especie dentro del género «autonomía de las entidades territoriales» (art. 137 CE), entendida como principio general de organización del Estado [fj 1.B)]. En el crucial fj 3, el TC sienta una doctrina general sobre la autonomía (de sobra conocida) y, tirando de este hilo, fija reglas (estándares) sobre la compatibilidad entre la autonomía de las entidades territoriales (comunidades autónomas y entidades locales) y la existencia de controles por parte de otras Administraciones².

1. A estas alturas, la literatura sobre la autonomía local es amplísima. Quienes más se han ocupado de ella han sido los administrativistas. La atención prestada por los constitucionalistas durante mucho tiempo ha sido más bien escasa. Como monografías clásicas sobre la materia podemos citar: FANLO LORAS (1990), SÁNCHEZ MORÓN (1990) y GARCÍA MORILLO (1998). En los manuales de Derecho Administrativo no falta nunca algún capítulo introductorio sobre la autonomía local. Dentro de las obras especializadas en Derecho Administrativo Local, merece destacarse el monumental Tratado de Derecho Municipal de Muñoz Machado [MUÑOZ MACHADO (2011)], con un capítulo dedicado a la autonomía local escrito por Luciano Parejo [PAREJO ALFONSO (2011)] y la espléndida monografía sobre el sistema de fuentes del Derecho Local de Velasco Caballero [VELASCO CABALLERO (2009)]. Véase también el manual de Sosa Wagner [SOSA WAGNER (2005)] y, más recientemente, el de Lora-Tamayo [LORA-TAMAYO, M. (2015)].

2. En esencia, el TC sostiene lo siguiente:

1) La autonomía no es soberanía, es una situación de poder limitada, que en ningún caso puede oponerse a la unidad del Estado. A este respecto, la Constitución contempla la necesidad de que el Estado quede en una posición de superioridad.

Pero no establece diferencias de naturaleza entre la autonomía de las entidades locales y la de las comunidades autónomas. Sí señala que el art. 137 CE delimita el ámbito de poder de estas entidades territoriales en razón de la gestión de sus intereses respectivos, lo que exige, a su juicio, «que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo». Esto es, la autonomía que predica el art. 137 CE de las entidades territoriales (de todas ellas), en el parecer del TC, implica necesariamente la garantía constitucional de un elenco de competencias *propias* y *exclusivas*, el que sea necesario para satisfacer el interés respectivo³.

En la STC 32/1981 aparece por primera vez la noción de garantía institucional en el vocabulario del TC, a cuenta de la autonomía provincial. La sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno contra la *Ley de Cataluña 6/1980, de 17 de diciembre*, por la que se regulaba la transferencia urgente y plena de las diputaciones catalanas a la Generalitat. Esta Ley vaciaba de competencias a las diputaciones provinciales en Cataluña y se las transfería a la Generalitat. Se trataba, pues, de un caso extremo y, además, de la primera batalla que tuvo que dirimir el TC en la guerra Generalitat-diputaciones provinciales y, en general, comunidades autónomas-diputaciones provinciales.

El TC define y fija los contornos de la idea de garantía institucional (fj 3⁴); descubre en los artículos 137 y 141 CE una inequívoca garantía institu-

-
- 2) Como precipitado de esta posición de superioridad, el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias –propias– de las entidades territoriales (de todas), siempre que no sean genéricas e indeterminadas, pero sí quedaría afectado por controles de oportunidad, salvo excepción que pueda fundamentarse en la Constitución. Esta es la doctrina general sobre controles administrativos que se consolidará y precisará con posterioridad.
 - 3) Finalmente, ese control admisible de legalidad, en el caso de municipios y provincias, puede ejercerse –dado su carácter de Administraciones públicas– por la Administración del Estado, pero es posible también su transferencia a las comunidades autónomas y, naturalmente, en uno y otro caso, siempre con la posibilidad de control jurisdiccional posterior.
 3. El TC es consciente de que «concretar ese interés en relación a cada materia no es fácil», de manera que, «en ocasiones, solo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma materia en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva en el orden decisorio».
 4. La doctrina sobre la garantía institucional contenida en este fundamento jurídico es harto conocida y puede sistematizarse así:
 - a) El objeto protegido por la garantía son determinadas instituciones, que presentan dos rasgos: por un lado, son componentes esenciales, elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional; por otro, y a diferencia de las instituciones supremas del Estado, su configuración concreta se defiende al legislador ordinario.
 - b) En cuanto al contenido de la protección: no se protege un contenido concreto ni un ámbito competencial determinado, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar. Este es el núcleo esencial o reducto indisponible al legislador, a quien compete

cional de la autonomía provincial (fj 3⁵); y, a partir de ahí, delimita el contenido de esta **en negativo** en la vertiente competencial (pues se trataba de un problema de vaciamiento competencial): el legislador puede disminuir o acrecentar las competencias provinciales, *pero no eliminarlas por entero, y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido solo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía* (fj 3 *in fine*). La garantía institucional protege así frente a la eliminación por entero de las competencias o contra su debilitamiento –restricción– sin razón suficiente y en daño de la autonomía provincial.

Pero el TC no se queda aquí. Da un paso más y delimita **en positivo** el contenido de la garantía institucional de la autonomía provincial y, por extensión, de la autonomía local en su conjunto en materia competencial (en el fj 4). Ese contenido no consiste en un haz de competencias concretas: la Constitución, ni precisa cuáles son los intereses provinciales y el haz mínimo de competencias para atenderlos (en el precedente fj 3), ni «pretende resucitar la teoría de los intereses naturales de los entes locales que, en razón de la creciente complejidad de la vida social, que ha difuminado la línea delimitadora de los intereses exclusivamente locales, abocaría a un extremado centralismo» (ya en el fj 4). ¿En qué consiste entonces? Consiste en el *derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, para cuyo ejercicio los órganos representativos deben estar dotados de las potestades sin las cuales ninguna actuación autónoma es posible* (fj 4). El TC «constitucionaliza» la tesis de cierto sector de la doctrina alemana, en boga por aquel tiempo y que popularizó entre nosotros el profesor Parejo Alfonso⁶. En lo que a lo competencial se refiere, la garantía institucional no es tanto material como funcional: no

la configuración de la institución. De esta forma, «dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace».

5. «[...] pues la provincia no es solo circunscripción electoral (artículos 68.2 y 69.2), entidad titular de la iniciativa para la constitución de comunidades autónomas (artículo 143.1) o división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado (artículo 141.1) sino también, y muy precisamente, “entidad local” (artículo 141.1) que goza de autonomía para la gestión de sus intereses (art. 137)».

6. PAREJO ALFONSO (1981). Cabría matizar, siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN (2011: 349-355): el TC recibe esta doctrina, circunscrita a lo institucional –en su versión más aceptada–, y la extiende a lo competencial.

protege un haz de competencias concretas, pero sí el derecho a participar, a intervenir en todos los asuntos que atañen a las entidades locales.

Siendo esto así, surgen de inmediato dos problemas interpretativos: primero, identificar con arreglo a algún criterio los asuntos que atañen a las entidades locales (los que son de interés local –municipal o provincial–); segundo, una vez hecha esa identificación, determinar, con arreglo a algún criterio, en qué consiste la participación sobre dichos asuntos o, dicho de otro modo, cuál es el grado de participación necesario para que la imagen maestra de la autonomía local no se vea resquebrajada respecto de cada asunto de interés local previamente identificado. Ardua tarea esta que habría de complicar el trabajo de nuestro Tribunal en el futuro⁷.

Pero la STC 32/1981 no se limita a construir la garantía institucional. También dice algo fundamental sobre el sujeto a quien compete configurarla, que no es otro que el Estado. En el **fj 5** proclama que «la garantía es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado». La razón: «las comunidades locales», en cuanto «titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada», «no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada comunidad autónoma haga de este derecho»⁸. La consecuencia «obligada» a la que conduce esta interpretación: «corresponde

7. En lo que respecta al primer problema, el TC no se pronuncia en la sentencia 32/1981. Se limita a hacer un llamamiento a «efectuar una redistribución de competencias en función del respectivo interés entre las diversas entidades, para que el modelo de Estado configurado por la Constitución tenga efectividad práctica» (fj 3). Con buen criterio, parece considerar que este no es asunto suyo, sino primordialmente del legislador respetuoso con la Constitución.

En lo que respecta al segundo problema, es preciso reconocer que lo claro del caso facilitaba la labor del TC, sin mayor argumentación. En el caso concreto, el TC entendió que la Ley impugnada privaba a los consejos territoriales (con los que se pretendía sustituir a las diputaciones provinciales) de las potestades básicas sin las cuales era imposible el ejercicio del derecho a la autonomía local. La Ley impugnada limitaba esas potestades a las de estudio y propuesta e incluso privaba a los consejos territoriales de la facultad de aprobar su propio presupuesto, por lo que no respetaba las condiciones mínimas que permitirían considerar subsistente la autonomía provincial. Concluyó que era evidente que la asunción por la Generalitat de la totalidad de las competencias atribuidas a las diputaciones, sin dotar a los órganos llamados a sustituirlas (los consejos territoriales, dependientes de la Generalitat) de tales competencias u otras similares, implica la desaparición de las cuatro provincias como entidades locales dotadas de autonomía para la gestión de sus intereses (fj 4). Estamos ante un caso palmario de vaciamiento competencial.

8. Y añade el TC lo siguiente: «[...] tanto más cuanto que el mismo no va acompañado, como en otros ordenamientos sucede, de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de ley» (fj 5, párrafo 7). Desde la reforma introducida en la LOTC por la *Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril*, esta vía ya existe: el conflicto en defensa de la autonomía local (nuevo capítulo IV del título IV). Desde entonces, este argumento no puede esgrimirse para justificar una interpretación expansiva del art. 149.1.18.^a CE.

al mismo (al Estado) la fijación de principios y criterios básicos en materia de *organización y competencia* de general aplicación en todo el Estado, de manera que, en el respeto a esas condiciones básicas, las comunidades autónomas podrán legislar libremente» (las cursivas son mías).

La garantía institucional sirve de fundamento para interpretar expansivamente el artículo 149.1.18.^a CE: primero, para entender que, dentro del «régimen jurídico de las Administraciones públicas», cuyas bases competen al Estado, se incluye, como submateria, el régimen local; y segundo, para entender que en esta submateria el Estado está autorizado a fijar los principios y criterios básicos no solo en materia de organización, sino también en materia de competencias de las entidades locales. La garantía institucional fundamenta y, a la vez, ensancha la competencia estatal para regular las bases del régimen local, una competencia de creación jurisprudencial.

Desde esta sentencia, el TC cierra el paso a un entendimiento expansivo de las competencias autonómicas sobre régimen local previstas en los primeros estatutos, singularmente el vasco y catalán, que calificaban sus competencias al respecto como exclusivas, eso sí, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.18.^a CE. La expresión «sin perjuicio de» significa ahora que la configuración básica de la organización y competencias de, cuando menos, municipios y provincias, compete al Estado. La competencia sobre régimen local no es una competencia exclusiva de las comunidades autónomas, ni mucho menos.

Poco después (STC 84/1982, fj 4), el TC completará esta declaración con la afirmación del **carácter bifronte** del régimen local: «el régimen jurídico de las corporaciones locales, aun en aquellas comunidades que, como la catalana, asumen el *maximum* de competencias al respecto, es siempre resultado de la actividad concurrente del Estado y de las comunidades autónomas», de suerte que este «carácter bifronte» «hace imposible calificar de forma unívoca el régimen local como intracomunitario o extracomunitario». En materia de régimen local, las competencias del Estado *concurren* con las de las comunidades autónomas que han asumido competencias sobre ella, aun con el carácter de exclusivas. Exclusivo no puede ser identificado como excluyente de la acción del Estado. El «régimen local» es una materia de competencia *concurrente* del Estado y de las comunidades autónomas.

Por último, en la STC 32/1981 se dice también que la autonomía de provincias y municipios es administrativa, frente a la de las comunidades autónomas, que es política (fj 3, párr. 4)⁹. Se trata de una afirmación

9. Con anterioridad, en la sentencia 4/1981 (fj 3, párr. 12), el TC había declarado que el control de legalidad sobre los municipios y provincias podía ejercerse por la Administración del Estado, dado el *carácter de Administraciones públicas* de dichas entidades.

obiter dicta, en cierto modo inducida por la incardinación del «régimen local» como submateria dentro de la materia «régimen jurídico de las Administraciones públicas» («bases del régimen local» sería igual a «bases del régimen jurídico de las Administraciones locales»). Una afirmación tan rotunda no la volveremos a encontrar en la jurisprudencia del TC¹⁰.

3

Los rasgos de la garantía constitucional de la autonomía local según el Tribunal Constitucional: un retrato actualizado

Han transcurrido más de tres décadas desde que el TC construyera la autonomía local como garantía institucional. Desde la sentencia 32/1981, el TC ha ido vistiendo (y desvistiendo) la garantía, sirviéndose *de* y sirviendo *a* la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL en adelante), aprobada cuatro años después de dictarse esa sentencia. La LBRL no puede entenderse sin la doctrina sentada en la citada sentencia. No en vano, en su Preámbulo se presenta como una Ley de desarrollo de la garantía constitucional de la autonomía local¹¹. Pero la evolución posterior de la doctrina del TC no puede entenderse tampoco sin la influencia de la LBRL y de los avatares que ha vivido desde 1985.

Es ahora momento de recapitular los rasgos de la autonomía local tal como ha sido decantada por el TC.

3.1

Sobre la adjetivación de la garantía: ¿de garantía institucional a garantía constitucional?

En la sentencia 4/1981, el TC había calificado la autonomía local como principio. Sin embargo, en la sentencia 32/1981, la conceptuó como garantía institucional. Esta conceptualización causará fortuna, aunque el rigor nunca ha acompañado a nuestro Alto Tribunal a este respecto. En la misma sentencia

10. *Vid. infra*, apartado 3.3.

11. «[...] esa norma [la LBRL, norma institucional de los entes locales] desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada o, lo que es igual, vedada a cualesquiera otras normas, presta a su posición en el ordenamiento en su conjunto una vis específica, no obstante su condición formal de Ley ordinaria» (preámbulo, II, párr. 9).

32/1981, calificó la autonomía local también como derecho (fj 4, párr. Cuarto, y fj 5, párr. quinto¹²) y como garantía constitucional (fj 5, párr. sexto¹³). Otro ejemplo de este escaso rigor lo encontramos en la STC 27/1987 (ff. jj. 2 y 3), en donde calificó la autonomía local como derecho, como principio y como garantía constitucional¹⁴.

La expresión «garantía institucional» no ha desaparecido del lenguaje del TC (véase, por ejemplo, la STC 152/2016, fj 4, como ejemplo más reciente), pero existe una tendencia clara en el TC a desmarcarse de ella y a calificarla preferentemente como «garantía constitucional». Ello es así porque el TC, si bien respeta nominalmente lo declarado en la sentencia 32/1981, ha ido centrando su trabajo en la construcción de reglas de protección de la autonomía local, en sus distintas vertientes (organizativa, competencial y financiera). Esto es, bajo el manto de la garantía institucional, el TC se ha dedicado en realidad a extraer garantías constitucionales concretas, directamente a partir de los enunciados de los artículos 137 y 140 a 142 CE e indirectamente a partir de los enunciados de la LBRL.

Hay una clara tendencia en la jurisprudencia del TC a «desinstitucionalizar» la garantía¹⁵. Llama en este sentido la atención que en las importantes SSTC 41 y 111/2016 (en las que el TC resuelve sendos recursos de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la *Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* –LRSAL en adelante–) no aparezca en ningún pasaje la expresión «garantía institucional» y sí, por el contrario, la expresión «garantía constitucional». Y lo mismo sucede en la STC 107/2017, en la que se resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por 2393 municipios contra diversos preceptos de la LRSAL.

12. En el fj 4, párr. cuarto, al delimitarla positivamente (como derecho de participación en los asuntos de interés local), y en el fj 5, párr. cinco, al conectarla con la competencia estatal (expresamente declara que las «comunidades locales» son «titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada»).

13. Con ocasión de la determinación del alcance territorial de la autonomía local (la garantía constitucional es una garantía general y configuradora de un modelo de Estado, lo que justifica que se reserve al Estado *ex art. 149.1.18.ª* la fijación de los principios básicos en materia de régimen local).

14. En la STC 27/1987, el TC utiliza la expresión «derecho» para referirse a la vertiente positiva de la autonomía local, la expresión «principio» para referirse a la autonomía local como límite a los controles administrativos a los entes locales (como tributo a la STC 4/1981), y la expresión «garantía constitucional» para referirse al alcance territorial de la autonomía local. En otras ocasiones (SSTC 221/1992, fj 8; 25/1993, fj 2; y 233/1999, en numerosos pasajes), el TC da por buena la conceptualización como «principio» que los recurrentes hacen al referirse a la autonomía local en materia tributaria.

15. La expresión la tomo de Velasco (2009), pág. 37.

3.2

Sobre el alcance territorial de la garantía: la autonomía local como garantía constitucional general y su conexión con la LBRL

Como ya se ha dicho, el art. 149.1 CE carecía (y carece) de una previsión competencial expresa sobre el régimen local, laguna que fue aprovechada por algunos estatutos de autonomía de primera generación para atribuir en exclusiva a sus comunidades autónomas la competencia sobre esa materia, sin perjuicio del art. 149.1.18.^a CE. Como también se ha dicho, el TC colmó la laguna de la CE en la sentencia 32/1981 sirviéndose de la garantía constitucional de la autonomía local: esta garantía es *general* y configuradora de un modelo de Estado, por lo que la fijación de los principios y criterios básicos en materia de organización y competencias locales compete al Estado. Y encontró en el art. 149.1.18.^a CE el título que habilitaba al Estado a ejercer este cometido.

En 1981, el TC marcó el camino al legislador estatal de la LBRL de 1985. Este se sirvió de esa construcción jurisprudencial para erigirse en legislador de desarrollo de la garantía constitucional de la autonomía local y, lo que es más, esa garantía le servirá de justificación para llevar a cabo una regulación «extensa e intensa de las entidades locales»¹⁶. Llevó a cabo una regulación *extensa*, porque –subjektivamente– se proyectó no solo sobre las entidades locales garantizadas en la CE (municipios, provincias e islas), sino también, aunque evidentemente con menor densidad normativa, sobre el resto de entidades locales (inframunicipales o supramunicipales); y porque –objetivamente– se extendió más allá de aspectos organizativos y competenciales (relaciones administrativas, impugnación de acuerdos, participación ciudadana, bienes, personal...). Llevó a cabo una regulación *intensa* en relación con las entidades locales garantizadas constitucionalmente porque no se limitó a sentar principios o criterios generales, sino que descendió a la regulación de detalle, especialmente en los aspectos organizativos. A lomos de la autonomía local, el legislador de la LBRL consideró que prácticamente nada de lo que se refería a los municipios y provincias podía serle ajeno. La LBRL achicó así el espacio de regulación del legislador autonómico, desdibujando notablemente el «carácter bifronte» del régimen local.

El TC ha dado por buena esta comprensión de la LBRL como de Ley de desarrollo de la autonomía local, y, con ella, la *vis expansiva* de las bases

16. La expresión la tomo de Velasco (2009), pág. 170.

estatales sobre régimen local. Valga, a este respecto, lo que se dice en la STC 41/2016. En el fñ 3 resume con claridad los dos cometidos de las bases del régimen local, sirviéndose para ello de doctrina precedente: el primero, «concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de los entes locales directamente regulados en la Constitución»; el segundo, «concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales [...] distintos de los “enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE”». El TC no precisa esta distinción, pero aclara, respecto del primero de los cometidos (el que aquí nos interesa), que el legislador básico, cuando desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, tiene «libertad de configuración, siempre que deje espacio a las comunidades autónomas y respete el derecho de la entidad local a participar a través de órganos propios en [su] gobierno y administración». Dentro de esos límites, el legislador puede ampliar o reducir la autonomía local, de tal suerte que «una legislación estatal que, respetando aquellos límites, pretendiera reducir la autonomía local al mínimo constitucionalmente garantizado, podría ser tan básica y legítima como la que tratara de ensancharla al máximo». Es lo que resulta de un «sistema constitucional basado en el principio democrático». Esto es: el legislador básico, a quien compete la configuración de la autonomía local, cumple con esta misión desarrollando el mínimo constitucionalmente garantizado, pero puede ir más allá. No está obligado, pero sí facultado a ampliar la autonomía local¹⁷.

Son varios los problemas que plantea atribuir al legislador básico de régimen local no solo la función de sentar las bases sobre la materia, sino también la muy relevante tarea de concretar una garantía constitucional, la autonomía local; problemas en los que no puedo detenerme. Está, desde luego, el problema en sí de deslindar: si ya es difícil discernir entre lo que es básico y lo que no es básico de una materia (en este caso el régimen local)¹⁸, la cosa se

17. El TC razona correctamente. Ocurre que, a partir de este razonamiento, resulta difícil ver al legislador básico estatal como paladín de la autonomía local cuando reduce el ámbito de acción de la autonomía local (en concreto la municipal) mediante reformas como las de *la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* (LRSAL en adelante). El TC se ve en la tesitura de matizar que el legislador es libre de garantizar más o menos la autonomía local, dentro de unos límites, con ocasión de la impugnación de la LRSAL.

18. En sede de régimen local, el TC se muestra, cuanto menos, impreciso. En la sentencia 161/2013, el TC viene a resumir lo declarado en las sentencias 103 y 143/2013 acerca de la competencia del Estado para dictar las normas básicas del régimen local: «corresponde al Estado fijar los principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias de los entes locales», de tal suerte que «las competencias autonómicas en materia de régimen local tienen que serlo de *desarrollo* de las bases estatales» (fñ 3 –la cursiva es mía–). El papel del legislador autonómico se contrae a desarrollar las

complica si añadimos la tarea de distinguir, dentro de lo que es básico, entre aquello que constituye concreción o desarrollo de la autonomía local y aquello que no lo es¹⁹. Esta distinción, que no ha precisado el TC²⁰, ha devenido en la práctica escasamente relevante, al menos desde el punto de vista procesal. Ello es así porque nuestro Alto Tribunal ha declarado, desdiciéndose de declaraciones precedentes²¹, que la LBRL ni se integra en el bloque de la constitucionalidad, ni es canon *directo* de constitucionalidad en los aspectos

bases estatales. Pero ¿qué es desarrollo? Cabría pensar que la relación Ley básica estatal-ley autonómica estaría próxima a la relación ley-reglamento, pues desarrollar la ley es la tarea propia de un reglamento. Sin embargo, ya en la sentencia 103/2013, citando la sentencia 32/1981 (fj 5), el TC descarta esta interpretación y declara que el legislador básico estatal debe permitir a las comunidades autónomas opciones diversas, toda vez que su potestad normativa (de «desarrollo» de las bases estatales) no es una potestad reglamentaria (véase el fj 10 de la citada STC 103/2013). Extrañamente, en la sentencia 143/2013, desliza –en un alarde de impropiedad– que las bases *se desarrollan* por el Estado, cuando afirma, citando jurisprudencia general sobre las bases, que «la competencia estatal para *desarrollar* las bases en una determinada materia integra la capacidad para modificar la regulación básica» (STC 143/2013, fj 10). En fin, en la sentencia 41/2016 confirma que «*desarrollo*» de las bases estatales no es «desarrollo reglamentario», cuando declara, en relación con la atribución estatutaria a las comunidades autónomas de competencias sobre las entidades locales: «el estatuto de autonomía habilita, no una especie de complemento reglamentario, sino la configuración autonómica de políticas propias dentro de las coordinadas básicas que establezca el Estado» [fj 3.a)].

Sería bueno la claridad en este punto. Las bases del régimen local, como cualesquiera bases, se fijan por el Estado (por usar los términos que emplea el propio Tribunal Constitucional), y las comunidades autónomas deben respetarlas. A partir de ese respeto, tienen –deben tener– libertad para regular el régimen local y no meramente para desarrollar las bases estatales (sea lo que sea esto). Así lo entiendo yo.

19. Y, apurando aún más, se haría necesario distinguir, dentro de lo que constituye concreción de la autonomía local, entre aquello en lo que la LBRL concreta el mínimo de autonomía local (algo a lo que está obligada) y aquello en lo que va más allá de ese mínimo y maximiza la autonomía local (algo a lo que está habilitada). Porque, como ya dijera la STC 170/1989, «más allá del contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones diversas, válidas en cuanto respeten la garantía institucional» (fj 9). Un ejemplo de maximización lo encontramos en la opción de la LBRL por suprimir controles administrativos de legalidad: «los arts. 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local pueden ser invocados legítimamente no solo como ejercicio de la competencia normativa básica estatal derivada del art. 149.1.6 y 149.1.18 CE (STC 214/1989, fundamento jurídico 23), sino también como expresión de una legítima opción legislativa estatal ampliatoria de la autonomía local (STC 213/1988)» (STC 11/1999, fj 2). Claro que aquí surge una pregunta: ¿realmente puede el legislador básico, sin excederse de lo que es básico, ir más allá de la concreción del mínimo de autonomía local garantizado por la CE? Parece que, para el TC, el legislador básico todo lo puede.

20. Un amago de distinción lo encontramos en la STC 159/2001 (fj 4), en la que se distingue, dentro de la LBRL, la regulación de «los rasgos definitorios de la autonomía local, concreción directa de los arts. 137, 140 y 141 CE» (sin mayor especificación), de «la regulación del funcionamiento, la articulación o la planta orgánica (*entre otras cosas*) de los entes locales» (la cursiva es mía). Las normas del segundo tipo «son mayoría en el seno de la LBRL».

21. En las SSTC 27/1987 (fj 4) y 109/1998 (ff.jj. 5 y 12) el TC declara que la LBRL forma parte del bloque de la constitucionalidad. En la STC 159/2001 (fj 4) va un paso más allá y declara que las normas de la LBRL que son emanación de la garantía constitucional de la

tos enraizables en la autonomía local constitucionalmente garantizada (SSTC 95/2014, fj 5, y 132/2014, fj 6). Esto es: las normas de la LBRL, sean o no enraizables en la garantía constitucional de la autonomía local, son únicamente canon de validez de las leyes (y demás normas) autonómicas, nunca de las leyes estatales; y, además, canon *indirecto* de validez –nunca directo–, en razón de su condición de normas básicas²². En la práctica, la relevante función constitucional que el TC ha asignado a la LBRL no altera su posición: es una ley básica que vincula, por básica, al legislador autonómico, no al legislador estatal, por mucho que sea una ley de garantía de la autonomía local. Aquí me detengo²³.

Está también el problema sobrevenido a la LBRL y derivado de la «euforia regulativa»²⁴ de algunos estatutos de «segunda generación». Como es sabido, a partir de 2005 se produce en nuestro país una oleada de reformas estatutarias. Algunos de esos estatutos reformados (o nuevos estatutos) se presentan como normas de garantía de la autonomía local, en particular el catalán (EAC) y el andaluz (EAAnd); o, para ser más exactos, como normas de garantía de la autonomía municipal en los dos casos y de la autonomía provincial solo en el caso de Andalucía²⁵. Existe una cierta voluntad de competir con la LBRL como Ley de garantía de la autonomía local. Sin embargo, ello es consecuencia de una voluntad previa: la de «interiorizar» el régimen local, esto es, la voluntad de desplazar la legislación básica del Estado en beneficio de la comunidad autónoma, blindando las competencias sobre régimen local de esta²⁶.

autonomía local (v. gr., el art. 60) son parámetro directo de constitucionalidad y no mero parámetro indirecto de constitucionalidad, en su calidad de normas básicas.

22. Sobre esta cuestión volveré en el apartado 3.6.

23. Estamos ante un «parto de los montes». Acaso la única relevancia de la distinción estriba en servir de fundamento (o de pretexto, según se mire) para ensanchar la competencia estatal: la LBRL, en tanto que Ley de desarrollo de la garantía de la autonomía local, amplía su radio de acción como legislador (básico) de régimen local.

24. La expresión la tomo de J. M.^a Rodríguez de Santiago en el prólogo a Velasco (2009), pág. 20.

25. Se cataloga al municipio de entidad local básica (art. 86.1 EAC y 91.1 EAAnd) e incluso de instrumento esencial de participación de la comunidad local en los asuntos públicos (art. 86.1 EAC). La diferencia entre el Estatuto catalán y el andaluz estriba en el tratamiento de la provincia. En el Estatuto catalán hay una indisimulada pretensión de sustituir a la provincia por la veguería: la organización territorial básica de Cataluña está formada por municipios y veguerías (art. 83.1 EAC). Por el contrario, el Estatuto andaluz incluye expresamente a la provincia en la organización territorial de Andalucía (art. 89 EAAnd) y atribuye a las diputaciones provinciales competencias propias (art. 96 EAAnd).

26. Esta doble voluntad es bien visible en el Estatuto catalán. Por un lado, el EAC blindo sus competencias en materia de organización territorial (art. 151 –precepto que especifica las submaterias que comprende esta materia–) y de ciertas submaterias en materia de régimen local (art. 160.1). El EAC proclama la exclusividad de su competencia, con pretensión exclu-

La irrupción del estatuto de autonomía como norma de garantía de la autonomía local plantea el problema de su relación con la LBRL. ¿Qué ocurre cuando se solapa una norma básica estatal con una norma de un estatuto de autonomía dictada en garantía de la autonomía local²⁷? El TC, en la famosa sentencia 31/2010, se enfrenta a esta cuestión en relación con el Estatuto catalán, y da una respuesta, a mi juicio, no del todo consistente. El TC sienta una doble doctrina general hartamente conocida. La primera: la relación del Estatuto con la Ley básica, como con cualquier otra Ley estatal, es de competencia²⁸. La segunda: la exclusividad proclamada en el Estatuto sobre diversas materias, entre ellas el régimen local, es una exclusividad *impropia*, pues no impide que sobre las materias declaradas exclusivas puedan operar plenamente las bases estatales; en particular, las del art. 149.1.18.^a CE en relación con el régimen local²⁹.

Desde estas premisas, parecería lógico colegir, en aplicación de la regla de la competencia, que si una norma estatutaria entrase a regular un ámbito reservado al legislador básico, esa regulación debería ser declarada inconstitucional y nula por vicio de incompetencia, con independencia de que contradijera o no la regulación básica³⁰. Sin embargo, no es eso lo que colegirá

yente de toda competencia estatal. A este respecto, se omite toda referencia a la competencia básica del Estado *ex art. 149.1.18.^a CE*. En esto sigue el método general de blindaje, aplicable a todas las materias que declara de competencia exclusiva.

Por otro lado, el EAC contiene una regulación más densa que el anterior de aspectos institucionales de las entidades locales como parte de su organización territorial básica (municipios –arts. 86 a 89– y veguerías –arts. 90 y 91–). Lo que constituye novedad es la regulación de aspectos competenciales. El art. 84, en su apartado 1, garantiza a los municipios un núcleo de competencias propias (que serán ejercidas con plena autonomía, sujeta solo a control de constitucionalidad y de legalidad). Este núcleo mínimo comprende, *en todo caso*, las materias a las que se refiere el apartado 2 (que atribuye a todos los Gobiernos locales, en los términos que determinen las leyes). La redacción es similar a la que preveía, con carácter general y básico, el artículo 25 LBRL hasta la reforma introducida por la LRSAL. En coherencia con lo dispuesto en el art. 84, el artículo 160.1.c) declara de competencia exclusiva de la Generalitat «*la determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el artículo 84*».

27. *V. gr.*, la norma del art. 84.2 del Estatuto catalán, que garantiza a los Gobiernos locales (en verdad, a los municipios) de Cataluña un mínimo de competencias propias en ciertas materias, y la norma del art. 25.2 LBRL, que hace lo propio con carácter general. También asegura a los municipios un mínimo de competencias propias el art. 92 del Estatuto andaluz.

28. Véase el fj 3 de la STC 31/2010: «En cuanto normas legales a las que queda reservada la regulación de ciertas materias, el principio de competencia es el que determina su relación con otras normas legales».

29. Véase los ff.jj. 94 y 100. El TC se limita a reafirmar lo que había sostenido siempre, desde las SSTC 32/1981 (fj 5) y 84/1982 (fj 4): que el régimen local es una materia bifronte, resultado de la actividad *concurrente* del Estado y las comunidades autónomas.

30. *V. gr.*, en aplicación estricta de la regla de la competencia, la norma del art. 84.2 del Estatuto catalán debería haber sido declarada inconstitucional por invadir la esfera reservada a la LBRL. Si, como ha dicho reiteradamente el TC, corresponde al legislador básico estatal

el TC. Sin duda para salvar la constitucionalidad del Estatuto, el Tribunal admite que aquel, en su ámbito territorial, pueda entrar a regular en el ámbito material de lo básico, siempre que esa regulación se *superponga* y no se oponga a la regulación básica³¹. El TC admite que Estatuto y legislador básico pueden concurrir válidamente en materia de régimen local, siempre que no haya contradicción.

La pregunta es: ¿Qué sucede cuando hay contradicción? A esto parece responder la STC 41/2016, siguiendo la estela de la STC 103/2013 (fj 4): el estatuto, en cuanto que «norma institucional básica (art. 147.1 CE) puede contener las “líneas fundamentales o la regulación esencial del régimen local en el ámbito territorial de la comunidad autónoma”»³², pero con dos cautelas: «solo con el fin de “vincular al legislador autonómico” y respetando “en todo caso la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE (...)» [fj 3 a)]. Si el Estatuto debe respetar *en todo caso* lo dispuesto por el legislador básico, parece que este debe prevalecer en caso de contradicción con aquel.

La STC 41/2016 amaga pero no acaba de declarar abiertamente la prevalencia de la norma básica sobre la estatutaria³³. Sí lo hace la STC 168/2016,

fijar las reglas para la atribución de competencias a las entidades locales (porque es el competente para ello), entonces el legislador estatutario no puede incorporar reglas de atribución competencial –como las del 84.2 EAC–, ya que eso es tarea exclusiva del legislador estatal básico. La regulación del artículo 84.2 EAC opera en el mismo terreno que la del artículo 25 LBRL (precepto básico) y una norma lesiona el principio de competencia cuando ocupa el terreno de otra, aunque no la contradiga.

Recuérdese además que, en puridad, al Estatuto está reservada la determinación de las competencias de las comunidades autónomas (art. 147.2 CE), pero no la determinación de las competencias locales. El Estatuto puede establecer disposiciones específicas en materia de régimen local, pero una cosa es que atribuya competencias a la comunidad autónoma sobre las entidades locales ubicadas en su territorio y otra cosa muy distinta es que atribuya o mande atribuir competencias a las entidades locales ubicadas en su territorio.

31. *V. gr.*, para el TC (STC 31/2010, fj 37), la norma del art. 84.2 del Estatuto catalán no se opone, sino que se superpone a las bases estatales. No hay conflicto, por tanto, entre ese precepto estatutario y el entonces vigente artículo 25.2 LBRL, precepto básico. Sin embargo, tras la LRSAL la redacción de ese artículo cambia y se torna potencialmente contradictoria con el precepto estatutario. El TC hará entonces una interpretación del precepto básico compatible con el estatutario, desde la idea de que el legislador básico es un legislador de mínimos, siendo así que ese mínimo es ampliable por las comunidades autónomas (STC 41/2016, fj 10).

32. En la STC 168/2016, el TC recuerda que «no puede perderse de vista que el régimen local no forma parte del contenido necesario del estatuto de autonomía (art. 147.2 CE) ni que, si el legislador estatutario optase por incluir dentro de él regulaciones a este respecto, *debe limitarlas a unas líneas fundamentales o esenciales*» [fj 4.b) –la cursiva es mía–]. Añade el TC, recordando sentencias precedentes, que tratándose de entidades locales no necesarias o contingentes en general, y de las comarcas en particular, la competencia básica estatal es más estrecha y la competencia estatutaria es más amplia (*ibidem*).

33. Como se ha dicho, el TC salva la contradicción potencial entre el nuevo art. 25.2 LBRL y el art. 84.2 EAC haciendo una interpretación del precepto básico compatible con el estatutario.

aunque sin nombrar en ningún momento esa palabra tabú, «prevalencia». En ella el TC declara plenamente aplicable al Principado de Asturias un precepto de la LBRL, introducido por la LRSAL, que contradice abiertamente el art. 6.2 del Estatuto asturiano³⁴. En palabras del TC, «una norma estatutaria de régimen local no puede funcionar como límite al ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida al Estado en esta materia (art. 149.1.18 CE)» y, por ello, «no puede imposibilitar que este reforme las bases [...] **ni suponer que las nuevas bases [...] sean inaplicables en una comunidad autónoma por virtud del derecho local incluido en su estatuto**». En consecuencia, el TC declara que el citado precepto de la LBRL resulta **«plenamente aplicable en el ámbito territorial del Principado de Asturias»** [STC 168/2016, fj 3 b) –la negrita es mía–]³⁵.

Es, desde luego, problemático proclamar que estatuto y Ley básica se relacionan desde la competencia, y, al tiempo, admitir un ámbito de concurrencia regido, en caso de conflicto, por la prevalencia³⁶. Es, además, novedoso sacar la prevalencia de la hibernación y convertirla en criterio de resolución de antinomias, no entre normas estatales y normas autonómicas (art. 149.3 CE³⁷), sino entre normas estatales, pues el estatuto, ciertamente norma de ca-

34. El nuevo art. 24 bis.1 de la LBRL niega personalidad jurídica a los entes inframunicipales, que pasan a ser órganos municipales desconcentrados. Por su parte, el art. 6.2 del Estatuto asturiano atribuye personalidad jurídica a las parroquias.

35. La doctrina sentada en esta sentencia es aplicada en las SSTC 44, 45, 54 y 93/2017. Véase, por todas, lo que se dice en el fj 2.b) de la STC 93/2017. En ella se omite en todo momento la palabra «prevalencia». En su lugar, se da un rodeo: «El Derecho Local estatutario no puede funcionar como parámetro de control de la legislación básica del Estado en los procesos constitucionales», y, en consecuencia, «las mayores garantías de autonomía local que establezca un estatuto de autonomía no vinculan al legislador básico; vinculan exclusivamente al legislador autonómico y solo en la medida en que sean compatibles con la ordenación básica».

36. Si entre Ley básica y estatuto de autonomía hay una relación de competencia, la consecuencia es la exclusividad de los ámbitos de regulación. No caben, por tanto, ámbitos de regulación coincidentes y, por consiguiente, no caben antinomias en concreto resolubles con reglas de eficacia (la prevalencia es una regla de eficacia). Solo será válida una de las normas. Si, por el contrario, el estatuto de autonomía puede regular en ámbitos coincidentes con la Ley básica, no procede concebir la relación entre ambos como de competencia. Entonces, entraría en juego la prevalencia, solo que la Constitución no ha previsto (al menos expresamente) la prevalencia como regla de resolución de conflictos entre leyes estatales. Estaríamos así ante un supuesto de prevalencia de creación jurisprudencial.

37. Precisamente en un caso de régimen local, el TC activó la prevalencia como regla (obligada) de resolución de antinomias entre la Ley básica estatal y la ley autonómica, aunque muy limitadamente (solo en los casos en los que un precepto de una ley autonómica reproduce un precepto básico que, después, es modificado y entra en contradicción con el precepto autonómico): véase la STC 102/2016, cuya doctrina confirman las SSTC 116 y 127/2016.

La STC 204/2016 ha ampliado el campo de acción de la doctrina sobre la prevalencia más allá del supuesto limitado al que se contrajo la doctrina sentada en la STC 102/2016. Ahora la

becera del ordenamiento autonómico, es formalmente una norma estatal (una ley orgánica). Constató el problema y la novedad y me detengo.

3.3

Sobre el significado de la autonomía local: ¿autonomía política o administrativa?

En el f.º 3 de la sentencia 31/1982, el TC declaró, de paso, que la autonomía local era administrativa, frente a la de las comunidades autónomas, que era política. No precisó en qué consistía una distinción que, a la postre, ha sido fuente de un debate doctrinal prolongado en el tiempo, en el que han sido mayoría los partidarios de calificar de «política» a la autonomía local³⁸, frente al criterio del Tribunal. Incluso entre los que mantienen que la autonomía local es conceptualmente «administrativa» no se niega que tenga significación o relevancia política³⁹.

Con posterioridad a la declaración de 1982, el TC ha deslizado (también como *obiter dictum*) que la autonomía de las comunidades autónomas tiene una «dimensión política» distinta de la de los ayuntamientos (STC 11/1999, f.º 4, párr. pen.), lo que significa que la autonomía de estos tiene también dimensión política. Por el contrario, en otra ocasión, el TC ha declarado (de nuevo como *obiter dictum*) que los entes locales «son ante todo Administraciones públicas», y que su autonomía «es sustantivamente diferente a la de las comunidades autónomas» [STC 132/2012, f.º 7 c)]. Por último (y por ahora), en la sentencia 111/2016 [f.º 8 b)], sin ser tan rotundo, presupone que las entidades locales son Administraciones, bien que Administraciones de carácter representativo dotadas de autogobierno y que, como tales, «deben contar, por imperativo constitucional con un órgano colegiado y representativo» (el pleno del ayuntamiento o diputación provincial). Ocurre que ese órgano representativo no es un órgano separado, sino «parte del órgano de gobierno y administración del ayuntamiento o diputación». En esto se diferencia del órgano representativo de las comunidades autónomas (la asamblea legisla-

norma autonómica preterida (no prevalente) es un precepto de derecho vasco de funcionarios sobre prescripción de faltas leves, que recogía el breve plazo (un mes) contenido en el art. 87.2 de la LFCE de 1964, norma esta preconstitucional y no básica derogada por el EBEP, que ha establecido un plazo de prescripción de seis meses (art. 97 TREBEP, que se considera básico).

38. Entre los constitucionalistas, véase, por ejemplo, a GARCÍA MORILLO (1998) o GARCÍA ROCA (2000). Más recientemente, ARROYO GIL (2016).

39. Entre los constitucionalistas, véase, por ejemplo, a ARAGÓN REYES (2011), págs. 618 y 621.

tiva), distinto y separado de sus órganos de gobierno y administración. En consecuencia, «las normas locales carecen de rango de ley, razón por la cual la autonomía local se diferencia de la autonomía *política* de las comunidades autónomas (STC 32/1981, fJ 3)» (la cursiva es mía).

La STC 111/2016 nos devuelve al punto de partida: las entidades locales son Administraciones dotadas de autonomía administrativa y no política, porque carecen de potestad legislativa y de un órgano legislativo separado del ejecutivo. Ahora bien, no son Administraciones cualesquiera: son Administraciones dotadas de órganos propios representativos (con legitimidad democrática directa en el caso de los municipios) que llevan a cabo tareas no solo administrativas, sino también de gobierno. Es más, como recuerda más adelante la sentencia, en ese mismo fJ 8, «el principio democrático es nada menos que “el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas” (STC 103/2013, FJ 6)». La conexión de la autonomía local con el principio democrático tiene consecuencias: «supone [citando el preámbulo de la Carta de Autonomía Local] la existencia de entidades locales dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se benefician de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para su cumplimiento».

En verdad, el debate en torno a la naturaleza política o administrativa de la autonomía local me parece fatigoso por escasamente útil. Lo relevante es el contenido de la autonomía local y su protección, no tanto su rótulo. En lo que a mí respecta, tengo por obvio que la autonomía de las comunidades autónomas es distinta (en cantidad y calidad) a la de las entidades locales, y admito que su signo más visible cualitativamente es la atribución a aquellas de potestad legislativa a manos de un poder legislativo (un órgano representativo) distinto del poder ejecutivo. También tengo para mí que las entidades locales son, en sentido subjetivo, Administraciones (el rótulo del capítulo II del título VIII de la CE así lo atestigua), pero ello no significa que se limiten a administrar. También gobiernan, esto es, ejercen labores de dirección política y toman decisiones con arreglo a criterios de oportunidad política. Esto también lo hacen la Administración del Estado y las Administraciones autonómicas, a través de sus órganos superiores y directivos. Lo que distingue a las Administraciones locales de la estatal y de las autonómicas es su doble condición de Administraciones representativas, que gozan de legitimidad democrática (directa o indirecta) *ex Constitutione*, y de Administraciones dotadas de autogobierno garantizado *ex Constitutione* frente a la ley. Llámese a esto como se quiera (el nombre no altera la naturaleza de las cosas). Yo lo llamo autonomía local, sin más.

3.4

Los sujetos destinatarios (o beneficiarios) de la garantía: las entidades locales constitucionalmente garantizadas

Los beneficiarios expresos de la garantía constitucional son los municipios y las provincias, pues solo a ellos (y a las comunidades autónomas) reconoce expresamente la CE autonomía para la gestión de sus intereses (art. 137 CE). Sin embargo, para el TC, el que el art. 141.4 CE disponga que «en los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de cabildos o consejos» significa que, «(c)onsecuentemente, la garantía constitucional de la autonomía local alcanza a las islas, en los archipiélagos balear y canario, lo que se corresponde con la caracterización de las mismas como entidades locales territoriales que figuran en el art. 3.1 c) LBRL»⁴⁰. Tenemos así a tres beneficiarios directos de la garantía constitucional: el municipio, entidad local primaria o básica (art. 1.1 LBRL), la provincia, entidad local determinada por la agrupación de municipios (art. 141.1 CE) y, por último, la isla, organización supramunicipal específica en los archipiélagos, cuyos órganos de gobierno, administración y representación (los cabildos o consejos) asumen las competencias de las diputaciones provinciales (art. 41 LBRL)⁴¹.

No es un secreto que la CE ha establecido diferencias entre municipios y provincias como entidades locales. Existe una diferencia desde el punto de vista genético⁴²: las segundas son entidades derivadas de los primeros, son agrupaciones de municipios. Esta diferencia genética parece explicar la diferencia de legitimidad democrática entre unos y otras: la CE exige de los ayuntamientos –órgano de gobierno y administración de los municipios– una legitimación democrática directa (art. 140 CE) que no exige de los órganos de gobierno de las provincias (sean las diputaciones provinciales u otras corporaciones de carácter representativo); de estos últimos tan solo exige que tengan *carácter representativo* (art. 141.2 CE). La diferencia genética acaso también explique el mayor énfasis que pone la Constitución en reafirmar la

40. STC 132/2012, f.º 3.

41. Son los que el TC llama entes locales constitucionalmente necesarios (v. gr., STC 214/1989, f.º 1). Para el TC, a las entidades locales *no necesarias o contingentes* en general, y a las *de segundo grado* (comarcas) en particular –dotadas de un fuerte grado de interiorización autonómica–, no les alcanza directamente la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 140 CE), provincial (art. 141.2 CE) e insular (art. 141.4 CE) [por todas, STC 168/2016, f.º 4 b)]. Como recuerda la STC 54/2017, estos entes entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las comunidades autónomas que dispongan de la correspondiente competencia [f.º 4 b), párrafo penúltimo, con cita de las SSTC 214/1989, f.º 4 b), y 41/2015, f.º 5].

42. La expresión la tomo de Aragón Reyes (2011), pág. 622.

garantía de la autonomía del municipio (en el art. 140), algo que no hace con la provincia (aunque sí recuerda que su órgano de gobierno y administración tiene carácter *autónomo* –art. 141.2–). En fin –y he aquí otra diferencia–, la CE no da opción en punto a cuál debe ser el órgano de gobierno y administración del municipio (el ayuntamiento, formado por el alcalde y los concejales), pero sí permite opciones alternativas a la diputación provincial como órgano de gobierno y administración de la provincia.

La provincia, como entidad local, parece concebida en la Constitución como una entidad instrumental del municipio, con un órgano de gobierno y administración (la diputación provincial) representativo no de los ciudadanos, sino de los municipios de su ámbito territorial. Consciente de ello, el TC ha identificado el núcleo constitucionalmente garantizado de la autonomía provincial (en lo competencial) en las que denomina precisamente competencias *instrumentales*, aquellas que tienen al municipio por destinatario inmediato⁴³: el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial⁴⁴ y la coordinación de la actividad municipal⁴⁵. Ambas competencias (en realidad, funciones) constituyen el «núcleo funcional característico de la diputación», en cuanto entidad local «determinada por la agrupación de municipios»⁴⁶. En ese núcleo dice encontrar el TC un perfil específico a la autonomía provincial frente a la municipal.

¿Qué significa que la autonomía provincial tiene un perfil específico respecto de la municipal? Es obvio que las competencias de las provincias no pueden ser las mismas que las de los municipios. Por encima de esta obviedad, la cuestión es si, a la vista de los datos que aporta la CE y que hemos expuesto, la autonomía municipal está más protegida por la CE que la provincial⁴⁷. La respuesta del TC es negativa. Desde la STC 4/1981, el canon de constitucionalidad de los controles sobre municipios y provincias por Administraciones superiores es el mismo⁴⁸. Desde la STC 32/1981, la garantía institucional, en sus dos vertientes (negativa y positiva), protege por igual a

43. La expresión y la definición las tomo de la STC 111/2016, fj 9, párr. 2.

44. Véase la STC 109/1998, fj 2 *in fine*, citada en la STC 111/2016, fj 9, párr. 2. En el fj 11, párr. 1 de esta última sentencia, se habla de asistencia y cooperación, en línea con la terminología legal [art. 36.1.b) de la LBRL].

45. STC 111/2016, fj 12 c), párr. 6. En esta misma letra, el TC precisa los criterios generales que hacen compatible la labor de coordinación de las diputaciones provinciales con la autonomía municipal.

46. STC 111/2016, fj 9, párr. 2, y fj 12.c), párr. 6.

47. La idea de que la autonomía municipal es una autonomía local reforzada respecto de la provincial, más limitada y relativizable, la sostiene, por ejemplo, VELASCO (2009), pág. 38.

48. Véase, en relación con la provincia, la STC 27/1987.

municipios y provincias⁴⁹. Esto es así hasta hoy. La naturaleza instrumental de la provincia no es óbice para ello, pues solo sirve al TC para identificar el elenco competencial de las diputaciones garantizado constitucionalmente o, lo que es lo mismo, los asuntos de interés provincial objeto de la ahora llamada «garantía constitucional». Tampoco altera la igualdad de rango (por así decirlo) de ambas autonomías la diferente legitimación democrática de los respectivos órganos de gobierno y administración de municipios y provincias. El modelo de legitimación democrática indirecta establecido para la provincia por la LOREG, «de acuerdo con una arraigada tradición histórica y en consonancia con una concepción instrumental de la provincia», es, sencillamente, «uno de los constitucionalmente posibles»⁵⁰.

Situadas por el TC en paridad la autonomía municipal y la provincial, es cosa del legislador maximizar más o menos la autonomía provincial o la municipal, siempre dentro del respeto a la garantía constitucional de cada una de ellas. En este sentido, «una redefinición al alza de las competencias provinciales por parte del legislador básico», como la que lleva a cabo la LRSAL, «puede conllevar lógicamente una redefinición a la baja de las competencias municipales y que el resultado de todo ello sea una dinamización de la garantía constitucional de la autonomía provincial (arts. 137 y 141 CE), compatible con la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE)». Para el TC, «esto es una opción constitucionalmente posible, sin perjuicio de que los arts. 137 y 140 CE obligan en todo caso a asegurar que los municipios intervengan en los asuntos que les afectan con un grado de participación tendencialmente correlativo a la intensidad de sus intereses». Esto es así a pesar de la diferente legitimidad democrática de una y otra entidad local. Como recalca el TC, «(n)os corresponde valorar la conveniencia u oportunidad» del sistema electoral provincial establecido legalmente «en sí ni dentro de un contexto de reformas tendente a reforzar el papel institucional de las diputaciones». Para el TC, «(l)o exclusivamente relevante a nuestros efectos es constatar que la Constitución, a la vez que garantiza la autonomía de la provincia (art. 141.1. CE), [...] deja deliberadamente abierto el tipo

49. Véase, en relación con la provincia, las SSTC 27/1987 y 109/1998. En un comentario a la STC 32/1981, SANTAMARÍA PASTOR (1982) tenía serias dudas sobre la procedencia de amparar la autonomía provincial con el manto protector de la garantía institucional. Para él, la Constitución situaba en un plano inferior a la provincia respecto del municipio. No ha sido esta la posición del TC.

50. STC 111/2016, f.º 9, párr. 7 y 8, con citas de las SSTC 38/1983, ff. j.º 6 y 7, y 103/2013, f.º 6.

de legitimidad (directa o indirecta) que exige su carácter representativo (art. 141.2 CE)⁵¹.

3.5

El objeto de la garantía: las vertientes de la autonomía local

En coherencia con su condición de garantía general y configuradora de un modelo de Estado (STC 32/1981, f.º 3), el TC interpreta el objeto de la garantía (institucional o constitucional) de la autonomía local en términos muy amplios: comprende todos «los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles» en cuanto que entes dotados de autogobierno (STC 132/2012, f.º 3, con cita de las SSTC 159/2001, f.º 4, 51/2004, f.º 9, 252/2005, f.º, y 240/2006, f.º 8). Esos elementos esenciales sobre los que se proyecta la garantía son, desde luego, los organizativos y los competenciales (STC 214/1989, f.º 1, con cita de la STC 32/1981, f.º 5), los mismos sobre los que se proyecta la competencia básica estatal *ex art.* 149.1.18.ª CE. A la autonomía organizativa y competencial añadirá más tarde el TC la financiera, yendo más allá de la suficiencia financiera *ex art.* 142 CE y equiparándola a la autonomía financiera de las comunidades autónomas (por todas, STC 134/2011, f.º 3).

En este trabajo me centraré en la vertiente competencial de la autonomía local. Es en esta vertiente donde nace la garantía institucional y donde se presentan con toda su crudeza los problemas de la construcción sentada en la STC 32/1981, especialmente en su dimensión positiva, como derecho de participación en cuantos asuntos atañen a las entidades locales. Hago ahora algún apunte sobre las otras dos vertientes.

51. Lo entrecomillado, en la STC 111/2016, f.º 9, párr. 4 y 7.

Muy recientemente, el TC ha declarado –por primera vez que yo sepa– que «diputaciones provinciales y ayuntamientos conforman un mismo nivel (local) de Gobierno». Añade el TC: «La caracterización constitucional de la provincia como una “agrupación de municipios” (art. 141.1 CE) supone, precisamente, que unas y otras responden a un ámbito normalmente común de intereses». Ello tiene «un inequívoco reflejo institucional» en el hecho de que los miembros de la diputación provincial son elegidos de entre los concejales, en los términos previstos en la LOREG. En fin, «el sentido de que los municipios –no los ciudadanos– sean quienes estén directamente representados en los órganos provinciales de gobierno es, precisamente, en términos de principio, que los municipios son los destinatarios principales o directos” de las competencias de asistencia, cooperación y coordinación características de “la provincia como entidad local determinada por la agrupación de municipios (art. 141.1. CE)”» (STC 107/2017, f.º 4).

a) *La autonomía local y la vertiente organizativa*

Desde su redacción originaria, la LBRL declaró que corresponden en todo caso a los municipios, provincias e islas las potestades *reglamentaria y de autoorganización*⁵². Desde muy temprano, el TC reconoció que ambas potestades son parte de la autonomía local. Respecto de la potestad reglamentaria (o normativa) se pronunció abiertamente en la sentencia 214/1989, cuando declaró que la potestad reglamentaria es inherente a la autonomía municipal⁵³. En lo que hace a la potestad organizativa, aunque menos abiertamente, también se pronunció en la sentencia 25/1993, cuando declaró que el principio de autonomía municipal «se compone de potestades que la propia Ley de Bases del Régimen Local 7/1985 enumera»; entre ellas, «a la par que la reglamentaria o normativa, se encuentra la organizativa»⁵⁴. Más claro ha sido el TC recientemente cuando ha declarado que «la organización de los entes locales corresponde primariamente a los propios entes locales, por virtud de su autonomía constitucionalmente garantizada»⁵⁵.

En el parecer del TC, las potestades autoorganizadora y normativa de las entidades locales constitucionalmente garantizadas son potestades originarias, fundadas directamente en la CE, y por tanto deben ser respetadas por todos los legisladores, el básico incluido. El artículo 4.1.a) LBRL se limita a exteriorizar lo que ya está insito en la CE. La organización interna de los entes locales es algo que compete regular primariamente a los propios entes locales, en ejercicio de su potestad normativa. No excluye el TC el juego de otra legislación, pero esta regulación ha de ser, en principio, autonómica⁵⁶, porque la competencia básica estatal tiene menos recorrido en lo organizativo que en lo competencial⁵⁷.

52. Vid. art. 4.1.a) LBRL.

53. «En lo concerniente a la organización municipal, el orden constitucional de distribución de competencias se funda en el reconocimiento de tres ámbitos normativos correspondientes a la legislación básica del Estado (art. 149.1.18.^a de la Constitución), la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas según los respectivos estatutos y la potestad reglamentaria de los municipios, **inherente esta última a la autonomía que la Constitución garantiza en su art. 140**» (STC 214/1989, f.º 6, párr. 3 –la negrita es mía–).

54. «[...] y en ella ha de estimarse comprendida la dotación de medios personales, con su estatuto o régimen jurídico, desde el nacimiento a la extinción de la relación correspondiente» (STC 25/1993, f.º 2).

55. STC 54/2017, f.º 4.b).

56. STC 54/2017, f.º 4.b). Tras declarar que la organización de los entes locales corresponde primariamente a estos, añade: «No cabe excluir, ciertamente, el juego de otra legislación, pero esta “ha de ser, en principio, autonómica”» (con cita de la STC 41/2016).

57. Vid. STC 103/2013: «excede de lo básico toda aquella ordenación, que por su minuciosidad y detalle, no deje espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, margen del legislador estatal que resulta menor en aquellas cuestiones que se refieran a organización y funcionamiento internos de los órganos que en aquellas otras que inciden en

Debe apuntarse aquí también la conexión entre la autonomía local y el principio democrático. Este «es el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas»⁵⁸. De dicha conexión ha extraído el TC importantes consecuencias. Una primera consecuencia ha sido la relativización de la reserva de ley respecto de la potestad normativa local⁵⁹. Una segunda consecuencia se refiere al *locus* de la decisión. A partir de esa conexión deduce el TC la exigencia de que las decisiones relevantes para la vida de la comunidad local las adopten los órganos de naturaleza representativa, con la debida publicidad (los plenos), sin que les puedan ser hurtadas a estos por órganos de naturaleza ejecutiva (las juntas de gobierno)⁶⁰. No obstante, según se desprende de la jurisprudencia más reciente, esta regla no es absoluta, sino «derrotable» a partir de la ponderación entre el binomio principio democrático-autonomía local que la sustenta y otro principio que se le contraponga y que sustente otra regla⁶¹.

su actividad externa y sobre todo cuando afectan a la esfera de los derechos de los administrados» [fj 5 E]).

Ello no ha sido óbice para que el legislador básico haya regulado densamente la organización y el funcionamiento de los entes locales, precisamente en su condición de garante de la autonomía local. No obstante, esta posición de garante se ha puesto en entredicho con la reforma introducida por la LRSAL. Parte de esta reforma ha ido dirigida a «racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera», para lo cual procede, entre otras cosas, a dictar normas sobre entidades locales menores, sobre mancomunidades y consorcios, sobre el sector público local o sobre personal, que inciden en la potestad organizativa de los entes locales. El TC ha avalado esas normas desde la perspectiva de la garantía constitucional de la autonomía local. *Vid.*, al respecto, SSTC 41/2016, ff.jj. 7 y 8; 111/2016, fj 6; 180/2016, ff.jj. 7 y 8; 44/2017, fj 3; 45/2017, fj 3 b); o 54/2017, ff.jj. 4 y 6.

58. STC 103/2013, fj 6.

59. Al menos, en materia tributaria y sancionadora. *Vid.*, respectivamente, SSTC 233/1999 y 132/2001. Sobre esta cuestión, VELASCO (2009), pp. 253 y ss.

60. Véanse, en este sentido, las SSTC 132/2012 (fj 4), 103/2013 (fj 6) y 161/2013 (fj 10). Véase también la STC 111/2016, fj 8. En aplicación de esta regla, el TC declaró inconstitucional la norma básica estatal que permitía al alcalde nombrar como miembros de la junta de gobierno a personas que no ostentaran la condición de concejales (STC 103/2013, fj 6); y sometió a interpretación conforme la norma básica estatal que establece que las sesiones de la junta de gobierno no son públicas: la norma es conforme con el principio democrático siempre que se interprete que no incluye las decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el pleno (STC 161/2013, fj 9).

61. Derrotable, aunque difícilmente derrotable. Véase, en este sentido, el sorprendente fj 8 de la STC 111/2016. Con ocasión del cuestionamiento de la constitucionalidad de un precepto de la LBRL introducido por la LRSAL [la disposición adicional 16.^a, que atribuye excepcionalmente a la junta de gobierno local la aprobación del presupuesto y otras decisiones económicas relevantes cuando no exista acuerdo en el pleno en una primera votación], el TC constata que se ha sacrificado el principio democrático, pero a continuación declara que no es un principio absoluto, pues tan solo impone al legislador que lo sacrifique que tenga muy buenas razones para hacerlo, al amparo de otro principio constitucional. Este otro principio es nada más y nada menos que el principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). A partir de la contraposición entre ambos principios, lo exigible es hacer un juicio de pondera-

b) *La autonomía local y la vertiente financiera*

Una cosa es la *suficiencia financiera* y otra la *autonomía financiera* de las entidades locales. El TC ha extraído directamente del art. 137 CE la autonomía financiera de las entidades locales y la ha distinguido de la suficiencia de medios de las Haciendas locales *ex art.* 142 CE, bien que esta es presupuesto indispensable de aquella. Como recuerda la STC 101/2017⁶², la autonomía local está estrechamente ligada a la «garantía constitucional de la suficiencia financiera de los entes locales» *ex art.* 142 CE, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer las funciones legales que les han sido encomendadas. Es una garantía ciertamente limitada, pues no les asegura que dispongan de medios *proprios* (patrimoniales y tributarios) suficientes para el cumplimiento de sus funciones (tan solo exige que los medios sean suficientes). Son, por tanto, entes con mayor dependencia financiera del Estado que las comunidades autónomas. De ahí que corresponda a aquel la garantía de dicha suficiencia financiera. En fin, la garantía constitucional de suficiencia financiera de los entes locales es un objetivo que puede justificar medidas estatales que limiten la autonomía financiera de las comunidades autónomas.

El TC ha configurado la autonomía financiera como autonomía de gestión. Del artículo 137 CE extrae una regla: las entidades locales tienen «plena disponibilidad de sus ingresos sin condicionamientos indebidos para poder ejercer sus competencias propias», lo que conlleva —esto es lo relevante— la «libertad para establecer el plan de ingresos y gastos»⁶³. Esta regla no es absoluta (es regla *prima facie*): esa libertad es limitable con arreglo a los mismos

ción entre los mismos que calibre su importancia y determine si el beneficio asegurado a uno compensa el sacrificio impuesto al otro.

No obstante —se cura en salud el TC— el principio democrático (principio fundacional del Estado constitucional y valor superior del ordenamiento) tiene más peso que el de estabilidad presupuestaria, por lo que el sacrificio del primero debe estar muy, pero que muy justificado en aras del segundo. Esto es, el precepto controvertido, para no incurrir en inconstitucionalidad, debería procurar muchos más beneficios sobre el principio de estabilidad presupuestaria que perjuicios causa sobre el principio democrático; algo que finalmente no sucede y por ello el precepto legal es declarado inconstitucional. En definitiva, la regla es difícilmente derrotable, al menos en aras de la estabilidad presupuestaria, porque el principio que la sustenta pesa más. Por lo que parece, si en materia de derechos fundamentales no hay relaciones de jerarquía (según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional), en materia de principios, de entrada, al menos, sí. Se abre así una puerta que puede llevarnos a cualquier parte. Por ejemplo: ¿Tiene el principio de autonomía de las nacionalidades y regiones, recogido como derecho en nada menos que el título preliminar de la CE, más peso que el principio de autonomía local, recogido más modestamente en el título VIII y apenas desarrollado en el texto constitucional?

62. Fj 4.b) (con cita de la STC 156/2016, que a su vez cita sentencias precedentes).

63. La autonomía financiera a la que se refiere el TC es, pues, básicamente autonomía de *gestión*.

«criterios constitucionales limitativos de la autonomía financiera de las comunidades autónomas», que «son transportables al ámbito de la Administración local»⁶⁴. Entre los límites constitucionalmente admisibles se encuentran los que se derivan de las exigencias de estabilidad presupuestaria o la fijación de límites al endeudamiento⁶⁵.

No me resisto a señalar que sobre esa «libertad limitable» (de gestión financiera) ha caído un *tsunami* llamado «estabilidad presupuestaria». Primero, tras su reforma *exprés*, el artículo 135 CE obliga a las entidades locales –y solo a ellas– a estar en equilibrio presupuestario (déficit cero), así como a no superar los niveles de endeudamiento que exige el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), conjuntamente con el resto de Administraciones Públicas. Después, la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF) ha concretado ambos principios (el de equilibrio presupuestario –art. 11– y el de sostenibilidad financiera o volumen de deuda pública –art. 13–) y ha añadido de propina una nueva exigencia, no prevista en el art. 135 CE, la llamada regla de gasto (art. 12), que impone techos de gasto a las Administraciones públicas (las locales incluidas). Las entidades locales no solo no pueden incurrir en déficit ni endeudarse por encima de cierto nivel, sino que tampoco pueden gastar por encima de un determinado techo, aunque tengan ingresos para afrontar gastos superiores a ese techo (esos ingresos se han de destinar íntegramente a reducir el nivel de deuda pública). Por si esto no fuera suficiente, la LRSAL ha incorporado nuevos corsés a esa libertad en los que no me voy a detener. Baste con decir que si una entidad local tiene la desgracia de incumplir el objetivo de equilibrio (que no estabilidad) presupuestario, o el de deuda pública o la regla de gasto, se verá obligada a presentar un plan económico-financiero en el que, además de las medidas previstas en el artículo 21 de la LOEPSF, deberán incluirse –también de propina– otras, tales como la supresión de las tradicionalmente conocidas como competencias impropias o la gestión integrada o coordinada de los servicios que presta obligatoriamente para reducir costes (art. 116 bis.2 LBRL).

Tras este *tsunami*, me asalta la duda de si a las entidades locales les queda algo mínimamente operativo de libertad para establecer su plan de ingresos y gastos o para poder ejercer sus competencias propias (uso las palabras del propio TC). De lo que no tengo dudas es de que esa libertad *limitable* ha sido muy *limitada* por el legislador estatal (el orgánico y el básico), más allá

64. STC 134/2011, f.º 13.

65. *Ibidem*, f.º 14 a) y b).

de lo exigido por la Constitución⁶⁶. La «maximización» de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera de los entes locales ha devenido en una «minimización» de la autonomía local.

3.6

La defensa de la garantía ante el Tribunal Constitucional

La autonomía local podía ser tutelada ante el TC desde su puesta en marcha a través del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad⁶⁷. Sucede que las entidades locales no estaban legitimadas para promover estos procesos. Hasta 1999 no podían acudir directamente al TC en defensa de su/la autonomía local constitucionalmente garantizada. Esta laguna será colmada en 1999: mediante la *Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril*, se introdujo en la LOTC un nuevo capítulo dentro del título IV («De los conflictos constitucionales»), titulado: «De los conflictos en defensa de la autonomía local».

Recuerda Sánchez Morón⁶⁸ que la introducción de este nuevo proceso ante el TC respondió a la voluntad política de habilitar a las entidades locales una vía de acceso directa al mismo para defender la autonomía local frente a

66. En la sentencia 41/2016, el TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 116 bis.2 LBRL. Declaró que no infringía la reserva de ley orgánica del art. 135.5 CE y que la intervención de las diputaciones provinciales que en él se prevé no menoscababa las competencias de tutela financiera de las comunidades autónomas sobre las entidades locales. El recurrente no alegó lesión de la autonomía local, por lo que el TC eludió pronunciarse a este respecto (*vid.* el fj 15).

Sin embargo, el TC ya no pudo eludir resolver sobre la posible lesión de la autonomía local en la sentencia 180/2016, pues el recurrente (el Parlamento de Navarra) se lo planteó. A juicio del recurrente, la necesidad de adoptar todas y cada una de las medidas que prevé el art. 116 bis.2 LBRL (que es lo que significaba, a su juicio, la expresión «al menos») comprimía hasta anularlo el espacio de libre decisión de los Gobiernos locales, con lo que se vulneraba la garantía constitucional de la autonomía local. Para el TC, «al menos» no es igual a «todas» las medidas del precepto, sino las que sean imprescindibles (todas estas o solo algunas, e incluso otras distintas de las enumeradas en el precepto), a juicio de la corporación local afectada, para volver a cumplir los objetivos cuyo incumplimiento motivó su adopción. En suma, para el TC, el precepto en cuestión, «aunque les obliga [a las entidades locales afectadas] a incluir en el plan las medidas allí enunciadas cuando sean necesarias para volver a cumplir los objetivos cuyo incumplimiento motivó su adopción, deja un amplio margen de decisión en manos de los Gobiernos locales para definir el programa de medidas y, en consecuencia, no les priva de participar en los asuntos que son de interés para la comunidad local con una intensidad que se corresponde con la combinación de intereses locales y supralocales presentes en esta materia» (STC 180/2015, fj 8). El TC hace, por tanto, una lectura flexible del art. 116 bis.2 LBRL para preservar un mínimo de autonomía local.

67. Así ha sucedido en diversas ocasiones. *Vid.* un listado tendencialmente completo de estas sentencias, hasta la aparición del conflicto en defensa de la autonomía local, en VELASCO CABALLERO (2011).

68. SÁNCHEZ MORÓN (2001), págs. 1176 y ss.

las leyes, algo por lo que venían clamando los círculos municipalistas y algún sector doctrinal. Recuerda también cómo la regulación legal de un acceso directo de los entes locales al TC tropezaba con un obstáculo práctico y un obstáculo jurídico. El obstáculo práctico era el riesgo de invadir con un número excesivo de nuevos recursos a un ya sobrecargado TC. El obstáculo jurídico lo planteó cierto sector doctrinal⁶⁹: la restringida legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad que establece el art. 161.1.a) CE. Según ese sector doctrinal, si el proceso en cuestión se iba a configurar como un recurso directo contra leyes, aunque fuera por un motivo específico (la vulneración de la autonomía local), se confundiría con el recurso de inconstitucionalidad, «de lo que se deducía la imposibilidad de crear este tipo de acción directa contra leyes, puesto que el artículo 162.1.a) de la Constitución establece un *numerus clausus* en la determinación de los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad»⁷⁰.

La pretensión política fue satisfecha con la introducción de este nuevo proceso. El obstáculo práctico se pretendió saltar estableciendo requisitos muy estrictos de legitimación y un procedimiento previo a la interposición del recurso (con dictamen previo del Consejo de Estado u homólogo autonómico) a modo de –valga la redundancia– carrera de obstáculos que disuadiera de ejercer la acción. En fin, el obstáculo jurídico se pretendió superar convirtiendo el proceso de control de constitucionalidad de la norma con rango de ley en un proceso en dos tiempos o, si se quiere, en dos procesos sucesivos. Un primer proceso se articula como conflicto (al menos aparentemente) por vulneración de la autonomía local. Si el TC estima la pretensión, con una sentencia declarativa de vulneración de dicha autonomía (y, en caso de que hubiera habido una controversia competencial, declarando acerca de la titularidad de la competencia), sería necesario un segundo proceso para declarar la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley sometida a conflicto. En este segundo proceso, el TC se autocuestionaría la norma que ya habría declarado vulneradora de la autonomía local (esto es, de la Constitución) y procedería (inexorablemente) a declararla inconstitucional.

69. Vid. en este sentido JIMÉNEZ CAMPO (1998), págs. 33 y ss., o GARCÍA ROCA (1997).

70. Así resume Sánchez Morón la posición de este sector doctrinal [SÁNCHEZ MORÓN (2001), pág. 1180], con la que no está de acuerdo. Para el profesor Sánchez Morón, en línea con Pablo Pérez Tremps, el recurso directo de las entidades locales contra normas con rango de ley con el único motivo de la defensa de la autonomía local pertenece al género de los procesos de declaración de inconstitucionalidad, pero, tratándose de una especialidad, encuentra acomodo en el art. 161.1.d) CE (procesos sobre las demás materias que les atribuyan la Constitución o las leyes) y, por tanto, no le son aplicables las reglas sobre legitimación del art. 162.1.a) CE, previstas para el recurso de inconstitucionalidad (*ibidem*, págs. 1182-1183).

Con la intención de evitar un presunto obstáculo de inconstitucionalidad, el legislador alumbró un extraño doble proceso formado con piezas no siempre bien montadas del conflicto y del recurso de inconstitucionalidad⁷¹. Se comprenden así las críticas que se vertieron contra él⁷². Lo que me interesa ahora destacar es que este proceso abre a las entidades locales el acceso directo al TC frente a normas con rango de ley del Estado y de las comunidades autónomas, eso sí, no por vulneración de cualesquiera preceptos de la Constitución, sino por vulneración de la *autonomía local constitucionalmente garantizada*, y, además, a través de la restringida legitimación del art. 75 ter.

La pregunta es: ¿qué entiende el TC por vulneración de la autonomía constitucionalmente garantizada, vulneración solo de la Constitución o también de la LBRL, en aquellos aspectos en los que desarrolla dicha autonomía? Dicho de otro modo: ¿Pueden los legitimados en el conflicto esgrimir como parámetro (indirecto) de constitucionalidad la LBRL frente a leyes que vulneren la autonomía local constitucionalmente garantizada? Las dudas surgen porque, antes de la introducción del conflicto en defensa de la autonomía local, el TC había declarado que la LBRL se integraba en el bloque de la constitucionalidad⁷³ y, después de la introducción del conflicto, pero antes de que estuviera en la tesitura de resolver el primer de ellos, había ido más allá y había sostenido que era canon (directo) de validez de las leyes (al menos de las autonómicas) en aquellos aspectos enraizables en la autonomía constitucionalmente consagrada⁷⁴.

A partir de la STC 240/2006, primera en la que resuelve un conflicto en defensa de la autonomía local, el TC ha ido fijando posición. La citada sentencia me había dejado muchas dudas, pero sentencias posteriores (SSTC 37, 96 y 132/2014, todas ellas recaídas en conflictos en defensa de la autonomía

71. Destaca sobremanera el hecho de que, en caso de que el conflicto se presente por una razón competencial (lo cual no tiene por qué suceder necesariamente, porque la vulneración de la autonomía local puede obedecer a razones no competenciales), primero se declare sobre la titularidad de la competencia y solo después, en la segunda fase, se declare la inconstitucionalidad de la ley.

72. Véanse las que vierte el propio Sánchez Morón [SÁNCHEZ MORÓN (2001), págs. 1181-1183] o las vertidas por Aragón Reyes, Díez-Picazo, Gabaldón, Gimeno Sendra, López Guerra, Rodríguez-Bereijo y Parada en el n.º 4 de *Teoría y realidad constitucional*.

73. Tesis sostenida en las SSTC 27/1987, fj 5, y 109/1988, ff.jj. 5 y 12. Tesis ciertamente sostenida sin que de ella extrajera el TC consecuencias determinantes.

74. Tesis sostenida en la STC 159/2001, fj 4. En aplicación de esta tesis, el TC declaró inconstitucional una norma urbanística catalana que establecía controles administrativos adicionales a los del art. 60 LBRL, pero no por vulnerar una norma básica estatal *ex art.* 149.1.18 CE, sino directamente por infringir la autonomía local consagrada en los arts. 137 y 140 CE. Claro que en este caso la norma sometida a contraste era una norma autonómica. Quedaba la duda de saber qué hubiera ocurrido de haber sido una norma estatal.

local) han venido a disipar algunas, aunque no todas. No creo traicionar la doctrina del TC si resumo su (nueva) posición en torno a la LBRL así:

1. La LBRL no se integra en el bloque de la constitucionalidad (STC 95/2014, f.º 5). En esto el TC modifica la posición sostenida en las SSTC 27/1987 (f.º 5) y 109/1988 (ff. ff. 5 y 12).
2. La LBRL no es (por tanto) canon de validez de otras leyes *estatales* (STC 95/2014, f.º 5⁷⁵). En esto rectifica la posición sostenida en la STC 159/2001. Ello significa que el único canon de control que debe emplear el TC en el conflicto en defensa local frente a leyes *estatales* son los preceptos constitucionales (arts. 137, 140 y 141) que establecen el contenido mínimo de la garantía (institucional) de la autonomía local (*ibidem*).
3. La LBRL, como norma básica, es canon (indirecto) de validez de las leyes *autonómicas* a efectos competenciales. Pero el carácter básico o no de una norma de la LBRL o la compatibilidad con ella de una ley autonómica es algo que no puede plantearse en un conflicto en defensa de la autonomía local y, por tanto, está vedado a las entidades locales⁷⁶.
4. No obstante, la LBRL, como norma de garantía de la autonomía local constitucionalmente garantizada, «solo podría ser canon de validez de la ley *autonómica* en aquellos aspectos enraizables directamente en los artículos 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representan más que exteriorizaciones o manifestaciones» (STC 95/2014, f.º 5, con cita de la STC 204/2006 y –curiosamente– de la STC 159/2001). Esto es, las entidades locales podrán impugnar en el conflicto en defensa de la autonomía local leyes autonómicas que contravengan la LBRL, pero no toda ella, sino aquella parte que constituye una *exteriorización o manifestación* de la autonomía local consagrada en los artículos 137, 140 y 141 CE.

No me ofrecen ningún problema de comprensión los puntos 1, 2 y 3. Mi problema viene con el punto 4. Resulta así que el único canon de control en el conflicto en defensa de la autonomía local es la Constitución (a

75. «[...] No puede pretenderse de este Tribunal que enjuicie una norma estatal utilizando como parámetro otra norma estatal (configuradora de la autonomía local constitucionalmente garantizada), pues, lógicamente, si no se ha vulnerado la Constitución debe interpretarse como una nueva opción del legislador» (STC 95/2014, f.º 5).

76. «[...] tampoco en este proceso puede discutirse el carácter básico de la norma estatal, ya que esta es una cuestión que afecta al régimen de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas que, consiguientemente, no puede ser suscitada en este proceso constitucional por las entidades locales legitimadas para promoverlo» (STC 240/2006, f.º 8, citada en STC 95/2014, f.º 5).

saber, los arts. 137, 140 y 141). Esto es plenamente cierto tratándose de la impugnación de leyes *estatales* (incluida la propia LBRL). Ahora bien, tratándose de la impugnación de leyes *autonómicas*, lo es también la LBRL, pero no como tal Ley, sino como exteriorización o manifestación de lo que está insito en la Constitución, esto es, como reflejo de la Constitución. ¿Qué quiere decir esto? Si determinado contenido de la LBRL exterioriza la Constitución, ¿no es lo exteriorizado Constitución? Si la respuesta es «**sí**» (lo exteriorizado es Constitución), ese contenido de la Ley, que es contenido constitucional, no podrá ser modificado mediante una reforma de la LBRL. Con ello los planos de la constitucionalidad y la legalidad se difuminan⁷⁷. Si la respuesta es «**no**» (lo exteriorizado no es Constitución), ese contenido de la Ley no es Constitución y, por tanto, siguiendo al propio TC, no puede ser utilizado como canon de validez de la ley autonómica en el conflicto en defensa de la autonomía local. La afirmación del TC sobre la LBRL se torna así puramente retórica⁷⁸.

Queda por dilucidar una cuestión que no es baladí. Me refiero a la naturaleza del conflicto en defensa de la autonomía local, asunto sobre el que la doctrina ha debatido intensamente. El debate ha girado en torno a dos tesis. La primera: estamos en el fondo ante un proceso abstracto de control de constitucionalidad de las leyes por un motivo específico, pero disfrazado de conflicto⁷⁹. La segunda: el proceso en cuestión puede articularse como un verdadero conflicto, en tanto los legitimados defienden intereses propios y no un interés objetivo⁸⁰. La cuestión no es baladí porque la segunda tesis permite articular la autonomía local como un «derecho»: si las entidades locales promueven un conflicto propiamente dicho, están defendiendo *su* autonomía

77. Si el artículo 60 LBRL es exteriorización o reflejo de la Constitución (STC 159/2001, cuya tesis sobre la «exteriorización» hace suya la STC 95/2014), su contenido es Constitución. Con ello el TC se mete en un problema porque ello es contradictorio con su propia doctrina sobre los límites de los controles administrativos sobre los entes locales. El TC tiene declarado [véase, por todas, la STC 154/2015, fj 6.b)] que una cosa son los límites directamente derivados de la Constitución (los de la STC 4/1981) y otra los añadidos por el legislador básico estatal. Los segundos son límites legales (no constitucionales) modificables por el legislador básico. Entre los preceptos básicos está precisamente el art. 60 LBRL.

78. La única forma inteligible de interpretar lo que ha dicho el TC consiste en hacerle decir lo que no parece haber dicho. Lo inteligible es entender que el TC ha declarado que la LBRL es o puede ser canon de *interpretación* de la Constitución (como lo es la CEAL), esto es, que el intérprete de la Constitución puede *inducir* de la legislación básica de régimen local elementos para construir el contenido constitucionalmente protegido por la autonomía local. Esta es una operación legítima, que el propio TC ha llevado a cabo en varias ocasiones. Pero, en puridad, una cosa es decir que la LBRL pueda ser una herramienta al servicio de la interpretación de la Constitución, y otra cosa muy distinta es decir que la CE se exterioriza través de la Ley. El legislador no es reproductor de la Constitución.

79. Es, por ejemplo, la posición de SÁNCHEZ MORÓN (2001).

80. Es la posición de VELASCO CABALLERO (2011).

(una posición jurídica subjetiva), no la autonomía local en abstracto, aunque se vean obligadas a coaligarse para cumplir los requisitos de legitimación previstos en la LOTC.

El TC parece haber zanjado la cuestión de si estamos en realidad ante un proceso de control de constitucionalidad disfrazado de conflicto o ante un conflicto propiamente dicho. En la STC 27/2016 inadmite un conflicto en defensa de la autonomía local formulado por las diputaciones provinciales de Almería, Granada, Málaga y Cádiz contra determinados preceptos de un decreto-ley del Gobierno andaluz por vulneración de la autonomía local, pero no de las diputaciones interesadas, sino de los municipios andaluces. El TC inadmite el conflicto porque considera indispensable para tener legitimación, además de cumplir los requisitos del art. 75 ter de la LOTC, que la norma con rango de ley impugnada *afecte directamente a su ámbito de autonomía* (fj 4). Ello es así porque, en el parecer del TC (fj 3), el conflicto en defensa de la autonomía local «es, en esencia, un proceso competencial» (con cita de la STC 37/2014, fj 3) cuyo objeto es «preservar los ámbitos de competencia de los sujetos encartados».

Según el TC, el conflicto es un verdadero conflicto y no un proceso abstracto de control de constitucionalidad en el que los legitimados defiendan un interés objetivo. Con ello da vía libre a entender la autonomía local como un «derecho» (una posición jurídica subjetiva) de las entidades locales. No obstante, añade el TC algo problemático: el conflicto tiene únicamente por objeto *cuestiones competenciales*. De seguirle al pie de la letra, los legitimados no podrán plantear el conflicto por vulneraciones de la autonomía local distintas de las competenciales. Esto resulta difícil de asimilar, toda vez que la autonomía local constitucionalmente garantizada a las entidades locales no se agota en lo competencial, como ya sabemos a estas alturas. Además, si el conflicto se redujera a aspectos competenciales, la estimación del conflicto debiera comportar necesariamente la determinación de la titularidad o atribución de la competencia controvertida. Sin embargo, este es un efecto posible pero no inexorable de la sentencia estimatoria de la vulneración de la autonomía local⁸¹, con lo que se deduce que no necesariamente han de ventilarse cuestiones competenciales en un conflicto en defensa de la autonomía local. Detrás de la vulneración de la autonomía local no siempre existe la reivindicación de una competencia. Quiero pensar que, cuando el TC dice que el proceso del capítulo IV del

81. Así lo atestigua el tenor literal del art. 75 quater 6: la sentencia declarará si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando, *según proceda*, la titularidad o atribución de la competencia controvertida.

título IV de la LOTC es, en esencia, un proceso competencial, quiere decir que es un proceso que tiene la «misión exclusiva de refuerzo de un *ámbito subjetivo de autonomía*», por utilizar sus propias palabras (STC 27/2106, fñ 3)⁸².

4

La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales (en particular, las municipales)

4.1

Las reglas de control del Tribunal Constitucional

Es objeto de atención especial en este trabajo la vertiente competencial de la autonomía local, en particular la municipal, porque es aquí donde se plantean los mayores problemas de la garantía institucional sentada en la STC 32/1981, especialmente en su dimensión positiva, como derecho de participación en cuantos asuntos atañen a las entidades locales. En realidad, el TC, sin renegar de la idea de garantía institucional, ha puesto el énfasis en el establecimiento de reglas o estándares de control de constitucionalidad.

En rigor, es posible distinguir dos tipos de reglas: unas, específicas, aplicables a los controles (administrativos) al ejercicio de las competencias locales; y otra, general, aplicable a la atribución de competencias locales y extraída del derecho de participación⁸³.

82. Algo que recuerda y que enfatiza el TC, en la sentencia en que resuelve el conflicto planteado por 2393 municipios contra la LRSAL [STC 107/2017, fñ 2 c)]. El TC contrasta la posición de los municipios que han planteado el conflicto con la de «las instituciones autonómicas y los diputados del Congreso» que interpusieron «los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 27/2013 que este Tribunal ya ha resuelto», pues estos últimos, «cuando han razonado incumplimientos de los artículos 137, 140 y 141 CE, *no han defendido intereses propios*» (ibídem –la cursiva es mía–). En el conflicto en defensa de la autonomía local se defienden, por tanto, no solo competencias propias, sino, más ampliamente, intereses propios.

83. Distinción que establece nítidamente la STC 154/2015, en su fñ 6. El TC enjuicia una ley autonómica que atribuye mayores competencias urbanísticas a la Junta de Andalucía y que regula técnicas de control autonómico de la actividad local: «*Corresponde, en consecuencia, tomar en consideración la doctrina constitucional relativa a las competencias locales, por un lado, y al control autonómico de su ejercicio, por otro*», que pasa a exponer.

4.1.1

Las reglas específicas de control de constitucionalidad sobre los controles administrativos sobre las entidades locales: un apunte

La doctrina del TC relativa a los controles administrativos sobre las entidades locales está muy bien resumida y actualizada en la sentencia **154/2015**, en su **fj 6.b)**⁸⁴. El TC distingue entre dos tipos de límites: límites *directamente derivados de la Constitución* y límites *añadidos por el legislador básico* de régimen local al amparo del art.149.1.18 CE. Los primeros se imponen a todos los legisladores (el estatal –incluido el básico– y el autonómico) y son los que ya trazó la STC 4/1981, cuyo fj 3 dice resumir: los controles administrativos, para respetar la CE y no vulnerar la autonomía local, «deben estar previstos en normas legales; ser concretos y precisos [...]; y tener por objeto actos en los que incidan intereses supralocales, velando por la legalidad de la actuación local». No caben controles de oportunidad, «salvo que concurra una justificación constitucional». En esta línea (y con cita de la STC 14/1981), «la suspensión de actos locales como método de control administrativo es constitucionalmente admisible respecto de los que vulneren competencias de otra Administración; no cabe si responde a la defensa genérica de la legalidad en el ámbito estricto de las competencias locales».

Los límites *añadidos por el legislador básico* son los que se derivan del modelo de control sobre la actividad local que ha establecido la LBRL «en cuanto expresión de autonomía local legalmente garantizada». Son límites exclusivamente al legislador autonómico, en cuanto normas básicas y, por ello, canon *indirecto* de control de constitucionalidad. Son estos:

- a) En particular, las Administraciones autonómicas no pueden suspender los actos de las entidades locales. En el modelo establecido por la LBRL (arts. 65 y 66), la suspensión solo es potestad de los tribunales, de modo que ha quedado «suprimida» toda potestad de suspender de las autoridades administrativas y gubernativas (salvo la que se confiere al delegado del Gobierno en el art. 67).
- b) En general, el legislador autonómico debe respetar las normas de la LBRL sobre sustitución y disolución de entes locales (arts. 60 y 61),

⁸⁴. Se refiere a los controles externos, por parte de otras Administraciones. Otra cosa son los controles internos, que la LRSAL ha venido a reforzar. A este respecto, recuerda la STC 44/2017, citando la STC 111/2016: «Las funciones de control interno, en sus distintas modalidades (intervención, control financiero, incluida la auditoría de cuentas, y control de eficacia), son perfectamente compatibles con la garantía constitucional de la autonomía local» (fj 4).

amén de las ya citadas sobre prohibición de suspensión administrativa de actos locales (arts. 65 y 66, con la excepción del art. 67). Estas normas se respetan «cuando la regulación autonómica prevé un control sin contradecir verdaderamente los arts. 60, 61, 65 y 66 LBRL o cuando no establece propiamente un control administrativo de la actividad local».

Es importante también apuntar que el TC parece aplicar su doctrina sobre los controles a los «controles del ejercicio» de las competencias locales, esto es, a los controles *ex post*⁸⁵. Los controles previos, como el que establece el art. 7.4 LBRL para la atribución de competencias *propias genéricas* a las entidades locales (en la redacción dada por la LRSAL) y a los que luego tendré ocasión de referirme, no son enjuiciables con arreglo a las reglas específicas sobre controles, sino a la luz de la regla general extraída de la garantía constitucional de la autonomía local⁸⁶.

Hasta aquí el apunte. No obstante, como no voy a volver sobre este asunto, me atrevo a hacer un comentario. El TC acierta al calificar el primer grupo de límites de «constitucionalmente derivados de la Constitución». Por derivar de la Constitución vinculan a cualquier legislador (el básico, el autonómico, el sectorial estatal o el estatutario). Este puede –o no– prever controles administrativos sobre los entes locales dentro del respeto al sistema constitucional de competencias. Ahora bien, si los prevé, no puede regularlos de cualquier forma, debe respetar los límites (constitucionales) que el TC ha establecido en garantía de la autonomía local (en realidad, de la autonomía a secas).

Sin embargo, puede inducir a confusión que el TC califique los límites del segundo grupo como límites establecidos por el legislador básico «en cuanto expresión de la autonomía local legalmente garantizada». La afirmación entrecuadrada solo puede tenerse por retórica. El legislador básico, en ejercicio de

85. Digo «parece» porque, en la sentencia 154/2015, se aplica la ponderación (la regla general) a una norma (autonómica) que prevé un supuesto de control *ex post* de ejercicio de las competencias locales (un control por sustitución) [*vid.* el f.º 7 c)].

86. Para el TC, «los controles que diseña el art. 7.4 LBRL son, en cierto modo, técnicas para la delimitación de competencias locales, no instrumentos que permiten a una Administración supralocal interferir en el desarrollo autónomo de las competencias locales efectivamente delimitadas o atribuidas» [STC 41/2016, f.º 11.b)]. Ya en la STC 154/2015, el TC había entendido que la exigencia de un informe favorable del órgano autonómico previo a la adopción de una decisión por parte del municipio (prevista en una norma autonómica) no era una técnica de control, sino un mecanismo dirigido a la acomodación o integración entre dos competencias (urbanísticas) concurrentes, la autonómica y la municipal [*vid.* el f.º 7 d)]. Es más, en palabras de la sentencia que resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local presentado por 2393 municipios contra determinados preceptos de la LRSAL, los informes del art. 7.4 LBRL «no son técnicamente controles administrativos» [STC 107/2017, f.º 3 a)].

Me llama la atención esta argumentación: los controles previos, por muy previos que sean a la atribución o al ejercicio de competencias, son controles; y los controles *ex post* son también, en cierto modo, técnicas para la delimitación del ejercicio de las competencias locales.

la competencia que le atribuye el art. 149.1.18 CE, ha establecido un modelo de control al que deben atenerse las comunidades autónomas (y solo ellas), en cuanto legislación básica, con independencia de si este modelo es o no garantista de la autonomía local. Que el modelo sea más garantista de lo que requiere la CE es una opción política del legislador básico, no una exigencia jurídica derivada de la Constitución. La fuerza jurídica de ese modelo es la que se deriva de su carácter básico, no la de ser garantía (legal) de la autonomía local.

Las disposiciones de la LBRL sobre controles administrativos, por muy expresión que sean de la garantía de la autonomía local, son únicamente canon de validez de las leyes (y demás normas) autonómicas, nunca de las leyes estatales; y, además, canon *indirecto* de validez –nunca directo–, en razón de su condición de normas básicas. Que ello es así lo pone de relieve la STC 6/2016. En ella, el TC se enfrenta a la alegación del recurrente (el Consejo de Gobierno de Andalucía) de que un precepto de una ley estatal (la *Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral*), que faculta al delegado del Gobierno a suspender actos y acuerdos adoptados por las entidades locales en determinadas circunstancias, vulnera la autonomía local. El TC recuerda que la legislación básica sobre régimen local no se integra en el bloque de la constitucionalidad y no constituye canon de validez de otras leyes estatales. Por ello, no contrasta el precepto impugnado con el art. 67 LBRL (norma básica que regula la suspensión administrativa de actos y acuerdos de las entidades locales por el delegado del Gobierno), sino con la Constitución misma, con los límites directamente derivados de la Constitución, como no puede ser de otra forma.

4.1.2

La regla general: del umbral mínimo a la ponderación

La STC 32/1981 (fj 4) configuró en positivo la autonomía local como derecho de participación en cuantos asuntos atañen a los entes locales. Como ya he dicho, esta configuración plantea dos interrogantes: el primero, determinar cuáles sean esos asuntos o, cuando menos, un criterio para identificarlos; el segundo, determinar el grado de participación necesario sobre esos asuntos para entender satisfecha la garantía institucional. El TC no se ha preocupado o no se ha visto obligado a fijar criterio alguno de identificación de aquellos asuntos o materias «de interés exclusivo o prevalentemente municipal» (por utilizar los términos de la STC 41/2006, fj 9). Hasta la presente, ha identificado uno de estos asuntos como de interés municipal, el urbanismo, sirviéndose de la LBRL como canon de interpretación y limitándose a decir: «No es necesario argumentar que, entre los asuntos de interés de los municipios y

a los que por tanto se extienden sus competencias, está el urbanismo» (STC 40/1998, fj 39, doctrina reiterada en otras muchas sentencias)⁸⁷.

En lo que sí se ha afanado el TC es en la tarea de establecer un criterio o estándar de participación. El TC parte de que el legislador sectorial, al atribuir y regular el ejercicio de las competencias de los entes locales, goza de libertad de configuración, pero no es una libertad absoluta, sino sujeta a límites, derivados del respeto a la garantía constitucional de la autonomía local. Acerca de cuáles son esos límites apreció en el TC un viraje. En un principio, el TC estableció lo que podemos denominar doctrina del «umbral mínimo», a cuenta precisamente del urbanismo: so pena de incurrir en vulneración de la autonomía local, «el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de *ese umbral mínimo* que les garantice su participación efectiva en los asuntos que les atañen» (STC 159/2001, fj 4; doctrina reiterada en SSTC 51/2004, fj 9, y 252/2005, fj 4). Este umbral mínimo lo debía respetar el legislador autonómico (STC 159/2001), pero también el legislador estatal sectorial (SSTC 40/1998 y 204/2002)⁸⁸.

El TC ha afinado su criterio y ha virado hacia lo que podemos denominar *doctrina de la ponderación*. Esta doctrina aparece con toda claridad en la STC 154/2015 [fj 6.b)], también a cuenta del urbanismo y como canon de control de la atribución de competencias a los entes locales (en verdad, a los municipios) por las comunidades autónomas: «En relación con asuntos de competencia autonómica que atañen a los entes locales», el legislador autonómico «puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración», pero ha de graduar «el alcance o intensidad de la intervención local “en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias”». Ello no por imperativo de la legislación básica, sino «por imperativo de la garantía constitucional de la autonomía local» y para

87. A la postre, la construcción de la garantía institucional como derecho de participación obliga a identificar materias de interés exclusivo o prevalentemente municipal. Volvemos, de alguna manera, a aquello de lo que renegaba el TC en 1981: a identificar la autonomía local con un bloque de materias.

88. En la STC 40/1998 (fj 39) –anterior a la STC 159/2001– se declara que determinado precepto de la Ley estatal de Puertos no atenta contra la autonomía local garantizada en el art. 137 CE porque no excluye la intervención de los municipios en la realización de obras estatales en los puertos. Por el contrario, en la STC 204/2002 (fj 13) –posterior a la STC 159/2001– la ausencia de toda intervención municipal en la realización de obras en los aeropuertos estatales vicia de inconstitucionalidad un precepto de la Ley estatal (*Ley 13/1996, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*). Las leyes sometidas a escrutinio son estatales, no vinculadas al legislador básico estatal, pero sí vinculadas a la Constitución y a la garantía constitucional de la autonomía local.

«asegurar en todo caso “el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración”»⁸⁹.

El TC acoge así una parte del test alexiano de la proporcionalidad, que Alexy aplicó a los derechos fundamentales⁹⁰ y que el TC ha venido empleando solo en ese ámbito⁹¹. Como es harto conocido, Alexy concibe los derechos fundamentales como principios constitucionales y estos como mandatos de maximización, que obligan a realizar algo en la mayor medida posible (dentro de las posibilidades fácticas y normativas existentes). Cuando se producen conflictos entre principios, estos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad. Este conocidísimo test consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como apunta Atienza⁹², los dos primeros subprincipios «se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas», y nos vienen a decir que una medida que limita un derecho o un bien relevante para satisfacer otro debe ser idónea para obtener esa finalidad, y necesaria en el sentido de que no pueda alcanzarse esa finalidad con un coste menor para el derecho o bien limitado. Por el contrario, el tercer subprincipio «tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas» y se expresa mediante una ley (la ley de la ponderación), que se formula así: «cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro». Se impone así, por tanto, pesar los principios en conflicto en el caso concreto.

El TC hace suyo el tercero de los subprincipios alexianos y declara su aplicabilidad al control de las leyes autonómicas que atribuyen competencias locales. Cómo ha de realizarse la ponderación es algo que ha tratado de precisar la STC 152/2016 (fj 6). Para el TC corresponde determinar, a partir de la libertad de configuración del legislador autonómico: «i) si hay intereses supralocales que justifiquen que la comunidad autónoma haya dictado esa regulación; ii) si el legislador autonómico ha ponderado los intereses municipales afectados; y iii) si ha asegurado a los ayuntamientos implicados un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses».

En realidad, la ponderación en sentido estricto está en iii); i) y ii) son presupuestos de la misma⁹³. Lo que nos quiere decir el TC es esto: el legislador au-

89. El TC cita sentencias precedentes en sede de urbanismo que aplicaron este test de control (v. gr., SSTC 51/2004 y 57/2015). En verdad, de alguna manera, la técnica de la ponderación estaba ya cocinándose en esas sentencias. Lo que hace la STC 154/2015 es articularla con carácter general y hacerla visible.

90. ALEXY (1997).

91. También, en una ocasión, en relación con la autonomía universitaria, entendida como derecho (STC 103/2001).

92. ATIENZA RODRÍGUEZ y GARCÍA AMADO (2016). Lo entrecomillado, en la página 14.

93. Sobre esto volveré en el apartado 5.2.3.

tonómico ya no cumple con otorgar al ente local un mínimo de participación en una materia de interés local (exclusivo o preferente), debe darle a este un grado de participación inversamente proporcional al interés supralocal implicado: cuanto más intenso sea el interés supralocal implicado, menos participación local y viceversa. He aquí el viraje. El trabajo argumentativo del TC se complica.

El TC ha aplicado la ponderación en relación con leyes autonómicas, pero es perfectamente predicable respecto de las leyes estatales sectoriales. Si el TC ha aplicado la doctrina del umbral mínimo a leyes estatales, también habrá de aplicar a estas la doctrina sucesora de aquella, cuando le llegue algún caso al respecto. Además, la ponderación se extiende como una mancha de aceite más allá del control de la legislación sectorial atributiva de competencias locales y he aquí otro viraje. El TC ha aplicado la ponderación a disposiciones organizativas y de personal de la LBRL⁹⁴ y ha predicado su aplicabilidad a disposiciones competenciales de la misma, aunque, a la postre, no la ha aplicado, como se verá en el apartado 5.2.3. El complicado trabajo argumentativo del TC se amplía⁹⁵.

4.2

El sistema competencial de la LBRL y la garantía constitucional de la autonomía municipal

4.2.1

El sistema originario de la LBRL

El sistema de atribución de competencias establecido en 1985 partía de varias premisas, según se refleja en el preámbulo de la LBRL. La primera era una afirmación de principios: la negativa a vincular la autonomía local a un bloque de competencias «sedimentemente» locales. La segunda era una constatación: la imposibilidad material de definir las competencias locales en todos y cada uno de los sectores de intervención potencial de la Administración local. La tercera era un objetivo: armonizar una garantía suficiente de autonomía

94. En lo que hace a disposiciones organizativas, véase la STC 111/2016, f.º 8, que, tras ponderar entre el principio democrático y el principio de estabilidad presupuestaria, declara inconstitucional la disposición adicional 16 de la LBRL, introducida por la LRSAL. En lo que hace a disposiciones de personal, véase la STC 45/2017, f.º 3 b), que, tras ponderar, descarta que el art. 92 bis LBRL, también introducido por la LRSAL, vulnere la garantía constitucional de la autonomía local.

95. ¿Ha generalizado el TC la ponderación como regla de respeto de la autonomía local por todo tipo de leyes que incidan en ella? No lo sé. Por lo demás, en el párrafo que anoto digo que el TC ha aplicado la ponderación. El verbo aplicar no debe tomarse al pie de la letra, a la vista de lo que diré en el apartado 5.2.3.

local con las competencias del Estado y de las comunidades autónomas en los diversos sectores de intervención pública. Este objetivo era obligado, dado que la Constitución no reservó a las entidades locales un bloque de competencias (repartió todas entre el Estado y las comunidades autónomas) y dada la opción del legislador por no hacer esa reserva de competencias locales que la Constitución no hizo.

El objetivo era así que el legislador sectorial (estatal y autonómico) dejara un espacio a los entes locales en las materias de su competencia, desde un criterio rector, explicitado en el preámbulo de la Ley: el derecho de las corporaciones locales a intervenir en todos los asuntos públicos que les atañen. El modelo de atribución competencial escogido partía de la doctrina alumbrada por el TC en la sentencia 32/81, con un matiz: ese derecho de intervención lo sería «con la intensidad y el alcance máximos», y ello en razón del «principio constitucional de descentralización» y de «la realización del derecho fundamental de la participación en los asuntos públicos» (son expresiones del preámbulo). Para el legislador básico, ese derecho se traducía en un mandato de «ponderación» de la participación local impuesto al legislador sectorial en el momento de atribuir competencias a las entidades locales en los sectores de su competencia (valga la redundancia); mandato impuesto no solo al legislador sectorial autonómico (en cuanto legislador básico), sino también al legislador sectorial estatal, «desde la especial posición ordinamental que a la Ley de régimen local le es propia» (son también palabras del preámbulo)⁹⁶.

Ese criterio rector se plasmará en el pórtico del articulado de la LBRL, en el art. 2.1, dentro de las disposiciones generales del título I. En dicho precepto se manda al legislador sectorial (estatal o autonómico) que asegure a «municipios, provincias e islas» (las entidades locales constitucionalmente garantizadas) «su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses», mediante la atribución de las «competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y de la capacidad de gestión de que se trate, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad a la gestión administrativa de que se trate».

El legislador fue consciente de que no bastaba con proclamar el derecho para garantizar su efectividad. Por ello, introdujo reglas que lo concretaban. Con carácter general, esto es, para las tres entidades locales constitucionalmente garantizadas, determinó las potestades (y exorbitancias) administrativas que les correspondían en su calidad de Administraciones públicas (art. 4.1). También determinó los dos modos de ejercer las competencias locales:

⁹⁶. Como ya se ha explicado, esa posición de superioridad de la LBRL sobre el legislador estatal ha quedado en nada. *Vid. supra*, apartado 3.2.

como propias (en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad) o como atribuidas por delegación (art. 7)⁹⁷.

Esas garantías generales se completaban con garantías específicas para los municipios y las provincias⁹⁸. Me interesa fundamentalmente dar cuenta de las primeras. Para garantizar el derecho de los municipios a intervenir en cuantos asuntos les atañen, la LBRL:

1. Formuló una declaración general de capacidad para actuar, esto es, para «promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal», eso sí, «dentro del ámbito de sus competencias» (art. 25.1)⁹⁹.
2. Recogió un listado de materias en las que «en todo caso» debía la legislación sectorial (estatal o autonómica) atribuirles competencias, sin especificar su condición¹⁰⁰ (art. 25.2). Se trataba de un mandato de mínimos, que podía ser ampliado (facultativamente) a voluntad del legislador (estatal o autonómico) al amparo de la cláusula general del art. 25.1. La LBRL exigía que esa atribución se hiciera por ley (art. 25.3)¹⁰¹.
3. Fijó directamente una suerte de núcleo competencial mínimo, expresado mediante la técnica de la fijación de un listado de servicios de prestación obligatoria (art. 26)¹⁰².
4. Habilitó a los municipios para realizar actividades *complementarias* de las propias de otras Administraciones, en particular las relativas

97. Los artículos 27 y 36 especificaron para municipios y provincias, respectivamente, el régimen de la delegación de competencias.

98. Las islas o, para ser más precisos, los cabildos insulares canarios y los consejos insulares de Baleares asumirían las competencias de las diputaciones provinciales (art. 41 LBRL).

99. A pesar de la cautela final («dentro de sus competencias»), no faltaron quienes consideraron que esta cláusula general se traducía en una competencia de carácter residual en manos de los municipios para desarrollar toda clase de actividades que considerasen de interés para su comunidad, en ausencia de regulación legal. Véase, por ejemplo, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (1998), págs. 92 y ss.

100. La LBRL guardaba silencio acerca de si las competencias sobre las materias del art. 25.2 LBRL debían atribuirse como propias o delegadas. La lógica apuntaba a que debían atribuirse como propias. Sin embargo, el silencio del legislador básico llevó al legislador sectorial a cumplir el mandato de aquel, atribuyendo a los municipios ese mínimo como competencias propias, delegadas, o incluso limitándose a asignar al municipio un mero derecho de participación [TOSCANO GIL (2014), pág. 8].

101. Como se ve, el art. 25.2 no contenía, en puridad, una norma directamente atributiva de competencias (propias) a los municipios, sino una norma de mandato a un legislador futuro (estatal o autonómico) para que –este sí– atribuyera competencias a los municipios sobre las materias incluidas en ese apartado.

102. En rigor, la norma no atribuía competencias a los municipios, sino que les obligaba a prestar determinados servicios. Sin embargo, fue utilizada como una suerte de atribución *directa* de competencias a los municipios, que podían ser ejercitadas por estos, sin esperar a la regulación del legislador sectorial.

a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente (art. 28). Son las que pronto se popularizaron como competencias *impropias*¹⁰³.

Aunque, como ya he dicho, centraré mi atención en el sistema competencial municipal, es relevante señalar las diferencias de este con el sistema competencial provincial. Para empezar, si las competencias municipales se predicaban de la entidad territorial (el municipio) las competencias provinciales no se predicaban de la entidad territorial (la provincia), sino del órgano de gobierno (la diputación provincial)¹⁰⁴. A ello se añade que el legislador básico no atribuyó a las diputaciones provinciales ni la capacidad general de actuación que sí tenían los municipios ni la habilitación para desarrollar actividades *complementarias*. Las diputaciones provinciales solo podían ejercer competencias propias o atribuidas por delegación¹⁰⁵. Por último –y esto es lo que me interesa resaltar–, la articulación de las competencias propias de las diputaciones provinciales (art. 36) era distinta de la de las (presuntamente) propias de los municipios (art. 25.2). El legislador básico atribuía directamente a aquellas cuatro competencias. Las dos primeras (coordinación de los servicios municipales y asistencia y cooperación a los municipios) eran, en puridad, funciones genéricas que tenían por destinatarios a los municipios, que daban razón de ser a la diputación provincial como entidad de segundo grado (como agrupación de municipios) y que, a la postre, el TC considerará el núcleo competencial provincial constitucionalmente garantizado¹⁰⁶. La tercera era una actividad (la prestación de servicios de carácter supraprovincial y, en su caso, supracomarcal) proyectada directamente sobre los ciudadanos, que la alejaba de su condición de entidad de segundo grado y que, por tanto, iba más allá de ese núcleo constitucionalmente garantizado¹⁰⁷. La última, puramente residual (el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia), era también una función genérica, pero proyectada sobre sí misma (sobre la provincia).

Este es el sistema competencial que llegó prácticamente intacto a la reforma emprendida por la LRSAL¹⁰⁸. En lo que hace a los municipios, era un

103. En realidad, eran competencias sin un título específico de atribución y complementarias –que no concurrentes– con las de otras Administraciones públicas.

104. De la provincia como tal se predicaban fines (art. 31 LBRL).

105. Y también la gestión ordinaria de los servicios propios de las comunidades autónomas (art. 37 LBRL). Como es sabido, esta posibilidad, que hubiera convertido a las diputaciones en la Administración de las comunidades autónomas, nunca vio la luz.

106. Ambas funciones, aun siendo de calidad muy diferente, se concretaban conjuntamente en el plan anual *ex* art. 36.2 LBRL.

107. Lo que no obstó para que el TC avalase su constitucionalidad [STC 103/2013, fñ 5 c)].

108. La única novedad significativa fue la adición al elenco de competencias propias de las diputaciones provinciales de una nueva función genérica: la cooperación en el fomento

sistema abierto e indeterminado: abierto, de un lado, a la asunción directa de competencias complementarias por los propios municipios y, de otro, a la delegación de competencias por parte del Estado y las comunidades autónomas; e indeterminado en lo que respecta al núcleo competencial del art. 25.2 LBRL, pues esa determinación quedaba en manos del legislador sectorial (en los términos de este). La única certeza competencial absoluta era el art. 26 LBRL. En lo que hace a las diputaciones provinciales, el grado de apertura del sistema era menor: no estaban habilitadas para asumir *motu proprio* competencias (complementarias), pero el núcleo de sus competencias propias (art. 36.1 LBRL) no estaba a expensas de la acción del legislador sectorial. Por muy genéricas que fueran esas competencias propias, eran competencias atribuidas directamente por el legislador básico y, además, parcialmente concretadas en el art. 36.2 LBRL (el plan anual provincial de obras y servicios).

Debe advertirse, por último, que el TC, cuando tuvo ocasión de pronunciarse, avaló ese sistema competencial¹⁰⁹. Es importante también resaltar que, a juicio del Alto Tribunal, a la LBRL tan solo le competía, como legislador básico, establecer los principios básicos en orden a las competencias que debían reconocerse a las entidades locales, quedando para el legislador sectorial la concreción última de dichas competencias¹¹⁰. Ello contra la evidencia que suponían, cuando menos, los arts. 26, 28 y 36.1 LBRL, en los que se contenían atribuciones directas de competencias, obligatorias (arts. 26 y 36.1) o facultativas (art. 28).

4.2.2

El sistema de la LRSAL: la «clarificación» de las competencias municipales

a) Consideraciones introductorias

La más importante reforma de la LBRL habida hasta la fecha es la introducida por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* (LRSAL). Es una ley que generó un importante rechazo político y doctrinal¹¹¹. Ya en el procedimiento de elabo-

del desarrollo económico y social y en la planificación del territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones en este ámbito.

¹⁰⁹. Aparte de la STC 103/2013, citada más arriba, véase la STC 214/1989, que, entre otras cosas, avaló la constitucionalidad de los arts. 2 y 28 LBRL.

¹¹⁰. Véase el f.º 3 de la STC 214/1989.

¹¹¹. Las críticas fueron aceradas desde el primer momento. Véase, por ejemplo, FONT I LLOVET y GALÁN GALÁN (2014), MEDINA GUERRERO (2014), TOSCANO GIL (2014) y VELASCO CABALLERO (2014 ter).

ración sufrió importantes modificaciones, debidas sin duda al dictamen del Consejo de Estado, pero también a las presiones dentro del propio partido gobernante (de sus barones locales y territoriales). Y, una vez entrada en vigor, se interpusieron nueve recursos de inconstitucionalidad y dos conflictos en defensa de la autonomía local, lo cual no deja de ser elocuente. Además, con independencia de este rechazo, la LRSAL generó dudas en la interpretación y aplicación de algunos de sus preceptos. Tanto es así que el MHAP tuvo que publicar una nota explicativa de la reforma local. A ello hay que añadir la complejidad que se deriva de las numerosas disposiciones que exceptúan o modulan la aplicación de la Ley, y que se fueron introduciendo durante su tramitación parlamentaria. En esta tesitura, muchas comunidades autónomas aprovecharon los numerosos cabos sueltos que deja la LRSAL para dictar normas (con y sin rango de ley) y, en algunos casos, simples circulares o notas informativas que, bajo el pretexto de aclarar dudas o de adoptar medidas urgentes de adaptación, buscaron desactivarla u obstaculizar su aplicación¹¹².

La estrella polar que guía la reforma es la estabilidad presupuestaria (y la sostenibilidad financiera) en un contexto de crisis económica, algo que no se oculta en el preámbulo. Se trata de ahorrar dinero para las arcas públicas. Al servicio de esa finalidad, la LRSAL persigue cuatro objetivos básicos, según se dice en el preámbulo: 1) clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades de otras Administraciones, de forma que se haga efectivo el principio «una Administración, una competencia»; 2) racionalizar la estructura organizativa de la Administración local; 3) garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso; y 4) favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas. Para cumplir cada uno de estos objetivos la LRSAL prevé una serie de medidas concretas.

En lo que interesa para mis propósitos, me centro en el objetivo 1, lo que la LRSAL llama *clarificar las competencias municipales para hacer efectivo el principio «una Administración, una competencia»*. El legislador hace su diagnóstico particular sobre el modelo competencial de la LBRL. Este modelo ha dado lugar a (dos) disfuncionalidades: duplicidad en la prestación de servicios, o que los ayuntamientos presten servicios sin un título compe-

La literatura sobre la LRSAL es ya muy abundante. No cansaré al lector con una relación detallada de la misma, que puede encontrar en cualquier base de datos. Una relación sistematizada la puede encontrar en el *Anuario de Derecho Municipal* (IDL/UAM) de los años 2014 y 2015, en concreto en el Informe Sectorial sobre Organización y Régimen Jurídico elaborado por Silvia Díez Sastre. Como monografía más reciente, véase RUIZ-RICO RUIZ, C. (2017). Y como artículo más reciente, véase BOIX PALOP (2017).

¹¹². Sobre los problemas de aplicación de la LRSAL, véase GALÁN GALÁN (2015) y VELASCO CABALLERO (2014 y 2014 bis).

tencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello (las comúnmente conocidas como competencias impropias). Este modelo provoca consecuencias: por un lado, difumina la responsabilidad de los Gobiernos locales (generando en no pocas ocasiones el desconcierto de los ciudadanos); por otro lado, incide negativamente sobre las arcas públicas en un contexto de crisis. Las soluciones del legislador son dos: por un lado, lo que llama «clarificación» de las competencias municipales, y por otro, el reforzamiento del papel de las diputaciones provinciales.

Una y otra «soluciones» están estrechamente relacionadas. Por ello, aunque me detendré en el análisis de la primera de ellas, será inevitable hacer una referencia a la segunda. Pudiera decirse, en términos gráficos, que la LRSAL busca achicar el espacio competencial de los municipios. Al servicio de este propósito, realza el papel de las diputaciones provinciales y las convierte en gendarmes de aquellos, poniendo en entredicho esa imagen amable de entes asistenciales de los municipios que tradicionalmente han tenido. Todo ello en pro de (o con el pretexto de) las sacrosantas «estabilidad presupuestaria» y «sostenibilidad financiera».

b) *La «clarificación» de las competencias municipales en la LRSAL*

La LRSAL mantiene, en lo sustancial, el elenco de servicios mínimos obligatorios de los municipios (con la única excepción significativa de la prestación de servicios sociales), y regula más densamente el régimen de la delegación de competencias del art. 27 LBRL. Las novedades más significativas están en el régimen de las competencias del art. 25 LBRL y en el de las complementarias o impropias.

En lo que respecta al artículo 25 LBRL, modifica la redacción de la cláusula general del apartado 1, con el propósito de impedir que los municipios se apoyen en ella para entenderse autorizados a promover toda clase de actividades y servicios relacionados con las necesidades y aspiraciones de los vecinos, esto es, como una cláusula atributiva de una competencia universal subsidiaria a favor de ellos. Los municipios ya no pueden promover «toda clase de» actividades ni prestar «toda clase de servicios» «en el ámbito de sus competencias», sino promover «actividades» y prestar «servicios» «en los términos previstos» en el propio artículo 25.

En el apartado 2 del art. 25 se introducen novedades significativas respecto de la regulación anterior. En beneficio de la autonomía municipal, expresamente se califican como *propias* las competencias de obligada atribución a los municipios a las que se refiere¹¹³. Sin embargo, en perjuicio de la autonomía

113. Cierra la vía de agua que el legislador anterior abrió al no rotular como propias las competencias del art. 25.2 LBRL, según hemos indicado en nota a pie de página.

municipal, se reduce ese listado, aunque no tanto como parece: las reducciones son más en calidad (educación, sanidad y servicios sociales) que en cantidad¹¹⁴. Pero, sobre todo, el legislador parece convertir ese listado en un *máximo*, y no en un mínimo, de manera que el legislador sectorial (estatal o autonómico) solo puede (debe) atribuir a los municipios competencias propias dentro de ese elenco. Fuera de él solo puede atribuir competencias en régimen de delegación (con la correspondiente provisión de fondos), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7.4. Este es el propósito indisimulado del legislador.

En lo que respecta a las competencias *complementarias* o *impropias*, la LRSAL suprime el art. 28 LBRL en el que se preveían. Sin embargo, no prohíbe a los municipios (ni a otras entidades locales –esto es novedoso–) ejercer competencias distintas de las propias y de las delegadas (art. 7.4). Ocurre que somete su ejercicio a autorización previa doble, concretada en dos informes vinculantes a emitir por la Administración competente: uno, que acredite que no se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del municipio (informe de sostenibilidad financiera), y otro, que acredite que no se incurre en un supuesto de ejecución simultánea de un mismo servicio público con otra Administración pública (informe de «no duplicidad»)¹¹⁵.

De esta regulación extrajeron la doctrina (casi toda¹¹⁶) y el Consejo de Estado (Dictamen 567/2013) una conclusión: la LRSAL reduce las competencias municipales, especialmente las propias. Además, buena parte de la doctrina y el Consejo de Estado entendieron que el elenco del art. 25.2 suponía un *numerus clausus*, no ampliable por el Estado y las comunidades autónomas¹¹⁷. De ser cierta esta tesis, más que una reducción cuantitativa se habría producido una reducción cualitativa: se habría restringido el cuadro de competencias propias, esto es, las ejercitables con el máximo nivel de auto-

114. Sobre la reducción del listado, *vid.* TOSCANO GIL (2014). Las pérdidas más significativas son las relativas a salud, servicios sociales e inspección sanitaria. Las disposiciones transitorias 1.ª, 2.ª y 3.ª LRSAL disponen además su traslado a las comunidades autónomas en los plazos en ellas marcados, si bien prevén también que estas pueden delegarlas en los municipios. Mejor procede decir «preveían», porque la STC 41/2016 ha declarado inconstitucionales estas previsiones por razones competenciales (*vid.* f.º 13). Respecto de la disposición adicional 15 (asunción por las comunidades autónomas de competencias sobre educación) el TC hace interpretación conforme (*vid.* ese mismo f.º 13).

115. Ambos requisitos (sostenibilidad financiera y no duplicidad) se exigen también a las leyes sectoriales que atribuyan competencias propias a los municipios (art. 25.3 y 5 LBRL), así como a las delegaciones de competencias (art. 27). La diferencia estriba en que, en el caso de las competencias del art. 7.4 LBRL, se trata de requisitos que se exigen con carácter previo y son condición necesaria para su atribución.

116. Como excepción (brillante), SANTAMARÍA PASTOR (2014).

117. Véase MEDINA GUERRERO (2014), TOSCANO GIL (2014) o MATIA PORTILLA (2014). Una interpretación distinta (a la postre acogida por el TC), en VELASCO CABALLERO (2014 ter).

nomía (con plena autonomía y bajo la propia responsabilidad). El resto podría ejercerse mediante delegación, eso sí, con un nivel de autonomía sensiblemente inferior¹¹⁸. Pero no se prohíben las competencias «impropias», aunque se sujetan a estrictos requisitos previos. De todo ello resultaría no tanto una autonomía de menor cantidad como de peor calidad. La cuestión es: ¿qué hay de cierto en esta tesis? ¿Resulta menoscabada la garantía constitucional de la autonomía municipal? Antes, un apunte sobre las diputaciones.

c) *El reforzamiento de las diputaciones provinciales: un apunte*

Como ya se ha dicho, la LBRL atribuyó (directamente) a las diputaciones provinciales, como competencias propias, dos funciones genéricas muy relevantes sobre los municipios y que constituyen su núcleo competencial constitucionalmente garantizado: la asistencia y cooperación a los municipios y la coordinación de los servicios municipales. En puridad, la cooperación es voluntaria y sitúa en pie de igualdad a los sujetos que cooperan. Por el contrario, la coordinación no es voluntaria y conlleva un cierto poder de dirección del coordinador sobre el coordinado (le coloca en una cierta posición de superioridad). La función coordinadora de las diputaciones provinciales implica, por tanto, un límite al ejercicio de las competencias municipales, cosa que no ocurre con la función de asistencia y cooperación, y, por ello, debe estar sujeta a límites¹¹⁹. Cuanta más coordinación por parte de las diputaciones, menos autonomía municipal.

La LRSAL modifica el cuadro competencial de las diputaciones provinciales del art. 36.1 LBRL. Por un lado, precisa su genérica función de asistencia a los municipios con tareas concretas [letras b) y f)] que, *de facto*, ya venían realizando. Por otro lado, les atribuye la prestación directa de determinados servicios [letras c), segundo inciso, y g)] que también, *de facto*, venían realizando, pero que son fácilmente reconducibles a la función genérica de asistencia a los municipios, en tanto se lleven a cabo con su aquiescencia¹²⁰. Pero sobre todo, refuerza o pretende reforzar la genérica función de coordina-

118. Es más, algunas competencias municipales muy relevantes (sobre salud, servicios sociales, inspección sanitaria y educación), abocadas *ex lege* a ser reasumidas por las comunidades autónomas, solo podrían volver a los municipios como competencias atribuidas por delegación (disposiciones transitorias 1 a 3 y disposición adicional 1 LRSAL). El TC dio al traste con esta obligatoria reasunción de competencias por las comunidades autónomas (STC 41/2016, f.º 13).

119. Sobre los límites a la coordinación, véase lo que declaraba la STC 27/1987 en relación con la función coordinadora de las comunidades autónomas sobre ¡las diputaciones provinciales! Véase también lo que decía la STC 241/1989 (f.º 18), con base en la sentencia anterior.

120. El TC participa de este entendimiento en relación con las competencias de la letra g) (la prestación de servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios de menos de 20 000 habitantes), sometidas a su escrutinio. Para el TC, estas

ción sobre los municipios, y les atribuye una importante función de supervisión sobre los mismos en relación con los costes efectivos de sus servicios¹²¹. Me detengo brevemente en el refuerzo de la función coordinadora.

La LBRL asigna expresamente a las diputaciones provinciales dos tareas coordinadoras específicas: la coordinación de la prestación unificada de los servicios municipales de su respectivo ámbito territorial [36.1.c)] y la coordinación en relación con los planes económico-financieros de los municipios [36.1.e)], que estos deben elaborar cuando incumplan las exigencias de la LOEPSF [art. 116 bis]. Me refiero exclusivamente a la primera, sobre la que planeó la sombra de la inconstitucionalidad.

La coordinación de la prestación unificada de servicios municipales tiene dos manifestaciones muy relevantes, que hicieron saltar las alarmas de la doctrina¹²² y del Consejo de Estado. La primera es la del artículo 26.2 LBRL. Ciertamente, el texto final es muy distinto del inicial del Anteproyecto. En este se preveía que la diputación provincial (o entidad equivalente) asumiría

competencias son especificación de la competencia instrumental genérica de asistencia y cooperación a los municipios (*vid.* STC 111/2016, f.º 11).

Por el contrario, el TC considera que las competencias del segundo inciso del art. 36.1.c) LBRL (el tratamiento de residuos en los municipios de menos de 50 000 habitantes y la prevención y extinción de incendios en los municipios de menos de 20 000 habitantes) son una especificación de la competencia material genérica «prestación de servicios de carácter supramunicipal». Ahora bien, considera que la atribución de esas competencias materiales específicas a las diputaciones provinciales no lesiona la autonomía municipal, porque la intervención de aquellas es subsidiaria, esto es, cuando los ayuntamientos no procedan a la prestación de dichos servicios (STC 111/2016, f.º 11). En el fondo, esto es tanto como reconducir esas competencias a manifestaciones específicas de la función de asistencia a los municipios.

121. La LRSAL atribuye a la diputación provincial una suerte de tutela financiera sobre los municipios, vinculada a los costes efectivos de los servicios municipales. Los municipios están obligados a calcular el coste efectivo de los servicios que prestan (con arreglo a los criterios fijados por el MHAP) antes del 1 de noviembre de cada año, así como a comunicarlo al MHAP (art. 116 ter LBRL). Pues bien, compete a las diputaciones provinciales el seguimiento del coste efectivo de los servicios municipales [art. 36.1.h), primer inciso, LBRL]. ¿Consecuencias de ese seguimiento? En principio, solo de corte cooperador y, por tanto, sin incidencia sobre la autonomía municipal: cuando la diputación provincial detecte que el coste de los servicios municipales es superior al de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá su colaboración a los municipios para llevar a cabo una gestión coordinada más eficiente [art. 36.1.h), segundo inciso, LBRL]. Ahora bien, de este seguimiento pueden derivarse consecuencias mayores, las del art. 36.2.a) LBRL, al que me refiero en texto principal.

Por lo demás, directamente relacionada con el seguimiento de los costes efectivos de los servicios municipales está la participación activa de la diputación provincial –junto con la Administración que ejerza la tutela financiera de los municipios (Estado o comunidad autónoma)– en la elaboración y el seguimiento de los planes económico-financieros que los municipios deben formular en caso de que incumplan los objetivos de estabilidad presupuestaria o deuda pública, o la regla de gasto [art. 36.1.e), en relación con el art. 116 bis, LBRL].

En fin, el TC ha declarado que el seguimiento al que se refiere el 36.1.h) LBRL se traduce en comprobaciones que no suponen por sí una intromisión en las decisiones del municipio sobre la organización de sus servicios [STC 101/2017, f.º 5 c)].

122. En lo que a la doctrina se refiere, *vid.* MEDINA GUERRERO (2014).

obligatoriamente la prestación directa de todos los servicios mínimos obligatorios en los municipios de menos de 20 000 habitantes, cuando la prestación de los mismos por aquellos no cumpliera un coste estándar, cuya fijación, además, correspondía al Gobierno. La trascendencia de la norma era enorme: de no cumplir un coste estándar fijado por el Gobierno, los municipios de menos de 20 000 habitantes (más del 95 % de los municipios de España) perderían la gestión de lo que constituye el núcleo básico de sus competencias. El golpe a la autonomía de gestión de estos municipios era muy fuerte.

Tras su paso por el Consejo de Estado¹²³, el texto final sufrió un «afeitado» importante: la prestación directa es solo una de las posibilidades (la otra es la gestión compartida –a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas–) que puede proponer la diputación provincial al MHAP, y además –y esto es lo relevante– la propuesta debe venir avalada por la conformidad de los municipios¹²⁴. La clave está, por tanto, en esta conformidad. Si entendemos que, sin dicha conformidad, la diputación provincial no puede formular su propuesta, no estaremos ante un instrumento de coordinación sino de cooperación. Pero si entendemos, atendiendo a la lógica de la coordinación, que la posición de los municipios no es determinante para hacer la propuesta, estaremos ante un instrumento muy poderoso de coordinación que incidiría de forma muy agresiva en la autonomía del 95 % de los municipios de este país.

La segunda manifestación relevante de la coordinación de la prestación unificada de servicios municipales es la del art. 36.2.a) LBRL. El precepto habilita a la diputación provincial a incluir en los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal «fórmulas de prestación unificada o supramunicipal» para reducir los costes efectivos de los servicios municipales, cuando detecte que tales costes sean superiores a los coordinados o prestados por ella. Esto es: el precepto, aisladamente considerado, puede interpretarse en el sentido de que faculta a las diputaciones a *imponer* a *todos* los municipios (no solo a los de menos de 20 000 habitantes) la prestación unificada o supramunicipal de *cualesquiera* servicios municipales en caso de que

123. Dictamen 567/2013.

124. En el texto final también se reduce el elenco de servicios potencialmente afectados. Ya no son todos los que prestan los municipios de menos de 20 000 habitantes, sino 6. No obstante, tras la lectura del art. 26.1 LBRL, observo que solo quedan fuera del ámbito de aplicación del apartado 2 los servicios de cementerio y alcantarillado [que deben prestar todos los municipios –letra a) del apartado 1–] y parque público y biblioteca pública [servicios que deben prestar los municipios de más de 5000 habitantes y menos de 20 001 –letra b) del apartado 1–]. De propina, es servicio potencialmente afectado la evacuación y tratamiento de aguas residuales, que no está incluido en el elenco de servicios mínimos del apartado 1, aunque sí en el elenco de competencias propias que la legislación sectorial debe atribuir a los municipios [art. 25.2.c) LBRL].

se incumpla un parámetro económico (el coste efectivo de los servicios). De entenderse el precepto así, la autonomía municipal correría un evidente peligro.

4.2.3

El sistema competencial de la LRSAL y el Tribunal Constitucional

a) *Consideraciones previas*

Como ya se ha dicho, contra la LRSAL se interpusieron 9 recursos de inconstitucionalidad: uno por la casi totalidad de la oposición parlamentaria en el Congreso antes de las elecciones del 20-12-2015, y otros 8 por Gobiernos y asambleas autonómicas. Además, 2393 municipios (de los 8118 que hay en España), que representan a más de 16 millones de habitantes (el más poblado, Barcelona), interpusieron una demanda de conflicto en defensa de la autonomía local. Por último, el Consejo Insular de Formentera interpuso un conflicto como único municipio-isla destinatario de la Ley.

El TC ha resuelto los 9 recursos de inconstitucionalidad: SSTC 41/2016 (resolviendo el recurso interpuesto por la Asamblea de Extremadura), 111/2016 (resolviendo el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía), 168/2016 (resolviendo el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias), 180/2016 (resolviendo el recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra), 44/2017 (resolviendo el recurso interpuesto por diputados del Congreso), 45/2017 (resolviendo el recurso interpuesto por el Parlamento de Andalucía), 54/2017 (resolviendo el recurso interpuesto por el Parlamento de Cataluña), 93/2017 (resolviendo el recurso interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña) y 101/2017 (resolviendo el recurso interpuesto por el Gobierno de Canarias). Sin embargo, lo esencial lo han dicho las SSTC 41 y 111/2016, tanto desde la perspectiva de las competencias de las comunidades autónomas como desde la perspectiva de la garantía constitucional de la autonomía local, la que aquí interesa. La STC 41/2016, además de presentar la LRSAL (fj 2) y de encuadrarla competencialmente (fj 3), se ocupa de la nueva ordenación de las competencias municipales: en los ff.jj. 9 y 10 sienta doctrina general y en los ff.jj. 11 a 13 la vierte a las tachas concretas de inconstitucionalidad planteadas¹²⁵. Por su parte, la STC 111/2016 se pronuncia sobre las previsiones relativas a la reordenación y refuerzo de las competencias de las

¹²⁵. Contra el art. 27 en conexión con el art. 7.4 LBRL y la disposición adicional 9.^a LRSAL, en el fj 11; contra el art. 25 LBRL, en el fj 12; y contra las disposiciones adicionales 11 y 15, y transitorias 1 a 3 LRSAL, en el fj 13.

diputaciones provinciales: en el fj 9 sienta doctrina general y en los ff.jj. 10 a 12 resuelve las tachas concretas de inconstitucionalidad planteadas¹²⁶.

En el momento de cerrar este trabajo, el TC también ha resuelto el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por 2393 municipios (en adelante, STC 107/2017). Poco más ha podido añadir en esta sentencia, ya que sobre las tachas concretas de inconstitucionalidad alegadas en el mismo¹²⁷ se ha pronunciado el TC en las SSTC 41 y 111/2016. No obstante, en la STC 107/2017 da respuesta específica a algunos argumentos adicionales planteados por los demandantes. En esa respuesta el TC hace algunas consideraciones que revisten interés para este trabajo y a las que me referiré¹²⁸.

No procede aquí hacer un análisis exhaustivo de las SSTC 41 y 112/2016¹²⁹, ni del resto de sentencias (incluida la STC 107/2017). Mi mirada se ceñirá a averiguar si, a la luz de las mismas, se puede concluir que el sistema competencial de la LRSAL respeta o no la garantía constitucional de la autonomía local, tal como la ha construido el TC. Para responder a esta cuestión distinguiré entre las dos dimensiones de la garantía (ahora) constitucional que se derivan de la STC 32/1981.

Pero, antes, conviene saber de qué competencias estamos hablando, porque el TC, con buen criterio, ha dado nombre a los distintos tipos de competencias de la LBRL con ocasión de la resolución de los recursos planteados contra la LRSAL. En lo que hace a las competencias municipales, tras la STC 41/2016 hay que distinguir entre competencias *propias* y *delegadas* (art. 27)

126. Contra el art. 36.1.c) LBRL, en el fj 10; contra el art. 36.1.g) LBRL, en el fj 11; contra los arts. 26.2, 36.1.c) y 36.2, párrafo segundo, en el fj 12.

127. La demanda fue dictaminada, como es preceptivo, por el Consejo de Estado (Dic-tamen 338/2014). De todas las tachas de inconstitucionalidad planteadas (entre ellas, contra los arts. 7.4, 25.2 y 26.2 LBRL por vulneración de la autonomía municipal), el Consejo de Estado vio motivos para formalizar el conflicto solo en relación con dos preceptos: el art. 26.2, en relación con el 116 ter LBRL, y la disposición adicional 16.^a LRSAL (esta última condenada a ser declarada inconstitucional por el TC, como así fue: *vid.* STC 112/2016, fj 8). El resto de preceptos impugnados lo consideró ajustado a la CE, y, en particular, toda la reordenación competencial de la LRSAL.

128. En el fj 2, el TC da por reproducida la doctrina sobre el significado y alcance de la autonomía local sentada en las SSTC 41/2016 [ff.jj. 9 y 11 b)], 111/2016 (ff.jj. 11 y 12), 45/2017 [fj 3 b)], 54/2017 [fj 4 b)] y 101/2017 [fj 5 a)]. A partir de aquí, declara la pérdida sobrevenida de objeto de la impugnación de determinadas previsiones [art. 26.2 –parte– y disposición adicional 16 LBRL] que ya han sido declaradas inconstitucionales; y desestima, por remisión, otras impugnaciones, entre ellas las referidas a los arts. 7.4, 25.2 y 26.2 LBRL. No obstante, en la medida en que los municipios actores añaden argumentos nuevos en la impugnación del art. 7.4 y motivos nuevos en la impugnación del art. 26.2, se enfrenta a ellos en los ff. jj. 3 (art. 7.4) y 4 (art. 26.2). Fundamentalmente merecen interés para este trabajo algunas consideraciones del TC sobre el art. 7.4.

129. Un comentario a la STC 41/2016 en DÍAZ LEMA (2016). Un comentario a las dos sentencias en ARROYO GIL (2016 bis).

y, dentro de las propias, entre competencias *propias específicas* (art. 25.2) y competencias *propias generales* (las del art. 7.4). Como su propio nombre indica, las competencias propias *específicas* «se atribuirán a los municipios de modo específico a través de normas (estatales o autonómicas) con rango de ley», con arreglo a los requisitos previstos en los apartados 3 a 5 del nuevo art. 25 LBRL. Son, por tanto, «competencias determinadas por ley sectorial». Por el contrario, las competencias propias *generales* «están directamente habilitadas por el legislador básico», esto es, «su ejercicio no requiere de una habilitación legal específica, pero es posible solo si» se dan las condiciones previstas en el art. 7.4 LBRL¹³⁰. En otras palabras, las competencias propias generales se distinguen de las competencias propias específicas «no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas»¹³¹.

En lo que respecta a las competencias de las diputaciones provinciales (art. 36 LBRL), la línea divisoria que traza el TC es entre competencias *instrumentales* (coordinación, cooperación y asistencia) y *materiales* (v. gr. la prestación de servicios de interés supramunicipal)¹³². Las primeras «tienen al municipio por destinatario inmediato» y «entroncan directamente con la Constitución». Son el «“núcleo” de la actividad de la provincia, “en cuanto entidad local determinada por la agrupación de municipios (art. 141.1 CE)”». Las segundas tienen por destinatario inmediato a los ciudadanos y no forman parte de ese núcleo constitucionalmente protegido¹³³.

b) *La dimensión negativa de la garantía constitucional y la LRSAL*

Ya se ha dicho (apartado 3.2) que el TC, en la sentencia 41/2016 (fj 3), resumiendo y aclarando doctrina precedente, declara que uno de los cometidos de la LBRL es concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada. Ahora bien, el Tribunal se enfrenta a una reforma de la LBRL que reduce el espacio de autonomía municipal respecto de la legislación precedente y que refuerza la posición de las diputaciones provinciales. Admitiendo esto, el TC declara que el legislador básico, siendo libre (aunque no ilimitadamente) para configurar la autonomía local en más o en menos, cumple con la Constitución concretando el mínimo de autonomía local constitucionalmente

¹³⁰. Véase el fj 10 de la STC 41/2016. Véase también, más recientemente, el fj 3 de la STC 54/2017. En verdad, el TC hace suya la terminología de VELASCO CABALLERO [VELASCO CABALLERO (2014 bis)].

¹³¹. STC 107/2017, fj 3.

¹³². STC 111/2016, fj 3.

¹³³. STC 111/2016, fj 9. En el fj 10, el TC califica expresamente la competencia del segundo inciso de la letra c) del apartado 1 del art. 36 LBRL como una especificación de la competencia material genérica de prestación de servicios de carácter supramunicipal.

garantizado: una legislación básica de mínimos es tan constitucional como una de máximos. Y, en lo que hace a la correlación de fuerzas interna entre las entidades locales, el TC declara, como también he dicho (apartado 3.4), que el legislador es libre para maximizar la autonomía de alguna de ellas (en este caso, la autonomía provincial) a costa de la otra (en este caso, la autonomía municipal), siempre que respete el mínimo de autonomía constitucionalmente garantizada a la entidad local minimizada (en este caso el municipio).

La cuestión estriba así en averiguar si la LRSAL ha respetado el mínimo de autonomía competencial de los municipios. El TC no responde abiertamente a esta cuestión, porque tampoco se le planteó abiertamente y en términos globales, pero se deduce sin dificultad la respuesta. Para el TC, las leyes (del Estado y de las comunidades autónomas) deben asegurar que los municipios tengan **competencias propias en ámbitos de interés exclusivo o prevalentemente municipal** (STC 41/2016, fj 9, con cita de la STC 4/1981, fj 3): este es el mínimo. Este mínimo se cumple en «un modelo básico que atribuye directamente competencias a los municipios (art. 26 LBRL), permite a las leyes (estatales o autonómicas) atribuir [a los municipios] competencias propias o, incluso, obliga a que lo hagan “en todo caso” dentro de determinados ámbitos materiales (art. 25.2 LBRL)» (STC 41/2016, fj 11). Además, aunque el reforzamiento de las funciones de coordinación de las diputaciones provinciales puede suponer una limitación de la autonomía municipal, esta limitación está sujeta a límites, que el TC traza en la sentencia 111/2016 [fj 12.b)] y que, como explicaré después, la LRSAL no traspasa, en la interpretación que el TC ha dado a los preceptos impugnados ante él.

En conclusión, la LRSAL no ha producido un vaciamiento de las competencias de los municipios, como sí lo hizo la norma catalana de las diputaciones provinciales que motivó la STC 32/1981. Tampoco las ha debilitado sin razón suficiente. Toda la regulación de la LRSAL, incluida la relativa a la reordenación de las competencias locales, se justifica en aras de los principios de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), eficiencia en el uso de recursos públicos (art. 31.2 CE) y, sobre todo, estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). En palabras de la STC 41/2016, «el art.149.1.18 CE ampara sin lugar a dudas normas básicas tendentes a introducir criterios de racionalidad económica en el modelo local español con el fin de realizar los imperativos de los arts. 32.1 y 103 CE y la estabilidad presupuestaria como norma de conducta a la que están sujetas las entidades locales (art. 135.2 CE)» (fj 3).

c) *La dimensión positiva de la garantía constitucional y la LRSAL*

¿Es posible enjuiciar si la LRSAL satisface el derecho de participación de los municipios en las materias de interés (exclusiva o prevalentemente)

municipal? Para responder a esta cuestión es necesario distinguir entre atribución y ejercicio de competencias.

c.1. La atribución de competencias municipales y la ponderación

Debe recordarse que el TC (STC 214/1989, f.º 3) había declarado que el legislador básico era competente para fijar el sistema de atribución de competencias o los principios básicos al respecto, pero que la concreción última de las competencias locales competía al legislador sectorial (estatal o autonómico). Con base en esta declaración, la doctrina siempre entendió que la LBRL no era una norma directamente atributiva de competencias. Sin embargo, el TC, en la sentencia 41/2016, modula significativamente su posición y confirma esta modulación en la sentencia 111/2016 (f.º 9).

El TC recuerda que ya la LBRL, en su redacción originaria, contenía previsiones que habilitaban directamente (o incluso obligaban) a los entes locales a ejercer competencias incluso en ámbitos materiales propios de las comunidades autónomas. Cita expresamente los arts. 28 (competencias complementarias), 25.1 (norma que podía interpretarse como una habilitación directa a favor de los municipios también en materias de competencia autonómica), 26.1 (los servicios de prestación obligatoria) y 36.1 (que, en relación con las diputaciones provinciales, les atribuye directamente algunas competencias: todas las enumeradas expresamente en ese apartado); todos ellos preceptos impugnados en su momento ante el TC y no declarados inconstitucionales. Pues bien, el TC, modulando el alcance de la citada STC 214/1989 (a la que dedica alguna atención argumentativa), declara que las bases pueden «atribuir directamente competencias locales» en materias de competencia autonómica, con un límite y una finalidad. El límite es que no suponga un obstáculo a las competencias autonómicas («si ello no supone “un obstáculo a las competencias que corresponden” a las comunidades autónomas»), y la finalidad es «garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino» (f.º 9 de la STC 41/2016)¹³⁴.

¹³⁴. En idéntico sentido, en relación con las competencias provinciales, *vid.* STC 111/2016, f.º 10. Del f.º 9 de la STC 41/2016 se infiere que son normas básicas directamente habilitantes de competencias locales las de los actuales arts. 7.4, 26 y 36.1 LBRL. Es más, el TC expresamente declara que las competencias propias genéricas *ex art.* 7.4 LBRL están directamente habilitadas por el legislador básico, a diferencia de las del art. 25, cuya determinación corresponde al legislador sectorial (f.º 10 de la STC 41/2016).

Así las cosas, no me parece que el art. 7.4 LBRL cumpla con la finalidad de garantizar ese núcleo homogéneo de derechos prestacionales a la que el TC anuda la constitucionalidad de las habilitaciones directas de competencias por el legislador básico. Habrá municipios que se acogerán a la habilitación y otros que no, y los que se acojan deberán superar el doble filtro previo de los informes que prevé el citado art. 7.4 (y puede que no lo superen). Sin embargo, el TC [f.º 12.b)] elude pronunciarse sobre si el art. 7.4 LBRL cumple esa finalidad y, partiendo de la motivación de los recurrentes, centra su argumentación en si el precepto supone un obs-

Desde esta modulación significativa, el TC se pronuncia sobre la constitucionalidad de los preceptos concretos controvertidos. Me interesa destacar lo que dice respecto de los arts. 7.4 y 25.2.

●) *En relación con el art. 7.4 LBRL*

En la sentencia 41/2016, el TC hace una primera precisión, relativa a la norma que contiene el art. 7.4 LBRL: es una «regla habilitante general que permite a los entes locales el ejercicio de competencias no atribuidas específicamente, aunque solo ante exigentes condiciones», las que se concretan básicamente en los informes previos y vinculantes de la Administración competente por razón de la materia y la Administración que tenga atribuida la tutela financiera. Esas condiciones no son de *ejercicio*, sino de *posibilidad de ejercicio* de la competencia. Esto es, a través de tales informes, «la Administración autonómica puede llegar a impedir que el municipio ejerza una competencia que no está específicamente atribuida por ley, pero no condicionar el modo en que desarrollará la efectivamente autorizada». Si se cumplen las exigencias del art. 7.4 (no ejecución simultánea del mismo servicio público y sostenibilidad financiera), debe emitirse informe positivo y «el ente local podrá llevar a cabo la tarea “en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones públicas” (art. 7.2 LBRL)»¹³⁵.

El foco de atención se centra, pues, en la exigencia de esos dos informes necesarios y vinculantes¹³⁶. El TC hace una segunda precisión: los informes no son propiamente controles administrativos, por lo que no resulta aplicable su doctrina al respecto, sino «la doctrina constitucional relativa a los límites que los arts. 137, 140 y 141 CE imponen a la atribución (o supresión) de competencias locales»¹³⁷, esto es, la regla general extraída de su construcción en positivo de la autonomía local como derecho de participación (o interven-

táculo a las competencias autonómicas y en si los informes previstos en este precepto lesionan la autonomía local. No ve tal obstáculo ni tal lesión y declara constitucional el precepto.

En fin, me deja perplejo la afirmación contenida en una sentencia posterior, la STC 101/2017. En su f.º 6.b) declara que la norma del art. 7.4 LBRL no es una norma atributiva de competencias, sino de pura remisión, «como con toda claridad expresa el último párrafo» de dicho precepto («En todo caso –dice ese precepto– el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las comunidades autónomas»). ¿Pero no había declarado el TC –STC 41/2010, f.º 10– que las competencias propias genéricas estaban directamente habilitadas por el legislador básico?

¹³⁵. STC 41/2016, f.º 11 b).

¹³⁶. Exigencia que, en palabras de la STC 107/2017, «incide sobre la autonomía local: el ente local no podrá desplegar servicios, incluso de interés local exclusivo o predominante, sin la decisión favorable de otra instancia territorial» [f.º 3 a)]. Para mí, estamos un típico supuesto de autorización administrativa previa. No es esto lo que sostiene el TC.

¹³⁷. STC 41/2016, f.º 11 b).

ción) en asuntos de interés local (exclusivo o predominante). Es la doctrina de la ponderación, con arreglo a la cual «habría vulneración de la autonomía local si a través de aquellos informes y exigencias materiales, el art. 7.4 LBRL hubiera impedido que los municipios intervengan en asuntos que les afectan con un grado de participación tendencialmente correlativo a la intensidad de sus intereses»¹³⁸.

El TC declara aplicable la ponderación a un precepto básico que atribuye directamente competencias a las entidades locales, pero finalmente no la aplica por considerar la impugnación del precepto preventiva: «Son ellas [las Administraciones que han de elaborar los informes previos] –no el art. 7.4 LBRL– las que podrían llegar a incurrir en la vulneración denunciada si impidieran efectivamente en casos concretos una intervención local relevante en ámbitos de interés local exclusivo o predominante, sin perjuicio de los amplios márgenes de apreciación que abren los arts. 137, 140 y 141 CE»¹³⁹. A la postre, la ponderación no es aplicable al art. 7.4 LBRL, porque la norma, en sí misma considerada, limita, pero no necesariamente vulnera, la autonomía local. La autonomía local podría eventualmente lesionarse por la Administración que emitiera informe negativo e impidiera a la entidad local prestar un servicio en un ámbito de interés local o predominante. En este caso, el control compete a la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁴⁰.

En la sentencia 107/2017, el TC avala, lógicamente, lo dicho en la sentencia 41/2016. Pero como los demandantes plantearon argumentos nuevos, el TC (en el f3) se extiende en consideraciones sobre el art. 7.4 LBRL. No entro en todas ellas. Rescato dos que me resultan relevantes:

- 1) Para el TC, la existencia de una duplicidad competencial no ha de implicar necesariamente un informe negativo de la Administración autonómica¹⁴¹. Tendencialmente, «cuando la ponderación de los in-

138. *Ibidem*.

139. *Ibidem*.

140. Son palabras ya de la STC 107/2017: «La eventual vulneración sería imputable, no a la previsión controvertida, sino a una actuación administrativa que, en cuanto tal, es controlable por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa» [f3 b)].

Lo que viene a decir el TC: el juez no ha de limitarse a verificar si la decisión administrativa se ajusta o no al supuesto de hecho previsto en el art. 7.4 LBRL (control de legalidad), sino que ha de comprobar si la Administración ha ponderado los intereses (locales y supralocales) en juego (control de constitucionalidad).

141. El TC se refiere específicamente a la Administración autonómica. Ello es explicable a partir de los motivos de los demandantes. Para estos, «la prohibición de ejecución simultánea del mismo servicio incluida en el art. 7.4 LBRL conllevaría la prohibición de las llamadas “actividades complementarias de las propias de otras Administraciones”, singularmente las de ámbito autonómico “relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente” (antiguo art. 28 LBRL)» [párrafo primero del f3 b) de la STC 107/2017]. Sin embargo, para el TC, «de acuerdo con el

tereses locales y autonómicos involucrados arroje un saldo favorable a los primeros», «la solución más ajustada a los principios de autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE) y de proximidad (art. 2.1 LBRL) puede ser el repliegue de la propia Administración autonómica y el consiguiente ejercicio de la competencia en el nivel local». De este modo, si «la Administración competente en la materia»¹⁴², «ante supuestos de efectiva ejecución simultánea, emitiera informe negativo fijándose solo en el dato de la duplicidad competencial, sin ponderar los intereses territoriales que pudieran justificar que sean otros niveles de Gobierno –incluido el autonómico– quienes dejen de realizar el servicio, podría vulnerar la autonomía de los entes locales»¹⁴³. Si he entendido bien: a la luz del principio constitucional de autonomía local (y del principio legal de proximidad), a la Administración competente que emite un informe negativo no le basta con verificar la existencia de una duplicidad o ejecución simultánea de un servicio público (lo que se infiere del tenor literal de la Ley); es necesario también que justifique (en virtud de una ponderación de los intereses involucrados) por qué debe denegar a la entidad local su prestación¹⁴⁴.

art. 7.4 LBRL, una prestación no queda automáticamente excluida como servicio municipal por el solo hecho de replicar la desarrollada en otro nivel de Gobierno, en general, o en el autonómico en particular, que es el supuesto que importa específicamente a los municipios impugnantes» [fj 3 b), párr. cuarto –la cursiva es mía–].

Por lo demás, para el TC, no cabe identificar «complementariedad» con «duplicidad», entendida esta como «ejecución simultánea del mismo servicio público» [vid. al respecto el párrafo sexto del fj 3 b) de la sentencia que resuelve el conflicto].

142. Aquí sí habla en general de «Administración competente en la materia».

143. Fj 3 b) de la STC 107/2017.

144. Si interpreto bien lo que dice el TC, debo concluir que se excede en su labor, pues hace decir al legislador lo que no dice en ningún caso, o, para ser más exactos, añade a la disposición contenida en el art. 7.4 LBRL una norma de cosecha propia: *la Administración competente emitirá informe favorable cuando no aprecie duplicidad o cuando aprecie duplicidad pero no pueda justificar, en virtud de una ponderación de intereses, que el servicio no debe prestarlo la entidad local*. Esto no lo dice en absoluto la Ley ni tampoco viene impuesto por la CE. Además, por coherencia, si procede exigir ponderación a la Administración que ha de emitir el informe de duplicidad (o no) desde la perspectiva de la autonomía local, ¿acaso no procede también exigir esa misma ponderación a la Administración que emite el informe de sostenibilidad financiera?

Yo veo las cosas de forma más sencilla: el art. 7.4 LBRL, que no vulnera *per se* la autonomía local (como dice el TC), determina que, si no hay duplicidad o, lo que es lo mismo, ejecución simultánea del mismo servicio público, la Administración competente debe emitir informe favorable, y desfavorable en caso contrario. Otra cosa es qué se entiende por «duplicidad competencial» o «ejecución simultánea de un mismo servicio». Dice el TC que, «en ausencia de una definición más precisa» de ese concepto, «habrán de ser las comunidades autónomas quienes lo especifiquen», y es esa especificación la que deberá ser sometida a control [fj 3 b), párr. séptimo, de la STC 107/2017]. A mi juicio, ese control no debe ser un

- 2) En la STC 41/2016, el art. 7.4 LBRL sortea la exigencia de ponderación, dimanante de la garantía constitucional de la autonomía local. Sin embargo, en la sentencia 107/2017, el TC, a instancias de los demandantes del conflicto, afronta una nueva exigencia al precepto, dimanante igualmente del reconocimiento constitucional de la autonomía local: la exigencia de predeterminación normativa. En palabras del TC: «Atendiendo a intereses de alcance supralocal, [las leyes] pueden conferir a instancias políticas supramunicipales [...] mecanismos de intervención que limiten la autonomía municipal, *pero deben especificar y determinar suficientemente el contenido y alcance de esas atribuciones*»¹⁴⁵ (la cursiva es mía). Para el TC, el art. 7.4 LBRL prevé una intervención administrativa que restringe la autonomía local¹⁴⁶, siendo así que «algunos aspectos de aquella intervención restrictiva han quedado normativamente indefinidos»¹⁴⁷. No obstante, acaba concluyendo que el precepto no incumple aque-

control de ponderación *ex Constitutione* (desde la perspectiva de la autonomía local), como sostiene el TC, sino un control de razonabilidad de la interpretación que de la expresión del legislador básico ha hecho el legislador autonómico. Si la interpretación que hace el legislador autonómico no es lógica ni razonable, infringirá la legislación básica y será inconstitucional (supuesto de inconstitucionalidad mediata).

Acaso lo mejor habría sido que el propio legislador básico definiera el concepto y no que lo dejara al albur de las comunidades autónomas.

^{145.} Fj 3 c) de la STC 107/2017. El TC trae a colación las SSTC 111/2016, fj 12 a) y c), y 152/2016, fj 5. En ambas sentencias el TC se pronuncia sobre normas que prevén mecanismos (muy intensos) de coordinación de las competencias municipales por parte de las diputaciones provinciales (STC 111/2016) y la Comunidad Autónoma de Andalucía (STC 152/2016). El TC parece equiparar (a efectos de control de constitucionalidad desde la perspectiva de la autonomía local) la previsión de intervención administrativa previa que supone el art. 7.4 LBRL con las previsiones legislativas de intervenciones administrativas *a posteriori*, esto es, sobre el ejercicio de las competencias locales ya atribuidas, al amparo de facultades coordinadoras.

^{146.} «El art. 7.4 LBRL, en la medida en que somete a los entes locales a aquellos informes vinculantes, constituye una restricción de la autonomía local: tales informes pueden impedir el ejercicio de competencias de fuerte interés municipal o pueden retrasarlo en el mejor de los casos» [párrafo sexto del fj 3 c) de la STC 107/2017].

Repárese en que el TC habla expresamente de «intervención» que limita la autonomía local. Supongo que con ello trata de eludir hablar de «control», lo que le obligaría a remitirse a la «vieja» doctrina de la STC 4/1981 sobre los «controles» y no a la «nueva» sobre las «intervenciones». La nueva doctrina parece ser la que recoge la STC 111/2016 [fj 12 c)], a la que tendremos ocasión de volver, y que incluye un triple test de respeto a la autonomía local por parte del legislador que establezca mecanismos de intervención administrativa que limiten la autonomía local: predeterminación normativa, justificación en la existencia de intereses supralocales y ponderación de estos con los municipales. Todo esto me parece muy confuso. Sería bueno que el TC aclarase y armonizase su doctrina sobre la autonomía local.

^{147.} *Ibidem*.

lla exigencia de predeterminación normativa¹⁴⁸. Además, justifica la incompleta regulación del legislador básico precisamente por su condición de tal: no es de extrañar que este no regule agotadoramente la intervención autonómica, antes bien, una regulación de más detalle invadiría la competencia legislativa autonómica¹⁴⁹.

●) *En relación con el art. 25.2 LBRL*

La STC 41/2016 despeja las dudas acerca de si el art. 25.2 LBRL contiene un *numerus clausus* o si es solo un mínimo, ampliable por las comunidades autónomas, siempre que se sujeten a las exigencias de los apartados 3, 4 y 5 del art. 25¹⁵⁰. Para el TC no estamos ante un *numerus clausus* y no cabe otra interpretación posible, porque, entre otras razones, ello sería manifiestamente invasivo de las competencias de las comunidades autónomas (**fj 10**). El indisimulado propósito del legislador de restringir las competencias propias al elenco del art. 25.2 LBRL y de impedir su ampliación a las comunidades autónomas queda «en agua de borrajas». Y, con ello, el TC avala la constitucionalidad de las disposiciones de los estatutos que garanticen a los municipios un mínimo de competencias propias más amplio que el del art. 25.2 en materias de competencia autonómica¹⁵¹.

Además, desde la perspectiva de la garantía constitucional de la autonomía municipal, nada hay que objetar al art. 25.2, sino todo lo contrario: el precepto «eleva el mínimo de autonomía municipal que garantiza la Constitución», pues la nueva regulación «indica específicamente materias de interés local para que las leyes asignen competencias *propias*» (la cursiva es mía) [**fj 12 a**)], cosa que no sucedía con la regulación anterior. Es cierto que en la nueva regulación desaparecen algunas materias recogidas en la legislación anterior, pero ello no es contrario a la garantía constitucional de la autonomía local: «Tales exclusiones significan que en determinados ámbitos el legislador básico ha dejado de ampliar el mínimo de autonomía local que garantiza la Constitución», pero, como no estamos ante un *numerus clausus*, nada impide que las comunidades autónomas o el legislador estatal sectorial las atribuyan

148. Fundamentalmente porque el art. 7.4 LBRL, con toda claridad, subordina el ejercicio de las competencias propias genéricas «a nada más que dos condiciones materiales», «siendo improcedentes las consideraciones de oportunidad [por parte de las Administraciones informantes] y teniendo siempre en cuenta las garantías de autonomía local, no solo las establecidas en la Constitución [...] y la legislación básica [...] sino también las eventualmente previstas en otras leyes, singularmente las de algunos estatutos de autonomía» [párrafo séptimo del fj 3 c) de la STC 107/2017].

149. *Vid.* párrafo penúltimo del fj 3 c) de la STC 107/2017.

150. Recuérdese que la tesis del *numerus clausus* la sostenían buena parte de la doctrina y el propio Consejo de Estado (sin que este último viera en ello una lesión de la autonomía municipal). Esta tesis está también presente en el recurso del que trae causa la STC 41/2016.

151. *V. gr.*, art. 84.2 del Estatuto catalán y art. 92 del Estatuto andaluz.

[igualmente **fj 12 a**)]. En fin, que respecto de ese núcleo competencial, el que «los municipios consigan o no la capacidad de intervención que para ellos reclama la Constitución (arts. 137 y 140), dependerá de lo que establezcan unas leyes que ahora deben ser necesariamente específicas», en los términos de los apartados 3 a 5 de la LBRL. En consecuencia, la ponderación tampoco es aplicable al 25.2 LBRL, sino, en su caso, a las leyes (estatales o autonómicas) atributivas de competencias sobre las materias de ese núcleo competencial.

c.2. El ejercicio de las competencias municipales y la función de coordinación de las diputaciones provinciales

Ya se ha explicado que la LRSAL refuerza la función de coordinación de las diputaciones provinciales sobre los municipios. Siendo esto una opción constitucionalmente legítima, es obvio que supone (o puede suponer) una limitación del ejercicio de las competencias propias de los municipios, y como tal, sujeta a límites. Traspasar esos límites supone lesionar la autonomía municipal.

El punto más problemático de la nueva regulación de la LRSAL está en la coordinación de la prestación unificada de servicios municipales [art. 36.1.c)] o, mejor dicho, en sus dos manifestaciones relevantes: la coordinación de la prestación de los servicios mínimos obligatorios en los municipios de menos de 20 000 habitantes, una de cuyas técnicas es la prestación directa de esos servicios por la diputación provincial (art. 26.2 LBRL); y la inclusión en el plan provincial anual de obras y servicios de fórmulas de prestación unificada o supramunicipal de los servicios municipales (de todos los municipios) cuando la diputación provincial detecte que los costes de los servicios prestados por los municipios sean superiores a los de los servicios coordinados prestados por aquella (párrafo segundo del apartado 2 del art. 36 LBRL).

El TC se enfrenta a la cuestión de si con esa función y con esas manifestaciones se vulnera la garantía constitucional de la autonomía municipal (amén de las competencias de la comunidad autónoma recurrente) en el **fj 12** de la sentencia 111/2016. Lo que resuelve es lo siguiente:

1. El art. 36.1.c) LBRL contiene una previsión genérica de facultades provinciales de coordinación similar a la clásica del art. 36.1.a) que, amén de ser una norma básica, no supone *a priori*, aisladamente considerada, una vulneración de la autonomía municipal, pues «está prevista en términos generalísimos» **[letra a) del fj 12]**. Depende, por tanto, de cómo se concrete.
2. El art. 26.2 LBRL «no niega la titularidad municipal de los servicios a que se refiere», y «se limita a prever la intervención de la diputación provincial en la gestión que lleven a cabo los municipios de menos de 20 000 habitantes». Añade que esa intervención «consiste, según

el tenor de la norma, en una “coordinación” adoptada “con la conformidad de (sic) los municipios afectados”», y concretada en un elenco «no taxativo» de técnicas posibles. Desde esta premisa, el TC considera que la norma no vulnera («no pone en riesgo») la autonomía municipal porque «el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse» a cualquiera de las técnicas en que se puede concretar el 26.2, incluidas, por tanto, «las que pudieran limitar más fuertemente su autonomía». En definitiva, la puesta en marcha del art. 26.2 depende de «la voluntad municipal misma». Estamos ante un supuesto de *coordinación voluntaria* **[letra d) del f) 12]**¹⁵². La coordinación del art. 26.2 LBRL no es, pues, coordinación en sentido estricto, sino, en realidad, cooperación, y, por tanto, el precepto como tal no incide en la autonomía municipal. No hay nada que ponderar¹⁵³.

3. El TC **[letra c) del f) 12]** reconoce que el párrafo segundo del artículo 36.2.a) LBRL habilita a la diputación provincial a utilizar técni-

152. «El criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones públicas; es la voluntad municipal misma». Ciertamente es que, de dar su conformidad el ayuntamiento, «hay una posible pérdida de autonomía», pero «esa pérdida es consentida y, en cuanto tal, no lesiva de la garantía consagrada en los arts. 137 y 141 CE» [STC 111/2016, f) 12 d), párr. séptimo].

En la sentencia 107/2017, el TC (en el f) 4) tendrá ocasión de reafirmarse en el carácter determinante de la conformidad del municipio para justificar la constitucionalidad del precepto. Los demandantes alegan que el art. 26.2 LBRL (que se refiere a la diputación provincial o entidad «equivalente»), aplicado por las comunidades autónomas uniprovinciales («entidades equivalentes» a los efectos de ese artículo), «supondría atribuir funciones típicamente municipales a un nivel de Gobierno que actúa extramuros del sistema local en contra del principio constitucional de autonomía local». Como ya he apuntado –*vid.* nota 51–, el TC afirma (por primera vez, si no estoy equivocado) que diputaciones y ayuntamientos conforman un mismo nivel (local) de Gobierno, y ello tiene reflejo institucional: los municipios –no los ciudadanos– están directamente representados en los órganos provinciales de gobierno, y ello es así porque son los destinatarios principales o directos de las competencias de asistencia, cooperación y coordinación (el núcleo competencial constitucionalmente protegido de las diputaciones provinciales). A partir de esto, el TC admite que el art. 26.2 LBRL, aplicado por comunidades uniprovinciales, implica sustraer del sistema local determinadas decisiones relativas a la gestión de servicios de titularidad local «típicamente municipales». Sin embargo, «bajo la óptica de la autonomía local, resulta a la postre irrelevante que no haya concejales integrados en la instancia territorial» que aplica el citado precepto, porque «el municipio conserva en todo caso la capacidad de oponerse» a su aplicación. La conformidad del municipio es lo relevante y por ello la norma, *per se*, no vulnera la autonomía local, ni aunque la aplique una comunidad autónoma uniprovincial.

153. No descarta el TC que los planes provinciales que sean aprobados al amparo del art. 26.2 LBRL «puedan diseñar mecanismos disuasorios de tal intensidad que solo formalmente preserven los márgenes de autonomía municipal que asegura» el precepto. Aunque, en tal caso, el problema para la autonomía municipal afectaría a esos planes, pero no al art. 26.2 LBRL.

Finalmente, el TC declaró inconstitucionales las referencias del precepto al MHAP (que recibe la propuesta de la diputación y toma la decisión final), por razones competenciales.

cas de coordinación en sentido estricto. Desde esta constatación, sienta una doctrina general muy relevante sobre la competencia de coordinación de las diputaciones provinciales: por un lado, como ya sabemos, esta competencia instrumental forma parte del núcleo funcional característico de la diputación provincial; por otro lado, en tanto supone un límite efectivo a la autonomía municipal, está sujeta a condiciones. Estas condiciones son tres: 1) debe estar específicamente atribuida y suficientemente determinada; 2) debe responder a la protección de intereses supramunicipales; y 3) debe ser ponderada («debe asegurar que el grado de capacidad decisoria que conserve el municipio sea tendencialmente correlativo al nivel de interés municipal presente en el asunto de que se trate», con cita de la STC 154/2015). He aquí la ponderación, como parte del test de constitucionalidad de respeto a la autonomía municipal que debe superar la función coordinadora de las diputaciones. A partir de esa doctrina general, el TC analiza la previsión impugnada, pero no entra a ponderar (lo que a estas alturas ya tengo por habitual). Con carácter previo, entiende que la competencia coordinadora prevista en el precepto no está suficientemente determinada. No obstante, no condena el precepto. Excluye una interpretación que sí lo abocaría a ser vulnerador de la autonomía municipal, aquella según la cual correspondería a la diputación provincial determinar las decisiones coordinadoras. Hay una interpretación alternativa, a la que se acoge: estamos ante una previsión básica, necesitada de complementos normativos (autonómico o sectorial estatal) que, en todo caso, deben dejar márgenes de participación a los municipios. Esto es: de nuevo una «patada a seguir» (que se diría en el argot del rugby), de nuevo una norma competencial básica que, a priori, no es inconstitucional, depende de cómo se concrete.

En conclusión: la LBRL reformada por la LRSAL, en las normas que fijan los criterios de atribución de competencias a los municipios (art. 25) e incluso en las que les atribuyen directamente competencias (art. 7.4), no es susceptible de ser enjuiciada desde la ponderación. Tampoco en las normas que regulan las competencias verdaderamente coordinadoras de las diputaciones provinciales [art. 36.2.a)], al limitar el ejercicio de las competencias municipales. La ponderación se anuncia como test de respeto a la garantía constitucional de la autonomía municipal, pero no se aplica, precisamente por el carácter básico de la Ley, necesitada de una concreción normativa o ejecutiva posterior. Es esta concreción la susceptible de ser controlada desde la ponderación.

5

Algunas reflexiones y alguna propuesta

5.1

Las reflexiones

La doctrina de la garantía institucional alumbrada por el TC en 1981 fue útil para hacer frente a un problema concreto: defender una entidad local (la provincia) frente a su vaciamiento competencial por las comunidades autónomas. Sin embargo, una vez configurada la autonomía local en 1985, con la LBRL, pasaron a ser otros los problemas: preservar la esfera competencial de las comunidades autónomas frente a un legislador básico omniregulador (so pretexto de su condición de garante de la autonomía local) y viceversa, preservar la autonomía local concretada en la LBRL frente a la cicatería del legislador autonómico. Andando el tiempo, un buen sector doctrinal empezó a expresar críticas a la conceptualización de la autonomía local como garantía institucional¹⁵⁴. En la misma jurisprudencia del TC existe una clara tendencia a «desinstitucionalizar» la garantía y a llamarla garantía constitucional, como ya se ha señalado.

No seré yo quien me alce en defensa de la doctrina de la garantía institucional, tal como ha sido construida doctrinalmente, pero tampoco soy enemigo de ella. Tengo para mí que, de todas las objeciones que se han formulado contra la misma¹⁵⁵, hay algunas que me parecen sorteables. Me parece sorteable la objeción de la inexistencia en 1981 de una tradición de autonomía local de la que pudiera derivarse una imagen maestra que preservar. Es sorteable ahora, lógicamente, porque con el tiempo existe ya una imagen consolidada de los entes locales como entes dotados de autonomía. Pero creo que también era sorteable en 1981 (cuando no existía una tradición histórica de autonomía local), porque ni es indispensable ni, a veces, posible acudir a la tradición histórica para construir la imagen maestra de una institución prevista en la Constitución, especialmente en una Constitución como la nuestra que establece un nuevo modelo de organización territorial. La interpretación histórica es uno más de los elementos de interpretación de la Constitución como texto normativo –ni siquiera el más importante–; texto que, por otra parte, tiene sus propios criterios o principios de interpretación. La inexistencia de una imagen arraigada de una institución no puede ser obstáculo para construir

154. En la última década del siglo pasado, *vid.* FANLO LORAS (1990), ESTEVE PARDO (1991) o GARCÍA MORILLO (1998).

155. Véase un repaso a las mismas en VELASCO (2009), págs. 39-43.

conceptualmente una institución. Hay que despegarse de Schmitt. Es más, la imagen arraigada de una institución, caso de existir no puede convertirse en una servidumbre insalvable en el proceso de interpretación constitucional.

También me parece sorteable la objeción de la innecesariedad en el contexto de una Constitución normativa. La teoría de la garantía institucional surge en el marco de la Constitución de Weimar para proteger determinadas instituciones de su vaciamiento por el legislador, toda vez que la Constitución establecía una reserva de ley, pero no una garantía frente al legislador. Esto es, se trataba de salvar el déficit de normatividad de la Constitución. En esta tesitura, en una Constitución normativa, que tiene además quien defienda su normatividad suprema, parece innecesaria esta técnica de protección.

Es cierto que nuestra Constitución es plenamente normativa y tiene un TC que la defiende. Por cierto, también es plenamente normativa la Ley Fundamental de Bonn, en cuyo marco acogió el Tribunal Constitucional Federal alemán la garantía institucional de la autonomía local. Todos los preceptos de la Constitución gozan de garantía, si bien no de la misma garantía. Lo relevante es analizar la estructura de cada precepto constitucional para ver cuál es su eficacia normativa. Pues bien, la normatividad de la CE no hace perder potencia explicativa a la idea de garantía institucional: allí donde en la Constitución hay una institución, sus rasgos definitorios están garantizados, en los términos del precepto en que se contienen. Es posible ver la garantía institucional como una especie dentro del género «garantía constitucional».

Hay, sin embargo, una objeción más difícil de sortear. Se dice que la técnica de la garantía institucional tiene un sentido puramente negativo, es un límite a la actuación positiva del legislador¹⁵⁶. Así las cosas, mal puede ser la autonomía local límite al legislador si, dado el silencio de la Constitución sobre las competencias de las entidades locales, su configuración corresponde a aquel. Difícilmente puede haber un contenido competencial que respetar por el legislador si es este el que lo determina.

Es cierto que la garantía institucional, entendida, según la tradición, como límite negativo al legislador, es claramente insuficiente como técnica de protección de la autonomía local, pero solo en la vertiente competencial. En la vertiente organizativa, la CE ha configurado, aunque sea mínimamente, la autonomía local: ha determinado cuáles son las instituciones de gobierno de las entidades locales y ha exigido que sean representativas; en particular, ha determinado la composición de los ayuntamientos y ha exigido que su órgano representativo, el pleno, goce de legitimación democrática directa.

156. Entre los constitucionalistas, salvo error por mi parte, quien primero vio este problema fue GARCÍA MORILLO (1998), págs. 32 y ss.

Esto es, ha establecido una mínima estructura que puede operar como límite *negativo* frente al legislador regulador de la organización local. Además, de la conexión entre la autonomía local y el principio democrático es también posible extraer reglas estructurales que operan *ex Constitutione* como límite *negativo* al legislador. La idea de garantía institucional como límite negativo frente a la ley puede servir.

En lo que respecta a la vertiente financiera, hay que admitir que la CE ha dicho más bien poco (art. 142), pero sí lo suficiente el TC, que ha configurado la autonomía financiera de las entidades locales *ex Constitutione* como una norma de libertad: la CE garantiza la libertad de las entidades locales para establecer sus planes de ingresos y gastos. Ciertamente es una libertad limitable por el legislador (incluso muy limitable), pero justamente esta regla de libertad se erige en límite *negativo* frente al legislador: este puede limitar esa libertad pero hasta el límite de hacerla irreconocible. La idea de garantía institucional como límite negativo frente al legislador puede también servir y opera de forma parecida a como lo hace la garantía del contenido esencial para los derechos fundamentales de libertad¹⁵⁷.

Sin embargo, la idea de garantía institucional entendida en negativo apenas sirve para la vertiente competencial de la autonomía local. Aquí el silencio de la CE es total, más allá de la obviedad de declarar que las entidades locales gozan de autonomía *para la gestión de sus intereses* (art. 137). La CE no determina cuáles sean esos intereses, ni siquiera determina las reglas para determinarlos. El déficit de configuración es prácticamente absoluto. Sirva de consuelo que este mismo déficit también lo tiene la garantía del contenido esencial como técnica aplicable a los derechos fundamentales que consisten en un *hacer* (*normativo y/o ejecutivo*) de los poderes públicos (Ilámense estos derechos «de configuración» –v. gr., la tutela judicial efectiva– y/o «de prestación» –v. gr., el derecho a la educación–)¹⁵⁸. Las disposiciones constituciona-

157. En algún lugar [CIDONCHA MARTÍN (2005), págs. 397 y ss.] rebauticé estos derechos como derechos *absolutos*, porque no necesitan de la intervención del Estado para realizar el interés que incorporan. Frente a ellos, los derechos *relativos* sí exigen esa intervención: consisten en pretensiones frente al Estado. Estas pretensiones puede consistir en un *non facere* del Estado (v. gr., derecho a que el Estado no discrimine en la creación o aplicación de las normas), pero más habitualmente consisten en un *facere*. Este *facere* puede consistir en acciones normativas y fácticas: así ocurre con los llamados tradicionalmente derechos de *prestación*, como el derecho a la educación (que exige del Estado regulación y escuelas); pero puede consistir básicamente en acciones normativas: así ocurre con el derecho al ejercicio del cargo representativo, que impone al legislador una regulación que posibilite su ejercicio (exige competencias).

158. Los que he rebautizado como derechos *relativos* (*vid.* nota anterior). La intervención del legislador respecto de estos derechos es mucho más intensa que respecto de los derechos *absolutos*. Respecto de estos últimos, la intervención del legislador es esencialmente

les que los recogen contienen, en puridad, normas finalistas: la Constitución prescribe un fin (un hacer del Estado, esto es lo que preexiste al legislador), pero no los medios para alcanzarlo, esto queda dentro de la libertad del legislador. Y resulta notablemente problemático enjuiciar la constitucionalidad del grado de cumplimiento del legislador.

En el artículo 137 CE hay una norma finalista, un mandato constituyente a los poderes constituidos para dotar de competencias a las comunidades autónomas y a las entidades locales. Se trata de un mandato parcialmente concretado en la CE y que tiene un destinatario perfectamente identificado (el estatuto de autonomía) en el caso de las comunidades autónomas. Sin embargo, ese mandato no está concretado en absoluto en la Constitución en el caso de las entidades locales y, además, no tiene destinatario identificado. Ha sido el TC el que ha convertido al legislador básico *ex art. 149.1.18 CE* en destinatario primario, que no exclusivo.

Siendo esto así, la garantía institucional, entendida exclusivamente como límite negativo frente al legislador, sirve para poco. Es una garantía débil, porque no asegura frente a aquel un concreto ámbito material de competencias en favor de las entidades locales. Solo es eficaz en casos extremos y muy claros, como el resuelto por la STC 32/1981, en el que una ley autonómica pretendía vaciar por entero de competencias a las diputaciones provinciales en beneficio de la Generalitat, pero es ineficaz frente a un legislador básico que reduzca las competencias locales, siempre que se asegure de mantener un mínimo que, por otra parte, no está predeterminado en la Constitución. Esto hay que admitirlo.

Ocurre que la STC 32/1981 no solo construyó la garantía institucional de la autonomía local en negativo, sino también en positivo, algo que se olvida a los críticos de la garantía institucional. La autonomía local garantiza a las entidades locales no un haz de competencias determinado, pero sí el derecho a participar en cuantos asuntos sean de interés (exclusivo o preferentemente) local. Admito que esta garantía «en positivo», amén de que pueda ser considerada insuficiente¹⁵⁹, es problemática para el propio TC que la alumbró, pues le obliga a llevar a cabo dos tareas. La primera es identificar los asuntos

ordenadora, consiste en establecer las condiciones de ejercicio del derecho (ejercicio que ya es posible antes de esa intervención). Respecto de los derechos *relativos* que consisten en un hacer del Estado, la intervención del legislador es esencialmente configuradora, consiste primariamente en establecer las posibilidades de ejercicio del derecho (ejercicio que no es posible sin esa intervención). Solo después de fijado el ámbito de posibilidades será factible, e incluso conveniente, establecer condiciones de ejercicio.

¹⁵⁹. Véase, por ejemplo, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (1998) o GARCÍA ROCA (2000). Sobre esto vuelvo más adelante (5.2.3).

de interés (exclusiva o preferentemente) local con arreglo a algún criterio de identificación, algo que el TC no ha hecho. La segunda es establecer un criterio para evaluar respecto de cada asunto de interés local si se garantiza o no ese derecho de participación, algo que el TC sí ha hecho. Ese criterio era el relativamente sencillo del umbral mínimo y ahora es el más complejo de la ponderación. Ahora bien, la necesidad de determinar, precepto por precepto de esta u otra ley impugnada, cuándo se cumple ese criterio, ha llevado al TC a descender al detalle, y lo ha convertido en un intérprete de la ley más que en un intérprete de la Constitución. La sobrecarga de trabajo que ello ha supuesto y está suponiendo para el TC es indudable¹⁶⁰.

5.2

Una propuesta interpretativa

5.2.1

La premisa: garantía constitucional (mejor que garantía institucional) de la autonomía local, pero sabiendo qué es lo que se garantiza

La doctrina de la garantía institucional supone un esfuerzo loable por dotar de un contenido mínimo e inderogable a determinados preceptos constitucionales. Sucede que, en la jurisprudencia constitucional, la garantía institucional se ha convertido en un cajón de sastre en el que cabe todo: desde instituciones propiamente dichas (*v. gr.*, la familia o la Seguridad Social) hasta principios constitucionales (*v. gr.*, la publicidad procesal), pasando por los derechos fundamentales, que son cosas cualitativamente distintas¹⁶¹.

Una cosa es que el significado de los conceptos constitucionales básicos deba ser protegido frente al legislador y otra cosa es que todo concepto constitucional que se estime básico deba ser considerado una institución. Si convenimos en que una institución es una organización o una forma de organización (pública o privada, jurídica, social o económica), no lo es la publicidad procesal. En cambio, los municipios y provincias sí son formas de organización territorial reconocidas por la Constitución con fines de protección y, además, son piezas del modelo de organización territorial. Podrían ser catalogados como instituciones, aunque, en puridad, es más correcto reservar el calificativo para los ayuntamientos y las diputaciones provinciales. Municipios y provincias son, sin más, entidades territoriales garantizadas por la Constitución.

160. Invito al lector a leer, como ejemplo, la STC 57/2015.

161. CIDONCHA MARTÍN (2009), pág. 179.

Me quedo con la expresión «garantía constitucional», porque es la expresión que se está imponiendo en la doctrina y la jurisprudencia constitucional y porque, además, es una expresión menos problemática que la de garantía institucional. Un entendimiento puramente institucional de municipios y provincias dificulta, a mi juicio, la comprensión de la autonomía local como derecho, toda vez que sostengo (frente a la confusión en que ha incurrido la doctrina del TC) que garantía institucional y derecho fundamental no son categorías idénticas, aunque tampoco contrapuestas¹⁶². Creo que es posible configurar la autonomía local como un derecho subjetivo¹⁶³. Al fin y al cabo, la configuración como derecho está presente en el lenguaje del TC desde la sentencia 32/1981; y, como sabemos, el Alto Tribunal ha abierto la vía para una configuración de la autonomía local como garantía subjetiva, al ver en el conflicto en defensa de la autonomía local un conflicto subjetivo, en el que los legitimados interponen la demanda en defensa no de un interés general en abstracto, sino de sus competencias¹⁶⁴. Pero me vale también ver en la autonomía local un derecho «reactivo o reaccional», «es decir, un derecho de defensa, pues hay una serie de acciones judiciales ordinarias (el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa) y constitucionales (singularmente el conflicto en defensa de la autonomía local, pero también la cuestión de inconstitucionalidad) que permiten al municipio defender, aisladamente o asociado, su esfera de autonomía»¹⁶⁵. Llámese derecho subjetivo o derecho reaccional, lo que se esconde detrás de la garantía constitucional es una esfera de poder atribuida a las entidades locales (a cada una de ellas) o, en palabras del propio TC, un ámbito *subjetivo de autonomía* (STC 27/2016, fj 3) o de intereses propios [STC 107/2017, fj 2 c)].

Lo relevante no es, por tanto, el rótulo (garantía constitucional), sino lo que se garantiza. Respecto de los municipios y las provincias¹⁶⁶ lo que garantiza la Constitución es su autonomía. Pero, obviamente, sin garantía de existencia no puede haber garantía de autonomía. Previa a la garantía de la autonomía es la garantía de existencia de los municipios y provincias como entidades territoriales: garantía general, no individual. En palabras del TC, referidas al municipio, pero predicables también de la provincia, la garan-

162. *Ibidem.*

163. En la misma línea, VELASCO CABALLERO (2009), pág. 45.

164. *Vid.* apartado 3.6.

165. GARCÍA ROCA (2004-2008), pág. 21.

166. También las islas, aunque la autonomía de las islas es más bien una creación jurisprudencial. Me limitaré, por tanto, a hablar de municipios y provincias, en el bien entendido de que las instituciones de las islas (cabildos o consejos insulares) asumen la tarea de las diputaciones provinciales en las mismas.

tía (institucional) no puede preservar al municipio individualmente [STC 214/1989, fj 13 c)]. El legislador puede crear, modificar o suprimir municipios y provincias, pero no suprimir el municipio o la provincia como entidad local o diluirla para pasar a identificarse con otra entidad¹⁶⁷.

Presupuesta la existencia (general, no individual) de municipios y provincias, la Constitución garantiza un modo de existir específico: la autonomía para la gestión de sus intereses (art. 137). Esta se despliega en tres vertientes: organizativa, competencial y financiera. El contenido constitucionalmente protegido frente al legislador puede construirse como límite (en negativo) en la vertiente orgánica y financiera, pero no en la vertiente competencial. En lo que sigue, hago una propuesta en relación con la autonomía competencial de las entidades locales, más en particular, de los municipios.

5.2.2

La garantía constitucional de la autonomía competencial municipal: una propuesta

Mi propuesta exige tener muy presentes a los dos legisladores que concurren en la determinación de las competencias municipales, el legislador básico estatal y el legislador sectorial (autonómico y local). Estos dos legisladores no concurren, en la práctica, en la determinación del mínimo competencial de las provincias. Ese mínimo ha sido determinado y atribuido directamente por el legislador básico (art. 36 LBRL)¹⁶⁸.

¹⁶⁷. En lo que respecta a los municipios, la creación o supresión de estos, así como la alteración de los términos municipales, quedan dentro del ámbito de disponibilidad del legislador autonómico, respetando las normas básicas del art. 13 LBRL. Lo que queda fuera de la disponibilidad del legislador (autonómico o estatal) es suprimir el municipio como entidad local o diluirlo, vaciándolo de competencias. Justamente por ello, el art. 42.4 LBRL prohíbe que la creación de las comarcas suponga la pérdida por los municipios de su competencia para prestar los servicios enumerados en el art. 26, o de toda intervención en cada una de las materias enumeradas en el apartado 2 del artículo 25.

En lo que respecta a las provincias, la CE fija expresamente los límites: cualquier alteración de los límites provinciales deberá ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica (art. 141.1). Cabe crear o suprimir provincias, o alterar los límites provinciales, siempre mediante ley orgánica estatal. Lo que no puede ningún legislador (estatal o autonómico) es suprimir la provincia como entidad local o diluirla vaciándola de competencias. Esto es lo que dijo el TC en la sentencia 32/1981. Sobre el intento nada inconfesable del Estatuto catalán de eliminar la provincia como entidad territorial en Cataluña y sustituirla por la veguería, véanse los ff.jj. 39 a 41 de la STC 31/2010, acaso uno de los pasajes más alambicados de esa sentencia (un auténtico encaje de bolillos).

¹⁶⁸. Ese mínimo de competencias propias puede ser ampliado por el Estado o las comunidades autónomas, mediante ley.

a) *La garantía constitucional frente al legislador básico*

Al legislador básico estatal *ex. art. 149.1.18.^a CE* le corresponde la decisión política inicial de definir los asuntos de interés municipal, fijando las reglas de atribución de competencias y, como excepción, atribuyendo directamente competencias a los municipios, dentro de los límites marcados por la CE¹⁶⁹. El legislador básico es el configurador o, más abiertamente, el creador del sistema de atribución de las competencias municipales (también de las provinciales) a partir del mandato finalista contenido en el art. 137 CE. Sin su intervención no es posible el ejercicio de las competencias municipales.

Se comprenderá fácilmente que, frente al legislador básico, la garantía constitucional es forzosamente mínima. La CE solo le exige que dote a los municipios de un mínimo de competencias, indeterminado de antemano, pues es a él a quien corresponde determinarlo. Además, le exige que ese mínimo sea de competencias propias, esto es, ejercidas bajo la propia responsabilidad, lo que implica la prohibición sobre ellas de controles de oportunidad por otras Administraciones (salvo excepción justificada) o de controles de legalidad genéricos e indeterminados. Cumplido este mínimo, forma parte de la libertad del legislador básico ir más allá, hasta el límite que representan las competencias del Estado o de las demás entidades territoriales y, antes que eso, hasta el límite que representa su condición de legislador básico. Del artículo 137 CE se deriva un mandato de mínimos y una habilitación (limitada) de máximos¹⁷⁰.

169. Esto es, siempre que no suponga un obstáculo a las competencias autonómicas y con la finalidad de garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino (STC 41/2016, fj 9). Como ya he dicho, no parece que el art. 7.4 LBRL (competencias propias genéricas) cumpla con esa finalidad –*vid. nota 134*–.

170. No comparto la tesis según la cual de la CE se deriva un mandato de optimización o maximización de la autonomía local en sentido alexiano [en particular, de la autonomía municipal: VELASCO CABALLERO (2009), pág. 45]. Nunca me ha convencido la concepción de Alexy sobre los derechos fundamentales como principios y de estos como mandatos de maximización, por dos razones, que son trasladables al «principio» de autonomía local:

– En primer lugar, porque conduce a resultados contradictorios e ilógicos: puesto que no existe jerarquía entre los derechos fundamentales, los poderes públicos están obligados por igual a maximizar cada uno de ellos. Pero no es posible que uno esté obligado a la vez a maximizar la libertad de empresa y el derecho al trabajo, por poner un ejemplo. Tampoco es posible maximizar a la vez la autonomía de las entidades locales y la de las comunidades autónomas, ambas reconocidas en el art. 137 CE y potencialmente enfrentables.

– En segundo lugar, porque la idea de mandato de maximización afecta al principio democrático, al valor pluralismo político y a la libertad de configuración del legislador. La Constitución no es un manual de instrucciones, es un marco en el que caben políticas diversas, siempre dentro del respeto a ese marco. Así, el legislador es libre de dar más o menos cancha a la libertad de empresa o al derecho al trabajo, en función de su opción política. Si opta por maximizar la libertad de empresa, está obligado a respetar el mínimo de derecho al trabajo que constituye su contenido esencial. Y viceversa. Igualmente el legislador es –debe ser– libre para maximizar la autonomía local o, en particular, la municipal, más allá del mínimo

Sé que esto es decir poco y que solo en casos muy extremos de vaciamiento competencial se activaría la garantía constitucional. Pero creo que esta ha sido la voluntad del constituyente. Este repartió las competencias sobre los distintos sectores de la realidad entre el Estado y las comunidades autónomas, y corresponde (¡qué remedio!) al legislador la tarea de detraer de esas competencias las que han de pasar a las entidades locales.

El legislador básico ha cumplido con ese mandato de mínimos. Lo ha hecho teniendo en cuenta que su labor consiste principalmente en fijar las reglas de atribución de competencias, no en atribuir directamente competencias. En lo que hace a los municipios, ese mínimo está cubierto en el artículo 25.2 LBRL, cuando dispone que ejercerán en todo caso competencias propias sobre una relación de materias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas (competencias propias específicas); y en el art. 26.1, cuando declara determinados servicios de prestación obligatoria por los municipios. En los arts. 25.2 y 26.1 LBRL, el legislador ha creado las posibilidades de ejercicio de la autonomía municipal en la vertiente competencial, cumpliendo el mandato finalista del art. 137 CE.

Fuera del mandato de mínimos (constitucionalmente obligado), pero dentro de la habilitación de máximos (constitucionalmente permitida), sitúo la posibilidad de delegación de competencias a los municipios (art. 27 LBRL), pero también la habilitación del art. 7.4 LBRL para que los municipios ejerzan competencias propias genéricas¹⁷¹. También hay que situar fuera de ese mandato de mínimos las competencias propias específicas que el legislador sectorial (estatal o autonómico) quiera atribuir a los municipios¹⁷², más allá del mínimo establecido en el art. 25.2 LBRL.

constitucionalmente protegido (siempre dentro del respeto al límite que representan otros principios constitucionales –la unidad del Estado o la autonomía de las comunidades autónomas–), pero no está obligado a ello.

Creo, por tanto, que no hay nada en la CE que obligue al legislador a maximizar la autonomía local en general, ni la municipal en particular. Respecto de esta, el legislador está obligado a proveer de un mínimo de garantía y está habilitado para ampliar esa garantía.

171. Por ello creo –frente a lo que sostiene el TC– que no procede control (constitucional) de ponderación (desde la perspectiva de la autonomía local) de los informes de duplicidad de las Administraciones competentes para emitirlos. En mi opinión, las competencias propias habilitadas por el art. 7.4 LBRL caen fuera del mínimo protegido por la CE, aunque sí dentro del ámbito legalmente establecido por el legislador básico, más allá de ese mínimo. El control de los informes negativos de duplicidad a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa debe ser –a mi juicio– un control exclusivamente de legalidad. Y el control de la legislación autonómica de especificación del art. 7.4 LBRL que, en su caso, se dicte (y que recae en el TC), debe ceñirse a verificar si la ley autonómica respeta la Ley básica.

172. Quiera o deba, en desarrollo de las normas estatutarias que establezcan un plus de competencias mínimas obligatorias a favor de los municipios. Estamos aquí ante una garantía estatutaria, no constitucional. Dicho sea a partir de mi convicción (no secundada por el TC)

En conclusión, frente al legislador básico, el «derecho» de participación de las entidades locales garantizado por la CE es el **«derecho» a un mínimo de competencias propias**, pero no a un mínimo determinado (o determinable) en la CE¹⁷³. La determinación de este mínimo corresponde al legislador básico. Ese derecho ha sido satisfecho: el legislador básico ha ponderado los intereses locales, estableciendo un mínimo competencial para municipios (arts. 25.2 y 26.1 LBRL) y provincias (art. 36.1 LBRL) en cumplimiento del mandato constitucional, y ampliando ese mínimo en ejercicio de su democrática libertad de configuración. La exigencia de ponderación, en relación con la LBRL, se contrae a verificar si, globalmente, cumple con el mínimo constitucional (que lo cumple), no a evaluar cada una de sus disposiciones sobre atribución de competencias locales¹⁷⁴.

b) *La garantía constitucional frente al legislador sectorial (estatal o autonómico)*

El segundo legislador que concurre en la determinación de las competencias municipales es el legislador sectorial (estatal o autonómico). Su intervención es necesaria para hacer jurídicamente efectivo el art. 25.2 LBRL, no para hacer efectivo el art. 26.1 LBRL¹⁷⁵. A él corresponde atribuir las competencias propias específicas de los municipios, pero también regular sus condiciones de ejercicio. El legislador sectorial tiene libertad para establecer condiciones a esa atribución de potestades (al fin y al cabo, la materia es de su competencia), pero es una libertad limitable en garantía de la autonomía municipal. Aquí es donde debe entrar el escrutinio de la ponderación que ha construido el TC.

Ahora bien: ¿qué legislador sectorial está sometido al escrutinio de la ponderación? He aquí las consecuencias de escorarse hacia Escila o hacia Caribdis. Si el «derecho de participación» fuera una garantía exclusivamente legal, esto es, creada por el legislador básico (art. 2.1 LBRL), el escrutinio de la ponderación recaería exclusivamente sobre el legislador autonómico,

de que los estatutos de autonomía no son normas aptas para atribuir competencias a las entidades locales.

173. «Derecho» que los municipios pueden defender ante el TC coaligados en el conflicto en defensa de la autonomía local, frente a un legislador básico que reduzca las competencias municipales por debajo de ese mínimo (que corresponde determinar al TC en el caso concreto).

174. Como, a la postre, ha acabado admitiendo implícitamente el TC, excluyendo (de entrada o de salida) el test de ponderación del escrutinio de preceptos concretos de la LBRL [vid. el apartado 4.2.3.c)].

175. Ni el art. 7.4 LBRL. Aquí la intervención necesaria (previa y determinante) es de la Administración (la competente para emitir el informe de duplicidad –o no– y de sostenibilidad financiera –o no–).

obligado como está a respetar la normativa básica¹⁷⁶. Un escrutinio negativo conduciría a la inconstitucionalidad *mediata* de la ley autonómica, por infracción de la normativa básica establecida en el art. 25.2, en conexión con el art. 2.1 de la LBRL. Las cosas serían sencillas: el legislador básico determina cuáles son los intereses locales y el legislador autonómico se atiene a ellos. Pero no el legislador estatal sectorial, pues, por mucho que el preámbulo de la LBRL atribuya a esta una especial posición ordinamental, no es canon de validez de las leyes estatales. El legislador sectorial estatal quedaría fuera de las garras del legislador básico, de su mínimo competencial y de la exigencia de ponderación. Podría hacer lo que quisiera¹⁷⁷. Este sería el precio que pagaría la autonomía local por el escoramiento hacia el *Caribdis* de la deferencia al legislador.

Sin embargo, el TC no ha seguido esta interpretación, se ha escorado hacia el *Escila* de un control intenso y extenso de la Ley. En 1981, antes de la aparición de la LBRL, creó «por cesárea»¹⁷⁸ a favor de municipios y provincias un «derecho»: el derecho constitucional de intervención en cuantos asuntos afecten al círculo de sus intereses. Como tal derecho constitucional, vincula a todos los legisladores, incluido el legislador sectorial estatal. La ventaja de esta interpretación es que la autonomía local está protegida frente a dicho legislador, cuando atribuye competencias a los municipios. El problema es que el legislador sectorial sigue sin estar vinculado jurídicamente al legislador básico. El mínimo competencial del art. 25.2 LBRL, en cuanto norma básica, no le obliga jurídicamente a atribuir competencias a los municipios ni, por tanto, a ponderar. ¿Qué mínimo le vincula entonces? El que se ve obligado a construir el propio TC, y esto es también un problema para nuestro Alto Tribunal. ¿Qué materias son *ex Constitutione* de interés local? ¿Con arreglo a qué criterio son identificables? El TC ha guardado silencio

176. Recuérdese que en el preámbulo de la LBRL se dice que todo el sistema de atribución competencial se articula desde «el derecho de las corporaciones locales a intervenir, con la intensidad y el alcance máximos que permita la implicación relativa de los intereses de las diversas colectividades territoriales», en los asuntos de que se trate, de manera que se impone al legislador sectorial una ponderación de ese criterio.

177. La LBRL sería una suerte de *Ley paraguas* para el Estado (y, en el fondo, es lo que es). El legislador estatal, ni estaría obligado a atribuir competencias a los municipios *ex art.* 25.2, ni, en caso de que hiciera esa atribución, estaría obligado a hacer ponderación alguna.

178. Utilizo una expresión que oí una vez a un insigne jurista en relación con los derechos fundamentales. Este insigne jurista decía que hay derechos fundamentales que nacen de parto natural y otros por cesárea. Los primeros son los reconocidos expresamente por la CE. Los segundos son los creados por el TC a partir de la CE (*v. gr.*, el derecho a la protección de datos de carácter personal, extraído de un mandato al legislador *ex art.* 18.4 CE). Tengo para mí que el derecho de participación de las entidades locales en los asuntos que les atañen es un derecho de creación jurisprudencial.

hasta el momento, más allá de declarar que no es necesario argumentar que el urbanismo es un asunto de interés de los municipios¹⁷⁹.

A la dificultad de identificar *ex Constitutione* las materias de interés local se unen algunos efectos colaterales. El primero es la petrificación del ordenamiento. Identificada por el TC una materia como de interés local, queda fuera de la disponibilidad del legislador, que no puede eliminarla en uso de su libertad de configuración. El segundo es el de someter al legislador sectorial autonómico a un doble límite (el que se deriva de la legislación básica y el que se deriva directamente de la Constitución) probablemente redundante, porque el elenco de materias de interés local *ex lege* y *ex Constitutione* coincidirán en buena medida¹⁸⁰. En fin, la labor del legislador básico, como legislador configurador de la autonomía local, queda degradada, pues por encima de él se sitúa la configuración del TC, erigido en legislador positivo.

Es posible ayudar al TC en este viaje que ha emprendido hacia el *Escila* de un intenso y extenso control de la Ley. Parto de no poner en cuestión la construcción del TC: de la CE (arts. 137, 140 y 141) se infiere un «derecho» de participación o intervención de las entidades locales en cuantos asuntos afecten a sus intereses. Pero vamos a ahorrar al TC la carga de determinar esos intereses, pues no le compete. Esto es algo que el constituyente ha deferido al legislador básico, sin más exigencia que la de proveer de un mínimo competencial a las entidades locales. No existen intereses locales determinados (o determinables) en la Constitución. Las dimensiones de la constitucionalidad y de la legalidad están delimitadas: la primera comprende la exigencia de un mínimo (no determinado) de competencias propias (una exigencia de hacer), y la segunda comprende las normas de atribución de competencias de la LBRL.

Ahora bien, el que la identificación de los intereses locales quede en manos del legislador básico no implica que la exigencia de ponderación recaiga solo sobre el legislador autonómico. Esta carga recae también sobre el legislador sectorial estatal, porque es una carga que deriva directamente de la Constitución, no de la Ley básica. Ello es así porque los municipios **no** tienen *ex Constitutione* «derecho» a un elenco determinado de competencias

¹⁷⁹. El TC alemán ha sentado algunos criterios a partir del art. 28.2 GG, cuando manda garantizar el derecho de los municipios a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, *todos* los asuntos de la comunidad local. Para el TC, por asuntos de la comunidad local se entienden asuntos que afectan a los vecinos en su condición de tales. *Vid.* al respecto RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2010.

¹⁸⁰. Piénsese que el TC ha utilizado la LBRL como canon de interpretación para identificar el urbanismo como materia de interés local y para determinar el umbral mínimo de participación de los municipios en la realización de obras en puertos estatales (STC 40/1998, f.º 39) y aeropuertos estatales (STC 204/2002, f.º 13).

propias, pero **sí** tienen *ex Constitutione* «derecho» a ejercer ese elenco (el mínimo determinado por el legislador básico) **en condiciones respetuosas con su autonomía** (las que resultan –o deben resultar– de la ponderación)¹⁸¹.

Determinado por el legislador básico el cuadro de competencias que obligatoriamente han de ser atribuidas a los municipios, el legislador sectorial (estatal o autonómico), al regular su atribución, deberá hacerlo de forma respetuosa con la autonomía municipal, y es ahí donde aparece la ponderación. El escrutinio del legislador sectorial (estatal o autonómico) tendrá como parámetro directamente la Constitución y no la Ley básica¹⁸². Frente al legislador sectorial, sea estatal o autonómico, la garantía constitucional no es una garantía material (una esfera competencial determinada), sino de intensidad: un determinado nivel de intervención sobre el mínimo competencial atribuido por el legislador básico. Este nivel no puede determinarse a priori, solo cuando el legislador sectorial haya regulado y, obviamente, solo en el caso de que el asunto llegue al TC.

En tanto el TC no se pronuncie, se presume constitucional la regulación sectorial, y a ella deben atenerse los municipios, pero también los jueces, sujetos como están a la ley. Si los municipios entienden que la ley sectorial vulnera la garantía constitucional de la autonomía local, pueden coaligarse y promover un conflicto en defensa de la autonomía local. Si los jueces entienden lo mismo, deben plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad al TC. Lo que estos no pueden hacer es inaplicar la ley y hacer su propio juicio de ponderación. Si el legislador sectorial ha ponderado, el juez no puede sustituir la ponderación hecha por aquel por la suya propia¹⁸³.

Mi propuesta se sirve de la jurisprudencia del TC (que asume) y se proyecta sobre las competencias municipales, aquellas que requieren una legislación en dos tiempos, la básica y la sectorial. Creo que tiene algunas ventajas.

181. Obviamente, si el legislador sectorial no hace su trabajo, tenemos un problema, porque es a él a quien compete la atribución efectiva de la competencia. Acaso sea posible pensar que, ante el silencio del legislador sectorial, los municipios están habilitados a ejercer con la máxima plenitud posible el elenco competencial del art. 25.2 LBRL, a la espera de que el legislador sectorial se digne regular. A ello ayuda el que los municipios están habilitados directamente *ex art. 26.1 LBRL* a prestar determinados servicios que caen dentro de la esfera del elenco competencial del art. 25.2.

182. Lógicamente, el legislador sectorial autonómico deberá respetar también los requisitos de los apartados 3 a 5 del art. 25 LBRL. La cuestión es si esos requisitos vinculan jurídicamente al legislador sectorial estatal. Me temo que no, a menos que, siendo generosos, ampliemos el radio de acción de la garantía constitucional. Los municipios tendrían así «derecho constitucional» al mínimo competencial del art. 25 LBRL en las condiciones establecidas por ese artículo.

183. Otra cosa es que haya lagunas en la legislación, que es tanto como decir que el legislador no ha ponderado (o no ha ponderado lo suficiente). En este caso, sí creo que el juez está autorizado a interpretar el caso concreto directamente a la luz de la garantía constitucional.

Por un lado, exime al TC de llevar a cabo el trabajo que nunca ha hecho, el de identificar (con arreglo a algún criterio) las materias de interés municipal, con la consiguiente elevación a rango constitucional. Esa identificación está deferida por el constituyente al legislador básico. Por otro lado, permite el control de la legislación sectorial estatal. Es más, permite el control de toda la legislación sectorial, estatal o autonómica, a través del conflicto en defensa de la autonomía local, toda vez que el parámetro de control es claramente la CE y no la LBRL, a la que el TC niega la condición de parámetro de control en el citado conflicto, como ya sabemos. Se supera así una de las estrecheces que ha impuesto el Alto Tribunal al acceso a ese proceso constitucional¹⁸⁴.

5.2.3

Un apunte final: sobre la ponderación como método de control de la legislación sectorial y el Tribunal Constitucional

Decía páginas atrás que el TC ha efectuado un viraje en lo que hace al criterio o estándar de intervención local que debe respetar el legislador sectorial cuando atribuye competencias a los municipios. Ha pasado del criterio del umbral mínimo al criterio de la ponderación entre el interés local y el interés supralocal implicado. Si el umbral mínimo es límite fijo y generalizable, no ocurre lo mismo con el de la ponderación. El grado de intervención local garantizado constitucionalmente sobre cada materia es móvil, depende del peso que en el caso (legislativo) concreto tengan los intereses implicados. Pesar entre intereses (entre principios) es tarea difícil y tiene mucho (muchísimo) de discrecional. Además, la solución que se adopte para ese caso (legislativo) no es generalizable a casos (legislativos) distintos que se planteen en relación con la misma competencia, habrá que proceder a ponderar de nuevo. El TC se ha autocargado de un trabajo adicional al que ya tenía.

La ponderación como método interpretativo alternativo al tradicional (el de la subsunción) tiene partidarios acérrimos y detractores también acérrimos.

184. Soy consciente de que es una propuesta hecha «en el alambre», por así decirlo, pero, en el fondo, no más en el alambre que otras. Sé que el legislador sectorial estatal no está vinculado jurídicamente al legislador básico. Si un legislador sectorial estatal futuro sustrajera a los municipios alguna materia del art. 25.2 LBRL, nada podría hacerse. En el fondo, ello sería una reforma de la LBRL. La garantía constitucional que propongo no es operativa frente a la sustracción de competencias municipales, pero sí frente a la atribución de competencias municipales sobre las materias del 25.2 llevada a cabo por el legislador estatal sectorial. En relación con el elenco del art. 25.2 LBRL, el legislador estatal sectorial puede detraer a los municipios una competencia concreta y atraerla para sí (si está dentro del ámbito de sus competencias), pero no puede atribuirla a los municipios de cualquier modo.

mos. No entro en esta polémica¹⁸⁵. Asumo que el TC ha acogido este criterio para sí (como canon de control de leyes por vulneración de la autonomía local), y me pregunto si ha sido consecuente con lo que significa. Para ello, vuelvo sobre la STC 152/2016, en la que el Tribunal intenta precisar los pasos que implica la ponderación.

Importa conocer el caso concreto. Se trata de un conflicto en defensa de la autonomía local promovido por el Ayuntamiento de Abrucena y otros 111 municipios andaluces contra diversos preceptos de la *Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía*, por el único motivo alegable en este proceso: vulneración de la autonomía local. En su fj 4 el TC resume lo que llama «doctrina sobre las competencias locales». En lo que aquí importa, el TC, de modo un tanto reiterativo, declara que, a partir de los criterios generales sentados por el legislador básico estatal, corresponde a las comunidades autónomas especificar las atribuciones de los entes locales. En el ejercicio de esta tarea («a la hora de distribuir funciones») gozan de libertad de configuración, bien que no ilimitada. El límite está en la necesidad de asegurar en todo caso «el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración», lo que se traduce en la necesidad de graduar respecto de cada materia el alcance o intensidad de la intervención local, «en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales» implicados. Hasta aquí, nada nuevo¹⁸⁶.

En el fj 6, el TC procede a enjuiciar, a partir de esa doctrina general, un precepto impugnado de la Ley andaluza de aguas, el párrafo primero del art. 32.4: «Será obligatoria la gestión de los servicios del agua *dentro del sistema de gestión supramunicipal* del agua de uso urbano *cuando resulte necesario* por razones técnicas, económicas o ambientales y así es establezca mediante resolución motivada de la persona titular de la Consejería competente en materia de agua, *previa audiencia a los municipios interesados*» (las cursivas son mías). A juicio de los recurrentes, el precepto vulnera la autonomía local, pues condiciona el ejercicio de una competencia local a lo que disponga una resolución administrativa. En realidad, la presunta vulneración estriba en que

185. Un ejemplo –de altísimo nivel– de esta polémica en ATIENZA RODRÍGUEZ y GARCÍA AMADO (2016).

186. Repárese en que el TC dice que el legislador autonómico es libre para atribuir las competencias locales de diversas formas. La garantía constitucional de la autonomía local es límite al legislador, no directriz de actuación. Esto es: el legislador autonómico no está obligado a maximizar la autonomía local. Es libre de maximizarla o no, más allá del mínimo. Sucede que el mínimo que sirve de límite ha cambiado. Si antes era un límite fijo (el umbral mínimo) ahora es un límite móvil, que depende del peso de los intereses implicados.

se impone la gestión centralizada de un servicio que corresponde a los ayuntamientos si se da determinado supuesto.

Al enjuiciar este precepto, el TC intenta precisar el método de control en torno a tres pasos. Para el TC, corresponde determinar:

i) Si hay intereses supralocales que justifiquen que la Comunidad Autónoma haya dictado esa regulación.

El TC los encuentra: la existencia de competencias propias de la Comunidad Autónoma en materia de aguas, medio ambiente y régimen local en los términos previstos en los arts. 50, 57 y 60 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

En realidad, esto no es un juicio de ponderación, sino presupuesto del mismo (condición de posibilidad). Solo se puede ponderar entre dos «objetos». Si falta uno de ellos (los intereses supralocales) no hay posibilidad de ponderación.

Además, siempre que la Comunidad Autónoma sea competente sobre la materia habrá intereses supralocales en juego, lo que convierte en obvio este test: hay intereses supralocales siempre que la Comunidad Autónoma es competente, pero la Comunidad Autónoma solo puede regular las competencias de los municipios si es competente en la materia de que se trate. El juicio al que se refiere este paso no es, como digo, un juicio de ponderación, sino un juicio de competencia: ¿Es la Comunidad Autónoma competente sobre la materia? Si no lo es, no hay nada que ponderar, estaremos sencillamente ante una ley viciada de incompetencia. Si lo es, procede ir al paso 2.

ii) Si el legislador autonómico ha ponderado los intereses municipales afectados.

Para el TC, el legislador autonómico los ha ponderado en cuanto no excluye a los municipios de su derecho a intervenir en lo relativo a la gestión del agua y sus usos: se prevé la audiencia de las entidades afectadas tanto para la determinación del ámbito territorial de cada sistema supramunicipal que pretenda constituirse (art. 32.3) como para la prestación del servicio mediante la constitución de un sistema de gestión supramunicipal (art. 32.4).

Esto me recuerda al antiguo criterio, el del umbral mínimo. La gestión centralizada se impone a los municipios, den o no su conformidad, pero se les da audiencia antes. Basta con incluir algún tipo de participación, por débil que sea, para que se entienda respetado este paso.

En realidad, tampoco estamos aquí ante un juicio de ponderación, sino ante otro presupuesto de la misma. Procede ponderar entre intereses (locales y supralocales) en la medida en que la norma haya previsto la presencia de intereses locales. Si no la ha previsto, si los ha excluido,

tampoco se puede ponderar, porque nos falta uno de los elementos de la ponderación¹⁸⁷.

En conclusión, i) y ii) son pasos previos al juicio de ponderación. A través de ellos se identifican en el caso concreto los dos intereses que habrá que pesar en la ponderación propiamente dicha.

iii) Si el legislador autonómico ha asegurado un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses.

Aquí es donde debe entrar en juego la ley de la ponderación. Aquí es donde el TC debe fajarse y valorar el grado de afectación de los intereses en juego. A simple vista, el interés local resulta muy intensamente afectado: se priva a los municipios de la gestión individual de los servicios de agua y se les impone la gestión supramunicipal, sin más trámite que el de audiencia. El grado de satisfacción del interés supralocal debe ser, por tanto, muy intenso para superar el test de ponderación. Las razones que justifican la gestión supramunicipal del servicio de aguas han de tener mucho peso y esto hay que argumentarlo. El TC debe sopesar (en verdad, desde la más absoluta discrecionalidad).

A la hora de la verdad, el TC no sopesa. Se limita a declarar que la intervención local está asegurada, en la medida en que las entidades locales participan en la gestión del sistema supramunicipal a través de entes supramunicipales de base asociativa (art. 14.1 de la Ley andaluza de Aguas) o, indirectamente, a través de las diputaciones; y participan también en la ejecución de las infraestructuras de aducción y depuración mediante los correspondientes convenios con la Junta de Andalucía (art. 31.1). Nada dice el TC acerca de si esa intervención *es o no tendencialmente correlativa a la intensidad de los intereses* afectados. Esta argumentación no añade nada nuevo a la propia del criterio del umbral mínimo de participación.

En realidad, los verdaderos argumentos los encontramos después. El TC hace un quiebro y concluye que el art. 32.4 no vulnera la autonomía local por dos razones:

1) Porque no impide o hace inviable la prestación por los municipios de los servicios de su competencia. Esto es, no se vacía de contenido la com-

¹⁸⁷. Si la norma no ha previsto la presencia de los intereses locales (por muy débil que sea), entiendo que tampoco se pasa al tercer paso y el precepto es inconstitucional. Si estoy en lo cierto, este paso cobra importancia porque garantiza, en todo caso, un mínimo de participación local (por débil que sea). Esto es algo que no asegura la ponderación (y es una de las críticas que se formulan a la misma como método de interpretación): si el grado de importancia de la satisfacción de uno de los principios es muy relevante, el sacrificio del otro puede ser tal que no quede prácticamente nada de él. La ley de la ponderación puede conducir en algún caso al sacrificio total del principio limitado, cuando la intervención legislativa se muestre suficientemente justificada en aras de la satisfacción del otro principio.

petencia local, como se declara dos párrafos antes: «No se priva a los municipios de la titularidad de sus competencias pues el precepto se refiere a la forma de “gestión de los servicios del agua de los municipios”, con lo que se atiende a intereses supramunicipales sin dejar de tomar en consideración los municipales».

2) Porque el derecho a intervenir se instrumenta a través de los cauces señalados, que se dan por suficientes, máxime teniendo en cuenta que «las competencias municipales sobre abastecimiento de agua no deben abarcar siempre la totalidad de las facultades posibles, al tratarse de una responsabilidad compartida entre los distintos niveles competenciales».

Esto son los argumentos relevantes. Como se ve, poco tienen que ver con los propios de la ponderación. El primero es el argumento de la dimensión negativa de la garantía institucional, plasmado en el f.º 3 de la STC 32/181: el legislador puede disminuir o acrecentar las competencias locales, pero no eliminarlas por entero, y su debilitamiento solo puede hacerse con razón suficiente¹⁸⁸. El segundo es el argumento de la dimensión positiva de la garantía institucional plasmado en el f.º 4 de esa misma sentencia (la autonomía local como derecho de participación) y precisado con el argumento del umbral mínimo de participación, plasmado en la STC 159/2001. Se anuncia ponderación, se precisa en qué consiste (sin excesivo acierto), pero al final no se aplica.

No es riguroso el TC al decirnos que su test de control de la garantía de la autonomía local es la ponderación, si realmente no lo aplica con todas sus consecuencias. Pero pienso que hace bien en no aplicarla con todas sus consecuencias, y que haría bien en simplificar el test de control del legislador sectorial, cuando atribuye y regula el ejercicio de competencias a los municipios. El viaje hacia el Escila de un intenso control de la ley que emprendió en 1981 es ya lo suficientemente problemático como para añadirle los problemas argumentativos que comporta la ponderación, tomada en serio. Creo, a la postre, que los razonamientos verdaderamente empleados en la STC 152/2016 son coherentes con su entendimiento de la autonomía local como garantía de mínimos: respetar la libertad del legislador sectorial competente para regular las competencias municipales, siempre que la limitación que de esa regulación derive responda a una finalidad razonable, no vacíe la competencia municipal y se garantice un

¹⁸⁸. En el párrafo último del f.º 6 de la STC 152/2016, que estoy comentando, se dice: «Además ha de repararse en que, conforme al propio tenor literal del precepto (impugnado), la decisión ha de estar justificada en razones técnicas, económicas o ambientales, las cuales han de ser valoradas caso por caso y expuestas en una resolución motivada».

mínimo de intervención a los municipios¹⁸⁹. Lo que no es coherente es llamar a esto ponderación.

Cuestión distinta es si este entendimiento minimalista de la autonomía municipal es el que se merecen los municipios, entidades territoriales cuyos órganos de gobierno gozan de legitimación democrática directa y en los que, al fin y al cabo, se desarrolla el día a día de nuestra existencia. En puridad, es a lo que aboca la concepción de la autonomía local como derecho de participación; una concepción que, no nos engañemos, deja a la autonomía municipal en una posición muy vulnerable frente al legislador sectorial, el configurador en última instancia de la misma. Como se ha dicho gráficamente, «participar en todo es no tener competencia en nada», siendo así que «el espacio local queda en manos de las llamadas –mediante un eufemismo– “leyes sectoriales”», lo que es algo así como «dejar las ovejas al cuidado del lobo»¹⁹⁰. Tanto la doctrina del umbral mínimo como la de la ponderación son poca garantía, si se parte de ese entendimiento minimalista frente al legislador sectorial. La garantía constitucional de la autonomía local lo aguanta (casi) todo.

En descargo del TC puede alegarse que no es mucho lo que podía hacer ante el absoluto silencio de la CE sobre las competencias locales, y ante el hecho de que el legislador básico dejó en manos del legislador sectorial la atribución del núcleo duro de las competencias municipales¹⁹¹. Sin embargo, ya puestos a practicar el activismo jurisdiccional, acaso podría sugerirse a nuestro TC una lectura más generosa de la autonomía municipal, sirviéndose de las posibilidades que le ofrece la Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL), a la que ha acudido en algunas ocasiones como herramienta interpretativa para iluminar la autonomía local¹⁹².

189. Véase también la STC 45/2017, f.º 3.b). En ella se declara que el art. 92 bis LBRL, introducido por la LRSAL, restringe, pero no anula por completo, la capacidad decisoria de los entes locales en lo que atañe a la selección y a las tareas administrativas relacionadas con los funcionarios con habilitación de carácter nacional; y, además, responde a finalidades constitucionales legítimas.

190. GARCÍA ROCA (2004-2008), pág. 18.

191. A su vez, en descargo del legislador básico es posible argüir también que se ha hecho lo que se ha podido (y más). La Constitución repartió la tarta competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, y se olvidó de las entidades locales. En esta tesitura, bastante es que una ley ordinaria mande al Estado y a las comunidades autónomas atribuir competencias a los municipios, trayéndolas de las suyas propias (constitucional o/y estatutariamente establecidas), e, incluso, atribuya directamente competencias a los municipios en ámbitos de competencia estatal o autonómica. Todo ello al amparo de un título competencial (el del art. 149.I.18.ª CE) que se ha estirado como un chicle para hacerle decir que en él están incluidas como submateria las bases del régimen local y, dentro de ellas, la garantía de la autonomía local.

192. Es el caso de la STC 233/1999 (f.º 11), en la que el artículo 9.3 CEAL sirvió al TC para precisar la autonomía tributaria local protegida por la CE. Es también el caso de la STC 132/2012 (f.º 4): en ella dice el TC, en línea con jurisprudencia precedente (STC 240/2006,

En la Carta, yendo más allá de la proclama del llamado principio de subsidiariedad o de proximidad (art. 4.3), se dice que «las competencias encomendadas a las entidades locales, deben ser normalmente plenas y completas», aunque se añade –ciertamente– que «no pueden ser limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la Ley» (art. 4.4). ¿Por qué no dar la vuelta a las cosas? ¿Por qué no podría el TC entender que el derecho de participación *ex art. 137 CE* implica *prima facie* que los municipios tienen derecho a ejercer plenamente las competencias que constituyen su mínimo constitucionalmente protegido¹⁹³? ¿Por qué no entender que el legislador sectorial puede limitar ese amplio contenido, pero solo con justificación rigurosa¹⁹⁴? La garantía constitucional ya no consistiría en un contenido mínimo de autonomía local frente al legislador sectorial, sino en un contenido amplio *prima facie*, eso sí, acotable al mínimo competencial constitucionalmente protegido y limitable, pero con justificación rigurosa. Es otra lectura, tan susceptible de críticas como la que sostiene ahora el TC, pero tan posible como esta¹⁹⁵.

fj 8), que «puede hablarse de similitud de la noción [de autonomía local] elaborada por este Tribunal con la acogida en la Carta Europea de Autonomía Local». E incluso más contundentemente, en la sentencia 148/2012 (fj 15), el TC no es que encuentre similitud, es que directamente hace suya la noción de autonomía local del art. 2.1 de la Carta: «[...] el contenido de la autonomía local “se concreta en 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” (por todas, STC 204/2006, de 20 de julio, fj 8)».

La literatura sobre la Carta es abundantísima. Entre las monografías que se han ocupado de ella, valga, como muestra, CAAMAÑO (2003), LASAGABASTER (2007) y, más recientemente, ALMEIDA (2016).

193. Mínimo indeterminado en la CE y determinado por el legislador básico, como ya he dicho, y que integran las competencias propias específicas obligatorias del art. 25.2 LBRL y, dentro de ellas, los servicios obligatorios del art. 26 LBRL. *Vid.* apartado 5.2.2.

194. Otra cosa es qué se ha de entender por justificación rigurosa. Creo que si se entiende que el contenido de la autonomía local sobre la materia es *prima facie* un contenido amplio, aunque limitable por el legislador sectorial, nada obstaría a la aplicación del principio de proporcionalidad al completo [en defensa de la aplicación de este principio, *vid.*, por ejemplo, ORTEGA (1997); en contra, SARMIENTO (2003)]. Pero a mí me vale con someter al legislador a un doble control: en primer lugar, verificar que la limitación responde a una finalidad razonable de protección de intereses supralocales; y, en segundo lugar, verificar que la limitación no va más allá de lo necesario para la protección de ese interés supralocal.

195. Una lectura de la autonomía local en este sentido, en GARCÍA ROCA [2000 y 2004-2008]. Insisto en que no es una lectura que obligatoriamente se infiera de la CE, pero sí que es posible. Insisto también en que esta lectura posible la acoto al mínimo competencial constitucionalmente protegible. No sostengo la tesis de la competencia universal de los municipios, limitable por ley.

Por lo demás, no es contradictorio sugerir esta lectura y descreer al mismo tiempo de la idea de «mandato de maximización» (*vid.* nota 170). Repárese en que la autonomía municipal amplía *prima facie* que se sugiere no se predica de todas las competencias municipales, sino solo de su núcleo mínimo constitucionalmente protegido (no me cansaré de repetirlo).

6

A modo de epílogo

En 1981, el TC se enfrentó a un caso: una ley transfería a la Generalitat las competencias de las diputaciones provinciales catalanas. Era un caso claro de vaciamiento competencial, era un caso claro de lesión de la autonomía para la gestión de los intereses provinciales garantizada en el art. 137 CE. El TC declaró lo que era obvio: que esa Ley eliminaba prácticamente por entero las competencias provinciales. Podía haberse quedado ahí. Podía haber pensado que no le competía a él resolver los silencios del constituyente. Sin embargo, quiso ir más allá y emprendió el viaje hacia la construcción en positivo de la autonomía local.

De ese viaje y de las dificultades que ha implicado trata este artículo. Es muy de valorar el esfuerzo hecho por el TC, con sus deficiencias, las propias de toda obra humana. Pero, como no se critica a quien no se respeta —y yo respeto mucho al TC—, en este artículo también se desliza la crítica, aunque constructiva. A tal efecto, alguna propuesta he aportado que, sin duda, merecerá a su vez reproches, porque se mueve «en el alambre», dada las insuficiencias de nuestro texto constitucional. En esta materia, no es fácil hacer otra cosa que funambulismo jurídico-constitucional.

En defensa del TC, digo que estoy en contra de una cierta idea cabalística de la Constitución, como un texto en el que está todo, solo que oculto detrás de lo que se dice expresamente, de manera que basta con desvelarlo. No es esto: el constituyente ha guardado silencio sobre muchas cosas y, si lo ha hecho, no debemos presumir *ipso facto* que detrás del silencio haya otra cosa que no sea la deferencia al legislador. También estoy en contra de cierta idea del TC como un titán que todo lo puede. Tampoco es esto: el TC no puede ni debe hacer el trabajo que no hizo el constituyente, pero tampoco el trabajo que debería hacer eso que llamamos «poder constituyente constituido», el poder de reforma. Flaco favor le ha hecho al TC la inactividad de ese poder.

Además (y este es el argumento relevante), no se manda al legislador sectorial que optimice la autonomía municipal, sino que se le prohíbe que limite su ámbito (*prima facie* amplio) injustificadamente.

A la postre, en lugar de proclamar un derecho genérico (el derecho de participación en todos los posibles asuntos de interés local), quizá sea más respetuoso con la autonomía municipal acotar ese derecho a un mínimo competencial (el que se decida políticamente), pero dándole un contenido amplio (*prima facie*). Los municipios deberían poder ejercer con razonable amplitud las competencias que integran ese mínimo, deberían poder llevar a cabo políticas propias sobre ellas y no limitarse a administrarlas en los estrechos márgenes impuestos por el legislador sectorial. Como contrapartida, existe un amplio margen constitucional para reforzar legislativamente los controles (externos e internos) sobre el ejercicio de esas competencias.

Con la anterior reflexión estoy invitando a hacer reformas constitucionales, más que a seguir la senda del activismo jurisdiccional y doctrinal. Es más que conveniente abordar reformas en la organización territorial de nuestro Estado y esas reformas no pueden olvidar a las entidades locales, que son parte de esa organización. En particular, sería bueno que la Constitución dejase de guardar silencio sobre las competencias de las entidades locales. Algunas propuestas sensatas se han hecho y pueden hacerse. Yo mismo me animaría a ello, pero me detengo. No está obviamente en mis modestas manos, ni en las de los juristas, reformar la CE, sino en las de los políticos, y los esfuerzos inútiles producen no ya melancolía, sino una profunda irritación. ¡Ojalá esté equivocado!

7

Bibliografía citada

- ALEXY, R. (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALMEIDA CERREDA, M. (2016): «El XXX Aniversario de la Carta Europea de Autonomía Local: justificación y explicación del análisis comparado de su aplicación en España y Portugal». En *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, n.º Extra 1.
- ARAGÓN REYES, M. (2011): «Autonomía local». En Aragón Reyes, M. (dir.) y Aguado Renedo, C. (coord.): *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. II, Civitas-Thomson Reuters.
- ARROYO GIL, A. (2016): «Autonomía local. Una reflexión constitucional». En Tudela Aranda, J. y Garrido López, C. (coords.): *La organización territorial del Estado, hoy. Actas del XIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch.
- ARROYO GIL, A. (2016 bis): «Otra vuelta de tuerca a la autonomía local. Breve comentario a las SSTC 41/2016, de 3 de marzo, y 111/2016, de 9 de junio». En *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y GARCÍA AMADO, J. A. (2016): *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis.
- BOIX PALOP, A. (2017): «El régimen local tras el fracaso de la reforma de 2013». En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 68.
- CAAMAÑO, F. (coord.) (2003): *La autonomía de los entes locales en positivo*, Fundación Democracia y Gobierno Local.

- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (1998): «El debate sobre la autonomía municipal». En *Revista de Administración Pública*, n.º 147.
- CIDONCHA MARTÍN, A. (2005): «El control del Gobierno desde la perspectiva del parlamentario individual». En Aragón Reyes, M. y Gómez Montoro, A. J. (coords.): *El Gobierno. Problemas constitucionales*, CEPC.
- CIDONCHA MARTÍN, A. (2009): «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial». En *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23.
- DÍAZ LEMA, J. M. (2016): «La STC 41/2016: aval del Tribunal Constitucional a las medidas relativas a la planta local y a la reordenación de las competencias locales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre». En *REDA*, n.º 181.
- ESTEVE PARDO, J. (1991): «Garantía institucional y función constitucional de las bases del régimen local». En *REDC*, n.º 31.
- FANLO LORAS, A. (1990): *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales.
- FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A. (2014): «La reordenación de las competencias municipales: ¿Una mutación constitucional?». En *Anuario del Gobierno Local 2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic.
- GALÁN GALÁN, A. (2015): «La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». En *REALA*, n.º extraordinario.
- GARCÍA MORILLO, J. (1998): *La configuración constitucional de la autonomía local*, Marcial Pons.
- GARCÍA ROCA, J. (1997): «Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional». En García Roca, J. y otros: *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*.
- GARCÍA ROCA, J. (2000): «El concepto actual de autonomía local según el bloque de la Constitucionalidad». En *REALA*, n.º 282.
- GARCÍA ROCA, J. (2004-2008): «Un bloque constitucional local conforme al principio de subsidiariedad (un desarrollo constitucional pendiente)». En *REALA*, n.º 294-295.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1998): «Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el Derecho español». En *REDC*, n.º 53, págs. 33 y ss.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2007): *La Carta Europea de la Autonomía Local*, Iustel.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2015): *Manual de Derecho Local*, Iustel.

- MATIA PORTILLA, F. J. (2014): «La autonomía local en tiempo de crisis (una valoración crítica de algunos contenidos de la Ley 27/2013)». *Working Papers 02*.
- MEDINA GUERRERO, M. (2003): «La garantía constitucional de la suficiencia financiera de las entidades locales». En *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 1.
- MEDINA GUERRERO, M. (2014): *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel (3.ª ed.).
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. I. (1997): «El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local». En *Anuario del Gobierno Local 1997*.
- PAREJO ALFONSO, L. (1981): *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios Locales.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a (2010): «Alemania». En Velasco Caballero, F. (dir.): *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados*, Generalitat de Catalunya-Institut d'Estudis Autònòmics.
- RUIZ-RICO RUIZ, C. (2017): *Reforma de la Administración Local y problemática jurídico constitucional*, Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1990): *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2001): «Artículo 75 bis». En Requejo Pagés, J. L. (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, págs. 1175 y ss.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2011): «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración Local». En Muñoz Machado, S.: *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel (3.ª ed.), págs. 337 y ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1982): «Notas sobre la sentencia de las Diputaciones Provinciales». En *REDC*, n.º 6.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014): «El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge». En Santamaría Pastor, J. A. (coord.): *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- SOSA WAGNER, F. (2005): *Manual de Derecho Local*, Aranzadi.
- TOSCANO GIL, F. (2014): «El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». En *REDA*, n.º 165.
- VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho Local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons.
- VELASCO CABALLERO, F. (2011): «Conflictos en defensa de la autonomía local». En Muñoz Machado, S.: *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel (3.ª ed.), págs. 605 y ss.

- VELASCO CABALLERO, F. (2011 bis): «Régimen local en el Estatuto catalán tras la STC 31/2010». En *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 13.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014): «Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». En *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 8.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014 bis): «El nuevo régimen local general y su aplicación diferenciada en las distintas comunidades autónomas». En *Revista catalana de dret públic*, n.º 48.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014 ter): «Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». En Santamaría Pastor, J. A. (coord.) (2014): *La reforma del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 75 y ss.

Una concepción sustancialista del contrato público

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alicante*

1. Cambio de paradigma
2. Históricamente el quid está también en la legalización de la fase de adjudicación
3. Prerrogativas y selección del contratista desde el punto de vista de la figura del contrato administrativo
4. El carácter «privado» del contrato se manifiesta, en cambio, en el momento de la selección del contratista
5. Conclusiones

Resumen

Este trabajo difunde una posición doctrinal sobre el contrato público, basada en una posible concepción sustancialista del contrato referido, a fin de adaptar la figura del contrato público a la nueva realidad jurídica cuya ratio ha pasado a ser la legalización de la fase de adjudicación.

Palabras clave: *concepciones sobre el contrato; posible teoría sustancialista; cambio de paradigma; historia del contrato administrativo; adjudicación; prerrogativas; derecho comparado.*

A substantial concept of a public contract

Abstract

This article explores a doctrinal attitude towards a public contract based on its substance. The article pursues to adapt public contracts to a new

Artículo recibido el 25/09/2017; aceptado el 29/09/2017.

legal reality which rotates around the legalization of the adjudication phase.

Keywords: nature of public contracts; substantial theory; paradigm change; history of the administrative contract; adjudication; prerogatives; comparative law.

1

Cambio de paradigma

Al igual que la teoría francesa del servicio público marcó en su día la problemática sobre la figura contractual administrativa, hoy se manifestarían otros hechos igualmente relevantes –las directivas comunitarias– que exigirían una nueva reflexión sobre la figura del contrato administrativo.

Es bien conocido que durante el siglo XIX el origen del contrato administrativo obedece a meras razones de pragmatismo procesal¹, a la atracción concretamente por la jurisdicción contencioso-administrativa de las causas suscitadas por algunos contratos que celebraba la Administración pública. Este fenómeno ha venido considerándose a nivel europeo una tipicidad en cuanto sustrae, del régimen ordinario de derecho común o civil, los contratos más característicos de la Administración (en otros países del continente –Alemania, Italia, Holanda, Austria– no se generó un contrato administrativo).

La llamada Escuela de Burdeos llegó no obstante a propugnar la existencia de un contrato administrativo por naturaleza. Esta tesis sustancialista o sustantivadora partió de que «el derecho administrativo se explica como un derecho especial de los servicios públicos, compuesto de reglas exorbitantes del derecho común surgidas e impuestas por y para la gestión de servicios públicos»², siendo fácil deducir entonces la consecuencia para los contratos

1. Véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. I*, sucesivas ediciones, más recientemente ed.17 (2015), pp. 715 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1962, pp. 257 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960.

2. Para un estudio en profundidad de estas doctrinas, «sustancialistas» en términos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. I*, sucesivas ediciones, más recientemente ed.17 (2015), pp. 715 y ss.; véanse, igualmente, R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1995, p. 456; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil...*, ob. cit.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes...*, ob. cit.; E. RIVERO YSERN, «El contrato administrativo ante las jurisdicciones contencioso-administrativa y civil», *RAP*, n.º 67, 1972, pp. 197 y ss.; S. FANTINI/H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 2017.

de la Administración: la representación por la Administración del interés general en la realización de los servicios públicos implica el disfrute de privilegios o prerrogativas en la contratación³. Este planteamiento ha llegado a provocar finalmente equívocos en el derecho administrativo.

Interesa en este trabajo destacar los términos del debate sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo: como la teoría sustantivadora o sustancialista del contrato administrativo se basa esencialmente en la existencia de un régimen de prerrogativas como realidad propia del contrato administrativo (tomando como referencia la conexión esencial entre el contrato administrativo y la realización de servicios o fines públicos)⁴, entonces quienes procuran la equiparación entre ambas formas contractuales se basan en el loable fin de procurar la «igualdad» jurídica de las partes del contrato (ABELLA, etc.) y en la «accidentalidad de la jurisdicción», mientras que quienes evitan la equiparación entre contrato administrativo y contrato civil se basan en que los primeros tienden a garantizar intereses públicos, o servicios públicos (DELGADO, 1883, etc.)⁵. La negación de la teoría sustancialista del contrato administrativo se apoya en que la prerrogativa no consigue ser un elemento esencial del contrato administrativo, procurándose de esta forma, meritoriamente, una definición paritaria de los derechos de las distintas partes del contrato. En todo caso, el régimen de prerrogativas se convierte en un objeto esencial o preferente del estudio del contrato administrativo, tanto para quienes afirman de esta forma la esencialidad de este tipo de contratos, como para aquellos que procuran limitar o atenuar dicho régimen buscando sus límites jurídicos y las garantías en favor de los particulares contratistas.

3. Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. I*, sucesivas ediciones, más recientemente ed.17 (2015), pp. 715 y ss.; véanse también J. M. AUBY/R. DUCOS-ADER, *Grands services publics et entreprises nationales*, París, 1973, p. 9; A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1957, pp. 30 y ss.; J. CHEVALIER, *Le service public*, París, 1971, pp. 50 y ss.; además de L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1928, II; R. BONNARD, *Précis élémentaire de Droit administratif*, París, 1926; etc.

4. Estos son asimismo *grosso modo* los términos del debate sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo en las obras clásicas del derecho español, con independencia de los distintos matices; pueden verse recogidas en: R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los Contratos Administrativos*, Madrid, 1927, pp. 3 y ss., quien además apunta: «El servicio público domina íntegramente a la Administración o, de otra manera, aquella no tiene otra misión que asegurar la realización de los servicios públicos y de ellos deriva (sic) todas sus facultades y para ellos las ejercita. Si todo el contrato administrativo tiene por objeto un servicio público la idea de su realización domina a la entidad administrativa y por tanto será consecuencia ineludible la de que al contrato habrá que darle toda la flexibilidad necesaria para que la Administración pueda cumplidamente y con toda eficacia realizar los servicios públicos».

5. Referencias que tomo de FERNÁNDEZ DE VELASCO, *cit.*; véanse también C. GARCÍA OVIEDO/E. MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, p. 386; S. ÁLVAREZ-GENDÍN, *Teoría jurídico-administrativa del servicio público*, Madrid, 1944.

Se procura en todo caso la mayor aproximación posible del régimen jurídico del contrato administrativo al propio del contrato civil. En este contexto, es un avance jurídico negar la esencialidad del contrato administrativo frente al contrato civil. En conclusión, en el derecho español llega entonces a ser opinión mayoritaria la que niega la existencia de un contrato administrativo por naturaleza; más bien se afirma que el contrato administrativo no es más que una modulación de la figura del contrato de derecho común en consideración al hecho de la presencia de la Administración como sujeto contratante.

Pues bien, conforme a la evolución de los contratos públicos durante los últimos años sometemos a debate si no es posible revisar la tesis sobre la naturaleza jurídica del contrato público. Si existe algo que marca o define las reformas legislativas de los últimos años, en materia de contratación pública, esto parece ser la insistente y progresiva afirmación de criterios de legalidad en la fase de adjudicación de los contratos de la Administración y demás entidades que realicen funciones de interés general. Las directivas comunitarias, lejos de simpatizar con la ratio del contrato privado de la Administración, han reforzado la validez del contrato administrativo como figura contractual que mejor se amolda al propósito esencial de las directivas que es la sujeción a derecho de la voluntad contratante, llegando a provocar aquellas la *iuspublicación* (material y procesal) del régimen contractual de la Administración en aquellos países donde regía el principio de libertad de selección del contratista, característico de estos sistemas contractuales de derecho común.

En gran medida las directivas comunitarias, después de haberse enfrentado decididamente con el principio de libertad de selección del contratista característico de los sistemas civiles de contratación de la Administración, no han hecho sino poner en evidencia una realidad que es la esencialidad misma del contrato administrativo desde siempre (a pesar de haber pasado algo desapercibida esta virtualidad del contrato administrativo frente al contrato civil), esto es, la sujeción de la voluntad contratante a criterios de legalidad administrativa, dato que no solo refuerza la validez del contrato administrativo en el contexto europeo, sino que también pone de manifiesto su virtualidad y esencialidad frente al contrato civil. El efecto de las directivas comunitarias en cada Estado miembro ha sido más o menos intenso en función de la mayor o menor proximidad al régimen contractual público (que siguen las directivas comunitarias). La repercusión ha sido por tanto más intensa en los derechos que tradicionalmente partían de la incardinación de la forma contractual dentro del derecho privado. Tras las directivas comunitarias el principio de libertad de selección de contratista, característico de estos sistemas de contratación civil de la Administración, ha desaparecido en la contratación adminis-

trativa de los Estados miembros, por encima de los umbrales que informan de la aplicación de dichas directivas comunitarias.

En un plano teórico, formal o *legislativo*, el derecho español de contratación administrativa presenta un especial desarrollo de la forma contractual administrativa quizás tradicionalmente por delante del propio derecho francés, donde pueden identificarse tradicionalmente algunas lagunas en cuanto a la afirmación de los principios de publicidad y concurrencia y vinculación a la mejor oferta (es decir, precio más bajo u oferta económicamente más ventajosa) en el ámbito de la contratación de la gestión de servicios públicos. Seguramente esto explique que las directivas comunitarias no hayan significado una alteración de las bases jurídicas sobre las que en el derecho español se asienta el contrato administrativo. Aquellas han repercutido, ciertamente, de forma intensa sobre el derecho español, pero más bien profundizando en aquello que es propio de un sistema jurídico-administrativo de contratación, esto es, la afirmación de los principios de publicidad y concurrencia de la fase de adjudicación.

Por tanto, tradicionalmente, en España el debate en torno a la figura del contrato administrativo se plantea en los siguientes términos⁶:

En primer lugar, el origen del contrato administrativo estaría en un hecho casual: la atribución competencial de la materia contractual pública a la jurisdicción contencioso-administrativa (en especial, Ley de lo contencioso de 1888 y textos refundidos de 1894 y 1952, y la jurisprudencia).

En segundo lugar, lo característico del contrato administrativo es la existencia de prerrogativas o cláusulas exorbitantes de la Administración en la fase de ejecución del contrato. Esto es consecuencia de la repercusión de la teoría del servicio público sobre dicho contrato: la Administración, cuando realiza un servicio público, ha de gozar de las prerrogativas necesarias para ello.

No obstante, la doctrina del servicio público sería convencional y rígida y, por tanto, deben atenuarse sus efectos.

Esto lleva a su vez a reducir la relevancia de las prerrogativas, lo que, por su parte, viene a significar atenuar la importancia de la figura jurídico-pública del contrato administrativo.

De ahí que se afirme, igualmente, que la naturaleza del contrato administrativo es puramente de derecho civil. Habría pues que superar el posible

6. Me baso especialmente en los trabajos de R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, 1963; y *Derecho administrativo I. Parte general*, Madrid, 1989, p. 193. Es significativo que estos trabajos obvien hacer referencia al dato de la adjudicación mediante criterios objetivos, en especial la subasta, tanto cuando el autor estudia la evolución histórica del contrato administrativo como cuando compara el sistema español y el sistema civilista de contratación pública propio de Alemania o Italia.

equivoco de considerar que, por culpa de una casual atribución competencial de la materia contractual pública a la jurisdicción contencioso-administrativa, el contrato administrativo tiene una naturaleza jurídica propia distinta del contrato civil.

El debate afecta siempre a la fase de ejecución del contrato. Ninguna reflexión se apunta sobre la fase de adjudicación. Si existe algún elemento sustantivador del contrato administrativo, este se refiere a las prerrogativas administrativas.

Además, el contrato administrativo se caracteriza por un plano de desigualdad entre Administración y contratista, no convincente y más bien discutible, ya que el contrato por esencia «crece sobre el suelo de la igualdad».

Un apoyo fundamental, para matizar e incluso corregir esta indeseada concepción inherente al contrato administrativo, es el derecho comparado y, concretamente, el modelo privatista de contratación pública que rige por ejemplo en buena parte de los Estados europeos. Según esto, el contrato administrativo viene a ser una figura atípica en un contexto general, ya que «lo normal» es la concepción civilista de la contratación pública: el contrato como tal es una institución general a todo derecho⁷. De esta institución general no debe desviarse el contrato administrativo.

Las características propias del contrato administrativo vienen a ser poco convincentes: las prerrogativas y el plano de desigualdad entre Administración y contratista. De ahí que la figura del contrato administrativo venga a aceptarse sin especial convicción.

Por eso conviene dejar claro que aquella es fruto de una casualidad histórica (la atribución competencial de la materia contractual a la jurisdicción contencioso-administrativa)⁸.

El planteamiento que acaba de esbozarse fue admitido comúnmente⁹. Tiene el mérito (entre otros posibles) de atenuar la significación de las prerrogativas y de procurar fortalecer la endeble posición del contratista que entabla relación jurídica con la Administración. Además, consigue evitar ubicar el contrato administrativo fuera de la órbita general de la figura contractual pública de derecho común que rige en buena parte de los Estados europeos.

7. Especialmente véanse R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, 1963; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», *RAP*, 41, 1963, p. 115.

8. Nuevamente, R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, 1963.

9. Esta forma de exponer el contrato administrativo cala no solo en los tratados en España. Llega a Hispanoamérica y también se difunde por Internet, así por ejemplo en Venezuela: BADELL/GRAU/DE GRAZIA, *Contratos administrativos*, 2001, en www.badellgrau.com/conferenciadcontractosadminis.html.

En conclusión, solo entendida de esta forma la figura del contrato administrativo puede entonces mantenerse. Así, por ejemplo, S. MARTÍN-RETORTILLO¹⁰, compartiendo los términos generales del debate, llega a la conclusión de que el contrato ha conseguido una «propia sustantividad» en el sentido de que, con el correr de los tiempos, Tribunal Supremo y jurisprudencia de conflictos y doctrina administrativa han «ido elaborando una caracterización sustantiva del contrato administrativo, que a su vez repercutiría en normas posteriores».

El reto jurídico principal del momento se habría logrado: evitar la creación de un peligroso mundo jurídico-administrativo en torno a la figura del contrato administrativo que supusiera un «alejamiento de los campos seculares del derecho civil, donde sin duda existen mayores garantías de justicia»¹¹.

Es discutible si el escenario de la figura del contrato administrativo no ha cambiado en las últimas décadas y si este cambio no motiva una nueva reflexión sobre dicho contrato.

Es decir, al igual que en su día la teoría francesa del servicio público determinó el debate sobre la figura del contrato administrativo, hoy existirían otros elementos de debate que exigirían una respuesta igualmente adecuada a la hora de valorar la figura del contrato administrativo. El factor más importante de debate ha de ser la legalización de las decisiones públicas. En el nuevo escenario los protagonistas vienen a ser las directivas comunitarias de contratación pública (o el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC de 15 de abril de 1994, las leyes modelo de UNCITRAL), así como el dato jurídico-comparado de la iuspublificación material y procesal de los sistemas en general de contratación de la Administración.

A mi juicio, el quid de la nueva legislación sobre contratación pública está en la legalidad en la fase de adjudicación del contrato. Esta es una idea inherente al contrato administrativo que aportaría una nueva dimensión a esta figura jurídica.

Estos hechos conllevan la posibilidad u oportunidad de una nueva lectura de las fuentes históricas, ya que parecen haberse desconsiderado ciertos elementos relevantes. Cuando menos, dichas fuentes no se fijan exclusivamente en los datos de las prerrogativas y de la atribución competencial (de la materia contractual pública) a la jurisdicción contencioso-administrativa.

10. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes», *RAP*, 29, 1959, pp. 59 y ss. (p. 90).

11. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», *RAP*, 41, 1963, p. 128.

Esta concepción en la que vengo insistiendo¹² está basada, pues, en la idea de la legalización de la adjudicación del contrato. Se reactiva el interés por la forma contractual pública¹³.

2

Históricamente el quid está también en la legalización de la fase de adjudicación

Curiosamente donde pone su énfasis la legislación histórica sobre contratación de obras, suministros o servicios de la Administración no es ni en las prerrogativas ni en la atribución competencial (de la materia contractual pública) a la jurisdicción contencioso-administrativa. Más bien se insiste en que la Administración ha de adjudicar el contrato conforme a pautas de legalidad o criterios objetivos de selección del contratista.

El quid estaría no tanto en las prerrogativas (dato este que *se suma* o *añade a posteriori* como consecuencia de la gestación y evolución de la teoría del servicio público)¹⁴. Está en la adjudicación del contrato conforme a criterios objetivos.

Además, resulta que en el modelo civilista de contrato administrativo propio del Reino Unido o Alemania las prerrogativas son conocidas, a diferencia de la vinculación de la fase de adjudicación a pautas objetivas de legalidad. Por tanto, el quid para diferenciar modelos públicos y privados de contratación administrativa no está en la prerrogativa ni en el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. No está en la fase de ejecución del contrato. Está especialmente en la fase de adjudicación.

12. Al menos desde mi libro *El contrato administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003. Y después en mi *Tratado de Derecho Administrativo*, 8 volúmenes, Editorial Civitas, Madrid, 2008. O la segunda edición de este mismo Tratado, de 2013 (actualmente en prensa la tercera edición). Puede verse la reseña hecha por R. RIVERO ORTEGA al libro citado en primer lugar en esta nota a pie de página, en *Revista española de derecho administrativo*, n.º 119, 2003, pp. 496-500.

13. Es preciso aclarar que resulta inesencial al debate de fondo el hecho de hablar de contrato público o de contrato administrativo. Es sabido que ha ido arraigando la primera denominación, por influjo de las directivas europeas y la extensión, precisamente, de las viejas formas de contratación a entidades que pueden no ser Administración, pero sí sector público, y a las que se sujeta a pautas de contratación. Este es otro tema. El nuestro ahora es otro, es esencialmente la figura del contrato público o administrativo en general.

14. En este sentido, apunta F. P. BÉNOIT, *Le Droit administratif français*, París, 1968, p. 597, §1054: «la situación va a cambiar profundamente a partir del comienzo del siglo XX. De una parte, en 1908, con el triunfo, por otra parte no duradero, del criterio del servicio público [...]. De otra parte, la jurisdicción contencioso-administrativa empieza a tomar conciencia de la especificidad (“*spécificité*”) de un régimen contractual de derecho público».

Las distintas normas reguladoras de la contratación administrativa, durante el siglo XIX, ponen su mayor énfasis en que la adjudicación ha de realizarse mediante subasta¹⁵.

El Real Decreto de 1852 descansa, como su preámbulo indica, «sobre las bases de la subasta pública y de la proposición de los contratos administrativos, evitando las confabulaciones de los postores y las ofertas imposibles por parte de estos».

«*Tan sanos principios* debían aplicarse a las obras y servicios provinciales y municipales, como anunció ya el art. 14 del citado Decreto; pero la promesa que el mismo contenía no se hizo efectiva inmediatamente, y, por lo tanto, la subasta no era necesaria para encomendar la ejecución de tales servicios ni obras a la diligencia de un contratista».

«Así siguieron las cosas hasta que en 4 de enero de 1883 se impuso como obligatorio el remate público para la contratación de todo servicio, obra o contrato que haya de producir gasto, obra o contrato en el Tesoro provincial y municipal»¹⁶.

Estas normas cuentan además con cierta solera. Cuando menos desde las reales órdenes de 10 de octubre de 1845, de 18 de marzo de 1846, de 9 de abril de 1847, de 18 de julio de 1851, el sistema previsto para la ejecución de obras públicas y caminos es el de «contrata» y «subasta».

Nada se dice acerca de las prerrogativas¹⁷. Tampoco se observa referencia (en los preámbulos de las normas citadas *supra* sobre adjudicación del contrato

15. La propia definición que, de los «contratos administrativos», aporta M. MARTÍNEZ AL-CUBILLA, en su famoso *Diccionario de la Administración Pública*, tomo III, 1892, empieza diciendo lo siguiente: «dase este nombre a los contratos y remates que *por medio de subasta, o en casos excepcionales sin ella, según las disposiciones de los reales decretos orgánicos de 27 de febrero de 1852 y de 4 de enero de 1883*, celebran el Estado, los establecimientos públicos, las diputaciones provinciales y los ayuntamientos para ejecutar alguna obra pública, o prestar algún otro servicio también público».

16. La referencia es al Real Decreto de 4 de enero de 1883, sobre reglas y formalidades para los contratos de las diputaciones y los ayuntamientos sobre toda clase de servicios, obras, compras, ventas, arrendamientos, etc., donde en efecto se afirma que, «al publicarse en 27 de febrero de 1852 el Real Decreto que hoy rige sobre la contratación de servicios públicos, se previno que sus disposiciones habrían de aplicarse por medio de reglamentos a los contratos que celebraran las provincias y los municipios. Estos reglamentos no han llegado a publicarse a pesar del tiempo transcurrido, y por esta razón se ha dudado en varias ocasiones de si las diputaciones y ayuntamientos están sujetos a la observancia de los preceptos que regulan para el Estado aquellos actos». En fin, el núcleo del presente Real Decreto de 4 de enero de 1883 está en imponer la subasta como medio de adjudicación de estos contratos.

17. El tema principal es la sujeción a subasta del contrato administrativo. Sobre las prerrogativas, no se observa regulación sobre el particular hasta el Real Decreto de 11 de junio de 1886, «aprobando un nuevo pliego de condiciones para la contratación de las obras públicas» con el antecedente del de 10 de julio de 1861 o las reales órdenes de 12 o 13 de octubre de 1859 o de 5 de octubre de 1884, sobre facultades administrativas de «resolver las dudas» que ofrezca el cumplimiento del contrato.

administrativo) al derecho francés. No puede decirse que ello sería inhabitual en una norma de tal carácter. Así, el Real Decreto de 11 de junio de 1886 «aprobando un nuevo pliego de condiciones para la contratación de las obras públicas y derogando el de 10 de julio de 1861» hace referencia al *derecho anglosajón*: «el sistema de tanto alzado» es «en extremo sencillo y expedito para la Administración; está muy generalizado en Inglaterra; es casi forzoso en los Estados Unidos, donde los ingenieros del contratista redactan el proyecto de la obra que se va a ejecutar y cuenta con numerosos partidarios en España».

Los argumentos o motivos, en esencia, del decisivo Real Decreto de 1852, son:

1. Necesidad de evitar la «confabulación de los licitadores o la introducción de un tercero en la licitación, con el fin de obligar a los demás a concederle una prima para evitar sus pujas», y necesidad de corregir el «acoloramiento de los mismos, que solían llevarlos a veces a hacer proposiciones tan onerosas que no les era posible cumplir después».

2. Necesidad de que la «Administración al celebrar contratos no debe proponerse una sórdida ganancia, abusando de las pasiones de los particulares, sino averiguar el precio real de las cosas y pagar por ellas lo que sea justo y a eso conduce el sistema de pliegos cerrados», adjudicándose el contrato «al mejor postor». «De este modo, ignorando los licitadores la extensión de las propuestas de sus coopositores, calcularán tranquilamente lo que pueden ofrecer [...]».

En consecuencia, el citado Decreto no empieza (en su artículo 1) sino imponiendo la regla de «remate solemne y público, previa correspondiente subasta», a los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas (con algunas excepciones, mencionadas expresamente en el citado Decreto, donde, según argumenta la exposición de motivos, «no es prudente poner los servicios públicos en manos que no presenten al Gobierno otra garantía que la pecuniaria»).

La regulación es, ciertamente, muy pormenorizada, acerca de la adjudicación del contrato administrativo. Además, no sino este es el contenido central, casi único, y en todo caso esencial, de la figura del contrato administrativo.

También son profusas las normas particulares donde se precisa este sistema (Instrucción de 18 de marzo de 1852, que deberá observarse para celebrar las subastas de los servicios y obras que se hallan a cargo de la Dirección General de Obras Públicas en el Ministerio de Fomento, conforme a lo prescrito por el Real Decreto de 27 de febrero de 1852; o la Instrucción del mismo año para «los ramos de hacienda» o «del ejército»¹⁸,

18. Instrucción, aprobada por Real Orden de 30 de diciembre de 1862, determinando los trámites y aprobaciones a que deben someterse las subastas generales y parciales celebradas

«la guerra»¹⁹, «minas»²⁰, entre otras muchas que completan o modifican las anteriormente citadas)²¹.

El planteamiento doctrinal es acorde con el legislativo. En este sentido, el capítulo X del *Derecho administrativo español*, de COLMEIRO, dedicado a los «contratos de servicios y obras públicas», tiene como objeto principal la fase de adjudicación del contrato. La peculiaridad de estos contratos está en que «cuando se prefiere el medio de los contratos, es la *primera máxima* que se celebren con publicidad y concurrencia: dos circunstancias que manifiestan su fuerza y su celo exquisito de promover y adelantar los intereses del Estado. Sin ellas no reina la confianza en el ánimo de los pueblos, y así ni se prestan con docilidad a los sacrificios que se les exigen, ni se ofrecen capitales para las empresas de utilidad común [...]»²².

Igualmente, MELLADO afirmará que «llámese contratos de obras y de servicios públicos a los contratos y remates que por medio de subasta, o en casos excepcionales sin ella, celebran el Estado, los establecimientos públicos, las diputaciones provinciales y los ayuntamientos para ejecutar alguna obra pública o prestar algún servicio también público»²³.

En nuestro derecho la clave de los contratos administrativos está en que, «cuando la Administración opta por el medio de los contratos, ha de ser punto esencial que se celebren con publicidad y con concurrencia, dos circunstancias de absoluta precisión para que la Administración quede a cubierto de toda responsabilidad, al propio tiempo que pueden conseguirse los mayores beneficios para el Erario público»²⁴.

Esta problemática ocupa el lugar central en los tratados de los administrativistas del momento. Es ilustrativo el siguiente texto de MELLADO: «desde

por la Administración militar, para la adquisición de artículos de consumo y efectos de uso de los ramos de provisiones, utensilios, hospitales y transportes, cuando estos servicios se hallen desempeñados por gestión directa.

19. Real Orden de 18 de junio de 1881, aprobando el reglamento provisional para la contratación de todos los servicios correspondientes al ramo de la Guerra.

20. Decreto de 14 de abril de 1873.

21. Por ejemplo, Real Decreto de 16 de febrero de 1877, modificando el de 27 de febrero de 1852, en los casos de excepción de las formalidades de subasta; Real Orden de 22-23 de marzo de 1877, determinando que debe consignarse en los pliegos de condiciones ser de cargo de los contratistas el pago de los anuncios; Real Orden de 11 de septiembre de 1886, aprobando la instrucción para la celebración de subastas de los servicios y obras que se hallan a cargo del Ministerio de Fomento, etc.

22. M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, Tomo II, 1858, p. 76 § 76; puede verse, igualmente, V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1885, pp. 781 y 795.

23. F. MELLADO, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1894, p. 945.

24. F. MELLADO, *Tratado elemental...*, ob. cit., p. 946.

luego vemos que la publicidad y la libre concurrencia son las reglas primordiales en materia de contratación administrativa, y, para conseguir este resultado la subasta es el medio práctico de realizarlo».

El quid se sitúa en su fase de adjudicación y en la regla de subasta, todo lo que diferencia un contrato administrativo de un contrato civil²⁵.

En el siglo XIX este planteamiento fue singular, frente al propio de los sistemas civilistas de contratación de la Administración propio de los Estados de Centroeuropa o del Reino Unido.

Con posterioridad, es decir, en el siglo XX, empieza a cobrar protagonismo el dato de las prerrogativas en el contexto de la teoría del servicio público.

A pesar de la insistencia de la Ley de Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, en que «todos los contratos por cuenta del Estado se realizarán por subasta pública excepto los determinados por dicha Ley», lo cierto es que aflora ya la cuestión del servicio público como determinante del contrato administrativo *frente al civil*.

Es más, suele hablarse ahora de «contrato administrativo» en vez de contratos de obras y de servicios públicos que celebra la Administración.

Así, ROYO VILLANOVA, aunque sigue citando y estudiando los contratos desde el punto de vista del Real Decreto de 1852, considera que la especialidad de los contratos administrativos está «en el objeto, en las obras y los servicios públicos, en el interés general que implican [...]»²⁶.

El contrato administrativo, aunque conserve su carácter civil, pasa a distanciarse algo más del contrato civil, por su objeto ahora, ya no tanto por el dato de la necesaria adjudicación conforme a subasta. De ahí la necesidad, en los años sesenta, de atenuar el dato de las prerrogativas y en general la repercusión de la teoría del servicio público.

Nuestra doctrina patria explica el origen histórico de las directivas comunitarias de contratación o al menos mostró un claro antecedente europeísta.

A pesar de la indiscutida influencia del derecho francés en la génesis y evolución del contrato administrativo en el derecho español, se advierte que ambos derechos presentan algunas diferencias que nos van a servir para conocer mejor el régimen contractual público español. Tanto en Francia como

25. En este sentido, F. MELLADO, *Tratado elemental...*, ob. cit., p. 952, cuando se refiere a «las prerrogativas», más bien alude a que la Administración ha de obrar dentro de «los preceptos debidos» y procurar «constantemente el bien público».

26. Véanse también J. GASCÓN Y MARÍN, *Introducción al estudio del derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 45; F. QUESADA PASTOR, *Derecho administrativo*, Madrid, 1944, p. 24, quien mantiene que el contrato administrativo tiene una semejanza aparente con el contrato civil, ya que en este nunca se encuentra el servicio público, «motivo que da lugar a los contratos administrativos», con referencia a los autores de las primeras décadas del siglo XX; J. M. VILLAR Y ROMERO, *Derecho administrativo*, Madrid, 1948, p. 33.

en España, conforme al sistema de derecho público que se propugna, se desarrollan unas reglas jurídicas que procuran la transparencia y concurrencia en la fase de adjudicación del contrato administrativo. También en Francia se insiste en el siglo XIX en la subasta como medio de adjudicación del contrato afirmando, por tanto, una vinculación clara de la Administración a la oferta del mejor postor. La evolución del contrato es también similar, en el sentido de permitir el concurso como forma de adjudicación de los contratos administrativos, en vez de la subasta. No obstante, existen algunas diferencias, en las que sin embargo no nos vamos a detener, por razones de espacio²⁷.

Así pues, a modo de recapitulación: caracteriza el contrato de obras y de servicios públicos durante el siglo XIX la idea de la adjudicación conforme a pautas legales objetivas (reales decretos de 27 de febrero de 1852 y de 4 de enero de 1883).

Esta *ratio* es compatible con el hecho de que la jurisdicción contencioso-administrativa conozca de los contratos celebrados por la Administración pública, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, «cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie» (artículo 3 de la Ley reguladora de 1845, poniendo fin a la por entonces más que debilitada concepción judicialista propugnada desde la Constitución de Cádiz).

Podría objetarse que la significación del contrato administrativo no puede estar en esta idea de la adjudicación del contrato conforme a criterios objetivos, ya que su funcionamiento práctico habría sido deficiente. Pero lo importante es la «batalla» por la legalización de la fase de adjudicación del contrato.

En conclusión, el contrato administrativo se «define» como el contrato que sirve al cumplimiento de una función administrativa; se «caracteriza» por su adjudicación conforme a pautas de legalidad administrativa, y tiene como «consecuencia» la aplicación principal del derecho administrativo.

3

Prerrogativas y selección del contratista desde el punto de vista de la figura del contrato administrativo

Vamos a corroborar que los modelos privados de contratación administrativa no desconocen el dato de las prerrogativas públicas. Tampoco consisten dichos sistemas de contratación en una disposición de las potestades, ya que, frente al

²⁷. Puede verse el tomo 4 de mi *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2013, 2.^a ed.

aserto «*the Crown has an unlimited common law power to contract*», termina primando aquel otro en cuya virtud «*a minister of the Crown is sometimes given a statutory power to contract*»²⁸. Es decir, rige el carácter irrenunciable de las potestades administrativas y existe un control judicial *ultra vires* sobre el ejercicio de las potestades²⁹. En cambio, sí se afirma en el Reino Unido un principio de libertad de selección del contratista referido a la fase de adjudicación del contrato («*the contract of public authorities*», «*public procurement*», a veces «*public contract*»). En esto consistiría el modelo privatista de contratación pública propio del Reino Unido («*contract with whomever they choose*») ³⁰.

Importa conocer el sistema de ejecución del contrato administrativo en el derecho británico no solo como cuestión práctica, ya que existe además un interés «teórico» o doctrinal en realizar este estudio:

- Si en un sistema civilista de contratación pública (como el británico) no existieran prerrogativas administrativas, entonces podríamos concluir que una característica del modelo público de contratación administrativa (por ejemplo, el de derecho español) consiste en las prerrogativas de la Administración. De ser así, y con el fin de atenuar las prerrogativas públicas, convendría hacer hincapié, en el derecho español, en que la naturaleza jurídica del contrato administrativo es única, sin que tenga mayor relevancia jurídica la existencia de una forma contractual administrativa.
- Si, por contrapartida, en un sistema civilista de contratación pública (como el británico) existen prerrogativas administrativas, entonces no podremos concluir que la característica del modelo público de contratación administrativa (por ejemplo, el de derecho español) son las prerrogativas de la Administración. De ser así, no es preciso, sino todo lo contrario, atenuar la relevancia de la figura del contrato administrativo.

Pues bien, en el derecho británico se descubre una singular e interesante evolución jurídica que, al igual nuevamente que en Francia o España, tiene en

28. Sentencia *Ayr Harbour Trustees v Oswald* infla comentada; D. FOULKES, *Administrative Law*, octava edición, Londres, 1995, p. 435.

29. N. HAWKE, *An Introduction to Administrative Law*, 2.^a ed., 1989, p. 39.

30. S. ARROWSMITH, «E. C. Procurement Rules in the U.K. Courts: an Analysis of the *Harmon Case*: Part I», *Public Procurement Law Review*, 2000, 9; S. ARROWSMITH, «E. C. Procurement Rules in the UK Courts: an Analysis of the *Harmon Case*: Part II», *Public Procurement Law Review*, 2000, 9; G. DE FRAJA/K. HARTLEY, «Defense Procurement: Theory and UK Policy», *Oxford Review of Economic Policy*, 1996, 12(4), pp. 70 a 88. En EE. UU., C. BRIGHT, *Public Procurement Handbook*, Colorado Springs: Chancery Law Pub, 1994; K. FEELEY, *Public Procurement Contracts: Practical Procurement Advice*, Boston, 1996; W. NOEL Keyes, *Government Contracts*, 2.^a ed., 1990.

la jurisprudencia su principal protagonista. Dicha evolución va a tener como desenlace la afirmación de una importante regla jurídica conocida como «*fettering freedom of action by contract*», en virtud de la cual (y sin perjuicio de las precisiones que haremos después) la Corona no puede comprometer su libertad de acción en materias que afectan al bien público. Dicho en otros términos, la Corona ha de tener la libertad necesaria para llevar a cabo las medidas que procedan en cada momento para la mejor realización del contrato.

Parece ser que los orígenes de esta doctrina de la «necesidad de ejecución» («*doctrine of executive necessity*»), o bien «*fettering freedom of action by contract*») se sitúan en la sentencia «*Rederiaktiebolaget v R*», más conocida como «*The Amphitrite*», que, aunque no necesariamente vinculada a la materia contractual, habría tenido repercusiones insospechadas en este ámbito, por abrir las puertas hacia la formación y consolidación posterior de la susodicha regla de «la necesidad de ejecución»³¹.

El contexto fáctico en el que se sitúa el presente caso («*The Amphitrite*») es el incumplimiento de una promesa o compromiso, por parte del Gobierno británico, de dejar —a un barco sueco— abandonar un puerto inglés. Por contra, dicho barco es incautado y vendido originando una reclamación de daños y perjuicios por parte de sus propietarios.

El interés de la doctrina de esta sentencia radica en presentar el criterio según el cual «el Gobierno no puede vincular sus acciones ejecutivas futuras, ya que su actuación ha de atender en cada momento a las necesidades de la comunidad». Además, «admitiendo que el Gobierno puede vincularse mediante contrato comercial, y aunque los compromisos adquiridos vinculan al Gobierno para su cumplimiento, *mediante un contrato no puede perjudicarse la libertad de acción en materias que conciernen el bien público o el bienestar del Estado*».

Esta doctrina influye en sentencias posteriores, tales como «*Robertson v Minister of Pensions*»³², cuando (en un caso referido a un compromiso adquirido por el Servicio de Guerra en favor de la declaración de incapacidad de un oficial que, posteriormente, no es confirmada por el ministro de Pensiones) concluye que «la Corona no puede escapar de su responsabilidad alegando la doctrina de la “necesidad de ejecución” (“*The Amphitrite*”), es decir, la doctrina según la cual la Corona no puede quedar vinculada cuando ello compromete sus actuaciones ejecutivas. “En el presente caso no es siquiera necesario aplicar esta doctrina, que se ha desarrollado en torno a *los compromisos*, ya que estamos más bien ante una simple declaración de intenciones”».

31. 1921 3 KB 500, cita que tomo de D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 439.

32. 1949, 1, KB, 227; 1948, 2, All ER, 767.

Así pues, a pesar de no tener una clara relación con la materia propiamente contractual (más bien los casos recuerdan a supuestos de confianza legítima o de responsabilidad administrativa en general), va desarrollándose una doctrina susceptible de ser aplicada ulteriormente a la materia contractual y en concreto a la fase de ejecución del contrato, dejando a salvo que la Corona pueda, por motivos de interés público, desvincularse del régimen inicialmente pactado.

En materia propiamente contractual, una clásica sentencia (*Board of Trade v Temperley Steam Shipping*³³) es, igualmente, ilustrativa del alcance que pueden llegar a tener las prerrogativas de la Corona en la fase de ejecución de un contrato público, en el presente caso de arrendamiento de servicios. Hasta el punto es así que los tribunales llegan a reconocer a la Corona un poder de incumplir el contrato por motivos de interés público, privando de indemnización al contratista³⁴.

Pues bien, todas estas doctrinas estarían en la base de la jurisprudencia posterior donde se perfecciona el sistema de las prerrogativas públicas contractuales, basándose ora en la necesidad de ejercitar potestades públicas («*under statutory powers*») ora en el dato de la discrecionalidad administrativa.

Cuando lo requiere la realización de los intereses públicos, la Administración local (en el caso de la sentencia *Tower Hamlets London Borough Council v British Gas Corp*³⁵) goza de una facultad de rescindir el contrato inicialmente pactado: «ante la subida de precios, por parte del contratista, la autoridad local no puede quedar completamente a merced de la empresa, ya que aquella tiene el deber estatutario de satisfacer las demandas de gas en condiciones económicas razonables».

En este supuesto la razón de carácter comercial (es decir, una fuerte subida de precios) justificó la rescisión contractual³⁶.

De ahí que otras decisiones hayan negado la facultad rescisoria (en favor de la otra parte contratante), por primar en el contrato no tanto un carácter co-

33. *Co Ltd.*, 1926, 26, L1 L Rep. 76.

34. Concretamente, si bien la Corona había acordado con el naviero el impago de la contraprestación contractual en caso de que el barco estuviera más de doce horas sin funcionar, aquella se había comprometido igualmente a efectuar las obras necesarias en caso de avería. En vez de llevar a cabo las obras necesarias la Corona dispuso realizar las reparaciones mínimas, a pesar de ser consciente de que eran insuficientes. Como consecuencia de esta medida, el barco se detuvo de nuevo, negando la Corona el pago a su dueño por haberse detenido aquel más del tiempo estipulado.

35. 1984, CLY, 393.

36. Igualmente, otro ejemplo puede ser el caso *Spenborough UDC's Agreement* (1968, Ch., 139, 1967, 1, All ER, 959), donde la subida de precios (es decir, una razón asimismo comercial) justificó la rescisión del contrato.

mercial como la realización de un servicio público («public service»). A esta conclusión llegan los tribunales en un caso referido a un contrato en el cual una autoridad local se había comprometido a gestionar un servicio mortuario, en el municipio de otra localidad (además de en el suyo propio), a cambio de una contribución anual que se comprometía a pagar la otra autoridad local parte del contrato³⁷.

Respecto de la discrecionalidad, como característica de la fase de ejecución del contrato administrativo, la sentencia *Crown Lands Comrs v Page*³⁸ afirma que «cuando a la Corona se le confían poderes discrecionales, en virtud de prerrogativa o por régimen estatutario, para desarrollar el interés público, entonces no puede mantenerse que la discrecionalidad o el ejercicio de dichos poderes queden vinculados *a priori* en un sentido predeterminado».

Parece que queda, pues, lejano un hipotético régimen contractual privado en el ámbito de la ejecución del contrato, según el cual «Administración» y contratista se mueven en un plano de estricta igualdad. Más bien, se reconocen modulaciones, mejor parece que prerrogativas, las cuales se imponen incluso sin una clara predefinición normativa. En especial se afirma (como estamos viendo) un genérico *ius variandi* en favor de la Administración.

La sentencia citada en último lugar es expresiva de cuanto estamos apuntando, cuando llega a reconocer que, incluso si existe un pacto firmado por la Corona expresamente, que obligue a esta en un determinado sentido, aquella no está vinculada: «sería absurdo suponer que de esta forma aquella está haciendo una promesa sobre el modo en el cual deben conducirse los asuntos de la nación [...] en presencia de un interés público».

El límite con el que se enfrenta esta doctrina viene de la mano del principio *ultra vires* a efectos de controlar el ejercicio de las potestades administrativas estatutarias, en especial las discrecionales.

En este contexto encaja también la regla, plasmada esta vez normativamente en la Ley de Gobierno Local de 1972, de la revelación de intereses («*the disclosure of interests*»), de modo que un funcionario con intereses personales en el asunto objeto de contratación ha de advertir esta circunstancia, a efectos de ser excluido del proceso de contratación³⁹.

Ahora bien, el quid de este criterio que se relaciona con esta regla de *ultra vires* no está sino en afirmar que la Corona está limitada –en el ejercicio de sus potestades– al cumplimiento de un interés público prevalente. Dicho en

37. *Watford Borough Council v Watford Rural District Council* (1987, 86, LGR, 524).

38. 1960, 2, QB, 274, 1960, 2, All ER, 726.

39. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 454.

otros términos, los tribunales han consolidado la regla de la inderogabilidad e innegociabilidad de las potestades administrativas.

Así, en la clásica sentencia *Ayr Harbour Trustees v Oswald*⁴⁰ se aplica la regla de *ultra vires* impidiendo la celebración de un contrato en un caso en que la «Administración» estaba obligada a ejercitar en un determinado sentido la potestad que le había sido conferida, concretamente la construcción de un puerto marítimo, sin ser válido el contrato celebrado con un particular que le permitía mantener su propiedad en la zona afectada por dicha construcción. En la sentencia se invoca reiteradamente el «interés público».

En esta línea, la sentencia *York Corpn v Henry Leatham & Sons Ltd* (1924, 1, Ch., 557) perfecciona la doctrina de la anterior, afirmando que un contrato (por el cual una corporación pública convenía el precio anual que debía pagar en concepto de tasas un barco por la navegación fluvial) era inválido, aplicando la regla *ultra vires*, ya que de esta forma la corporación se desviaba del régimen estatutario que le había sido conferido⁴¹.

El litigio puede, en primer lugar, plantearse a favor de la disposición administrativa («*voluntary bargain*») o, en cambio, de la prevalencia del ejercicio de una potestad pública o de la presencia de algún límite jurídico que se impone sobre el ejercicio de la libertad contractual.

En segundo lugar, también puede plantearse el litigio en aras de la prevalencia de los «*statutory powers*» o, en su lugar, de la regla de «*ultra vires*», en función de los hechos o circunstancias del supuesto concreto. Esto significa que, aunque la Corona ejercita potestades o realiza fines públicos, existen límites jurídicos en el ejercicio de estos poderes y de su discrecionalidad.

En todo caso, tanto los «*statutory powers*» como el «*ultra vires*» condicionan el contrato del poder público, es decir, el régimen del *common law* contractual. El ejercicio de un poder estatutario implica la posibilidad de alterar o modificar el contrato en presencia de un interés público. Por su parte,

40. 1883, 8, App Cas., 623.

41. *Re Staines UDC's Agreement, Triggs v Staines UDC* (1969, 1, Ch., 10, 1968, 2, All ER, 1), *Stringer v Minister of Housing and Local Government* (1971, 1 All ER, 65), 1970 (1 WLR, 1281), *William Cory & Son Ltd. v London Corpn* (1951, 2, KB, 476, 1951, 2, All ER, 85), etc.; *Birkdale District Electric Supply Co Ltd. v Southport Corpn* (1926, AC, 355), donde la negociación hecha con unos vecinos en materia de suministro eléctrico se entendió conforme con los *statutory powers* conferidos, sin que se ejercitaran *ultra vires*; igualmente, en la sentencia *Stourcliffe Estates Co Ltd. v Bournemouth Corpn* (1910, 2, Ch., 12), ya que tampoco fue *ultra vires* la negociación urbanística hecha; *Dowty Boulton Paul Ltd. v Wolverhampton Corpn* (1971, 2, All ER, 277, 1971, 1, WLR, 204); *R v Hammersmith and Fulham London Borough Council ex p Beddowes* (1987, QB, 1050, 1987, 1, All ER, 369).

la regla *ultra vires*, además de ser un correctivo o control de dicho ejercicio, insiste en la necesidad de observar un fin público, limitando esencial y decisivamente la capacidad de negociación contractual del poder público⁴².

En un plano de declaración de principios, el derecho aplicable a los contratos públicos es el derecho común relativo a la contratación, entendiendo por tal las normas siguientes donde se regula la contratación en términos generales (es decir, sin consideración específica de la Administración como parte contratante): Ley de venta de bienes (*Sale of Goods Act*) de 1979, aunque con modificaciones a lo largo de los años siguientes, y Ley de suministro de bienes y servicios (*Supply of Goods and Services Act*) de 1982, también con modificaciones a lo largo de los años siguientes.

Pero en la práctica ambas normas alcanzan un interés similar al que pueda llegar a tener entre nosotros –en materia contractual pública– el Código Civil.

La realidad jurídica, en cuanto a las fuentes aplicables, está más bien determinada por los formularios de contratos elaborados a nivel administrativo («*standard form contracts*»), ya que en efecto, en la práctica, los contratos se postulan siguiendo estos modelos predefinidos, al igual que hacen las empresas⁴³, o mediante pliegos de condiciones («*standard conditions*»).

Las cláusulas que protagonizan estos formularios administrativos se asemejarían a las prerrogativas propias del derecho administrativo español y tienen como finalidad principal atender al interés público («*the public interest*») y garantizar la supervisión por parte de la Administración sobre la ejecución del contrato.

La Administración puede resolver e interpretar las diferencias planteadas por el contratista, modificar el precio del contrato, imponer penalidades o sanciones e incluso obtener ingresos de capital en casos de «especial enriquecimiento del contratista», o rescindir unilateralmente el contrato mediando preaviso. Asimismo, el contratista tiene la obligación de notificar a la Administración contratante la delegación en un subcontratista, así como de no revelar informaciones confidenciales, etc.⁴⁴.

42. Finalmente, resta el límite o correctivo indemnizatorio, el cual en todo caso presupone la existencia de una actuación *ultra vires* por parte de la Administración (P. CANE, *Administrative Law*, 2.^a ed., Oxford, 1993, p. 268).

43. Puede verse J. UFF, *Construction Law*, Londres, 1991, pp. 210 y ss. (el capítulo «Standard Forms of Contract»).

44. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 452; D. HARRIS/D. TALLON, *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1991, p. 102. La cláusula de mayor ingreso de capital en favor de la Administración en caso de especial enriquecimiento del contratista, a la que hace referencia el texto, alude especialmente a los contratos con especial complejidad técnica en los que la Administración puede temer ciertos fraudes debidos a los mayores conocimientos del contratista (P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 258).

Terminando la referencia al sistema de fuentes, importa tener también en cuenta la Ley de cláusulas contractuales ilícitas («*Unfair Contract Terms*») de 1977, donde se imponen algunos límites a la posibilidad de incluir cláusulas que excluyan la responsabilidad por incumplimiento de contrato a pesar de que, en ciertos asuntos, se permite dicha exclusión, si esta es razonable.

Aunque el conjunto de regulaciones y doctrinas que acaban de ser expuestas se refieren (como ha podido comprobarse) principalmente a la contratación de la Corona (entendiendo por tal la contratación del poder central), es preciso dejar claro que, en este caso concreto, han venido existiendo ciertos privilegios importantes con anterioridad a la Ley de procesos contra la Corona de 1947, en virtud de la cual, y plasmando principios de origen feudal, aquella no podía ser demandada judicialmente⁴⁵.

La justificación para ello es que «la Corona no podía equivocarse», además de que «cuando un funcionario actúa lo hace en nombre de la Corona».

El límite de este privilegio radicaba en la posibilidad de solicitar a la Corona un permiso para poder litigar en su contra. No obstante, en materia de contratación, dicha solicitud («*petition of right*») estaba limitada a casos de incumplimiento de contrato y a materias tasadas.

A raíz de la Ley procesal citada, la Corona puede ser demandada judicialmente y puede serle exigida responsabilidad⁴⁶.

En cuanto a las entidades locales, el límite más significativo viene siendo tradicionalmente el previsto en el artículo 17 de la Ley de Gobierno Local (*Local Government Act*) de 1977, donde no se permite la contratación administrativa referida a materias o cuestiones no comerciales (entendiéndose por tales las cláusulas relativas a condiciones laborales entre el contratista y sus trabajadores, ciertas cláusulas relativas a la subcontratación, cuestiones empresariales del contratista sin relevancia para los fines públicos del contrato, cuestiones relativas a litigios entre contratista y trabajadores o terceros, las concernientes al país de donde procedan los suministros, etc.)⁴⁷.

45. P. JACKSON, *Sovereign Immunity: A Feudal Privilege?*, 1975, 91, LQR, 171; cita que tomo de O. HOOD PHILLIPS/P. JACKSON, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1987, p. 702, donde, igualmente, se comenta extensamente esta cuestión.

46. Sobre estas cuestiones véase O. HOOD PHILLIPS/P. JACKSON, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1987, pp. 702 y ss.

47. En el art. 18 se permite al poder local, a efectos de cumplir con el principio de no discriminación por motivos raciales, hacerse con informaciones sobre las empresas respecto de sus trabajadores, aunque se trate de un asunto no comercial. En el art. 19 se afirma que el secretario de Estado puede añadir, a los efectos del art. 17, que algunos asuntos puedan ser considerados no comerciales, siempre que le parezca que sean irrelevantes para los fines comerciales de los contratos de obras o de suministros.

En el artículo 20 se impone a las corporaciones locales el deber de explicar las razones de las decisiones que tomen dentro del ámbito del art. 17. En **el derecho alemán** las prerrogativas también están presentes (en la normativa sobre «condiciones generales de contratación para la ejecución de contratos de suministros»; original: *Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen*; abreviadamente VOL/B).

4

El carácter «privado» del contrato se manifiesta, en cambio, en el momento de la selección del contratista

Considerado globalmente el sistema privado de contratación administrativa, no viene a ser este un buen sistema, primero porque, sin evitar las prerrogativas, en cambio no sujeta a pautas estrictas de legalidad pública la fase de selección del contratista. Segundo, porque falta en todo caso un régimen legal donde consten precisa y claramente los derechos y obligaciones de las partes del contrato público⁴⁸. Intentar justificar estas peculiaridades afirmando, como palabras mágicas, la existencia de un «*case law*» o de un «*common law*», no parece justificación jurídica suficiente, y desde luego no lo ha sido para las directivas comunitarias de contratos, las cuales imponen (frente a ambos principios mencionados) un deber de legislar y un deber de sujetar la voluntad contratante a criterios de legalidad.

Ni siquiera el concepto de contrato público («*public contract*») tiene unos límites conceptuales más o menos precisos en el Reino Unido, aun cuando no se ignora la gran importancia práctica, económica y jurídica que tiene el tema de la contratación pública en general, o en particular a efectos de reforzar o conseguir otras políticas públicas o como medio de seguir ejerciendo influencia sobre las empresas privatizadas⁴⁹.

Según M. FREEDLAND, la «privatización» ha dado lugar a un proceso de extensión de la forma contractual para la realización de las funciones admi-

48. A similar conclusión parecen llegar también J. C. CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 1999, y G. ARIÑO ORTIZ, «Contrato del Estado y “Common Law”», prólogo al libro de J. I. MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato del Estado*, Madrid, 1977; del mismo autor, G. ARIÑO ORTIZ, «Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo», en AA. VV., *Derecho administrativo: obra colectiva dirigida en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, 1998.

49. Pueden verse W. WADE/C. FORSYTH, *Administrative law*, Oxford, 1994, p. 803; X. CHEN, «Directing Government Procurement as an Incentive of Production», *Journal of Economic Integration*, 1995, 10 (1), pp. 130 a 140.

nistrativas (llegándose a hablar de *Government by Contract*)⁵⁰. El problema surge cuando se constata que el derecho administrativo británico no dispone de una regulación pública de contratos capaz de afrontar tal reto de una actuación administrativa *por* contratos. No es de extrañar que se tome entonces como punto de referencia el derecho francés, más evolucionado, para solucionar esta cuestión⁵¹; este problema, por cierto, tiene interés, al poner de manifiesto que tampoco el Reino Unido parece librarse del problema de «la huida del derecho».

Pese a la ausencia de una dogmática bien elaborada, se deduce que por contratación se entiende aquella que tiene por objeto bienes y servicios y que se contrapone a la contratación de personal⁵².

Rigiendo el «contract with whomever *they* choose»⁵³, se entiende que en la adjudicación puedan tenerse en cuenta elementos «colaterales» distintos del criterio del precio más bajo o la oferta más ventajosa, tales como reglas de preferencia en favor de empresas británicas o de empresas pequeñas, o de empresas que sigan la política del Gobierno. Esta variante expresada en último lugar se planteó, por ejemplo, en torno a una serie de supuestos en los cuales el poder adjudicador exigía a las empresas, como condición para poder ser adjudicatarias, la no elevación de un 10% de los salarios de los empleados o trabajadores, en aras de contribuir a la política gubernamental de luchar contra la inflación y defender por tanto los intereses nacionales⁵⁴.

El principio de libertad de elección del contratista se mantendría, en efecto, sin limitaciones o excepciones relevantes. Dentro de estas cabe destacar el propio interés de la Corona o de la Administración en atender a la mejor oferta, por ser más económica. Por razones presupuestarias o comerciales o de mejor gestión administrativa llega el derecho británico —a cierta sujeción a derecho— de la fase de adjudicación del contrato, limitando el régimen del *common law*⁵⁵.

50. M. FREEDLAND, «Government by Contract and Private Law», *Public Law*, Primavera, 1994, pp. 86 y ss.

51. M. FREEDLAND, «Government by Contract...», ob. cit., p. 98.

52. En este sentido se sitúa claramente el *Local Government Act* de 1977. P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 255, nota a pie de página 2.

53. P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 255.

54. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., pp. 449 y 450, quien apunta, igualmente, que la adjudicación podrá condicionarse al seguimiento por los licitadores de determinados métodos de producción, o al cumplimiento de técnicas o métodos particulares o de previo pago en favor de los subcontratistas. Sobre el tema, asimismo, F. BRANCO, «Favoring Domestic Firms in Procurement Contracts», *Journal of International Economics*, 1994, 37 (1-2), pp. 65 a 80; A. BRETON/S. PIERRE, «Are Discriminatory Procurement Policies Motivated by Protectionism?», *Kyklos*, 1996, 49 (1), pp. 47 a 68.

55. C. TURPIN, *Government Procurement and Contracts*, Londres, 1989, p. 73.

De este modo, en el derecho británico se subrayan los límites jurídicos que se derivan del control presupuestario o financiero sobre el gasto que la contratación administrativa conlleva. Estaríamos ante una perspectiva constitucional relacionada con el control del Parlamento mediante la correspondiente previsión de gastos en las leyes anuales de presupuestos⁵⁶, que, evidentemente, no es la cuestión nuclear desde el punto de vista del tema de los límites de la voluntad contratante en la fase de selección del contratista.

A veces pueden existir normas reglamentarias donde se prevé algún límite frente a la libertad de negociación de esta Administración, tal como por ejemplo ocurre con la Ley del Servicio nacional de la Salud y de Previsión social (de 1990)⁵⁷. Asimismo, pueden aquellos figurar en los pliegos generales existentes («*standard conditions*»), por ejemplo la imposibilidad de tratos raciales discriminatorios⁵⁸.

En esta línea, en el ámbito local, mediante consultas o el seguimiento de las «*uniform standing orders*» publicadas por el Gobierno central, se consigue una cierta sujeción a derecho de la fase de adjudicación⁵⁹.

Pero, según expresa FOULKES refiriéndose a la contratación local, «aunque *a veces* existen reglas administrativas (“*standing orders*”) donde se imponen limitaciones procedimentales o sustantivas en aras de respetar una regla de competencia en la fase de selección del contratista, un licitante no podría exigir administrativa o judicialmente su cumplimiento efectivo, pues tan solo el auditor (en el plan local) podría criticar las prácticas realizadas»⁶⁰.

En este sentido, aunque en la Ley de Gobierno Local de 1977 se contienen algunas disposiciones relativas a la selección de un determinado licitador por el poder local, no se apuntan en dicha Ley criterios objetivos de selección (arts. 17.4, 21 y 22)⁶¹.

56. Extensamente puede verse D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 436; sobre este tema puede verse D. THOMAS, «Les relations entre le droit des marchés publics et le droit budgétaire et comptable», *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1997, 4, pp. 1101 a 1138.

57. P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 260.

58. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 453.

59. P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 261. Otros ejemplos de aplicación de este sistema de cláusulas *standard* en W. WADE/C. FORSYTH, *Administrative law*, Oxford, 1994, p. 802: «Common form clauses such as the Standard Conditions of Government contracts for Stores Purchases (Form GC/Stores/1) and General Conditions of Government Contracts for Building and Civil Engineering Works (Local Government, Planning and Land Act 1980, art. 7)».

60. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., pp. 450 y 451, quien llega a afirmar que no siempre es deseable la regla de concurrencia y mejor oferta, siendo preferibles los «*special arrangements*», tales como aquellos que se celebran habitualmente entre la industria y el Gobierno, acordando entre ambas partes un precio.

61. Interés tendrían las reflexiones de J. M.^a BOQUERA OLIVER, cuando afirma que «es notoria, y hay que destacarla, una evolución en todos los países europeos que no admitían la exis-

Finalmente, considérese que este modelo de contrato materialmente público se afianza en la **contratación de las propias instituciones comunitarias europeas y también a nivel internacional** (Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre Contratación Pública, de 15 de abril de 1994), pese a que es cierto que en el ámbito de UNCITRAL se debate el PPP como posible fórmula de futuro de carácter distinto. En este sentido, es significativo que surjan, en este contexto, ecos actualmente de la vieja «libertad de selección del contratista», pero que sin conseguir desmerecer la ratio o idea central de la legalización de la fase de adjudicación como nuevo paradigma del contrato público⁶².

5 Conclusiones

La idea esencial del contrato administrativo, es decir, la sujeción a pautas de legalidad de la fase de adjudicación, se ha revelado un medio idóneo para la propia consecución de objetivos de mercado. Gracias al modelo público de contratación administrativa, tradicionalmente pensado para sujetar a derecho la decisión de la Administración de adjudicación del contrato, *se pretende conseguir* que un empresario de un determinado Estado pueda, por ejemplo,

tencia de contratos administrativos hacia el reconocimiento de un tipo *sui generis* de contrato mucho más próximo a aquellos que al contrato civil. Esta sería una de las últimas fases de la aproximación a la admisión plena de la categoría del contrato de naturaleza administrativa [...]» [J. M.^a BOQUERA OLIVER, «Influencia de la Comunidad Económica Europea sobre los procedimientos de selección de contratistas de las Administraciones nacionales», *RAP*, 29, pp. 415 y ss. (p. 420), con otros interesantes argumentos en la línea de las frases entrecomilladas en el texto]. Pueden, igualmente, consultarse: J. ARNOULD, «French Public Contracts Law after the Reform of March 2001», *Public Procurement Law Review*, 2001, 10(6); B. COVASSI, «The New Italian Legislation in the Field of Public Works Procurement», *European Public Law*, 1996, Londres, Vol. 2, n.º 2, pp. 209-218; A. GEORGIOPOULOS, «The System of Remedies for enforcing the Public Procurement Rules in Greece: A Critical Overview», *Public Procurement Law Review*, 2000, 9(2); P. NELL, «La nouvelle orientation de la politique européenne de la Suisse: le dossier des marchés publics dans les secteurs concessions», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1994, 375, pp. 103 a 113; SERVICES INDUSTRIES RESEARCH GROUP (2000), *Public Procurement in Germany: A Strategic Entry Report*, 2000 (Strategic Planning Series), Icon Group International; A. VILAR, «Les marchés de travaux public sau Portugal. Commentaire de la loi du 10 décembre 1993», *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1995, 1, 135-165; L. WASESCHA, «La Réforme des Marchés Publics en Suisse», *La Vie Economique, Revue de Politique Economique*, 1996, 2, 40-49; L. WASESCHA, «La Réforme des Marchés Publics en Suisse et son Importance pour les Villes», *Die Stadt-Les Villes*, 1996, 2, 13-17.

62. Más bien, el propio marco general de naturaleza pública que rige la adjudicación parece encajar, al menos de momento, tales posibles opciones. Me remito a mi *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2013, tomo 4, contratos.

realizar una obra pública en otro Estado donde rijan igualmente los principios públicos del citado Acuerdo sobre contratación pública. El sistema público del contrato administrativo, basado en la *ratio* de la legalidad de la fase de adjudicación, aunque no es una solución perfecta, se revela más adecuado a los propios fines mercantiles o empresariales.

Se admite que el protagonismo de las reformas en materia de contratación pública lo han adquirido las directivas comunitarias de contratación pública. El elemento esencial de las directivas comunitarias sería la insistencia en la adjudicación de los contratos públicos conforme a pautas de legalidad pública o criterios objetivos, desechando un principio de libertad de selección del contratista propio de la contratación civil. Pese a no ignorar sino encajar asimismo las formas negociadas de contratación. Dicha idea de legalización de la fase de adjudicación se articula a través de una determinada definición del poder adjudicador de carácter funcional, y de unas determinadas garantías cuando la Administración no sigue solo el criterio del precio más bajo en la fase de adjudicación del contrato.

Esta teoría parece haberse visto refrendada recientemente por el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público remitido el 23 de octubre de 2015, página 48:

«Las directivas incorporadas están informadas por unos criterios que en gran medida se separan de los criterios tradicionales definidores de nuestra legislación de contratación pública. En efecto esta gira en torno a las ideas de construcción formal de categorías, de prerrogativas administrativas que atribuye a la Administración una situación de preeminencia en la relación contractual y de interés público y eficacia administrativa. Hasta tal punto se han consolidado estas ideas que **ha llegado a sustantivarse el contrato administrativo frente al privado precisamente por su concurrencia**. Por el contrario las directivas pivotan sobre unos principios que casi son diametralmente opuestos a las mencionadas ideas. Están animadas por unas categorías más propias del derecho anglosajón que del continental alejadas de toda formalidad que **persiguen ante todo el funcionamiento transparente del mercado** de la contratación pública. *Se considera que asegurando la transparencia del mercado se garantiza el principio de igualdad*. No se trata ya de garantizar la eficacia de la gestión administrativa —que pasa a un segundo plano— sino la del mercado. El interés público se ve mediatizado por las ideas prevalentes de transparencia del mercado, libre competencia y eficacia en la gestión de los fondos públicos. Para alcanzar todo ello, las directivas construyen un *concepto funcional* ajeno a las formas de personificación Pública del sector público y por consiguiente de los sujetos sometidos a su regulación.

Articulan mecanismos de adjudicación flexible. Prohíben los licitadores preferentes y simplifican los criterios para valorar la solvencia de estos a fin de promover la concurrencia».

El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales¹

AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universitat Oberta de Catalunya*

1. Los límites a la transparencia pública
2. La protección de datos personales como límite a la transparencia pública
 - 2.1. Información pública que contiene datos personales especialmente protegidos
 - 2.2. Información pública que contiene datos personales
 - 2.3. Información pública que contiene datos personales meramente identificativos
3. El acceso parcial y otros mecanismos para la protección de los datos personales
4. Reflexiones finales
5. Bibliografía

Resumen

Este artículo examina la relación entre la transparencia pública y la protección de los datos personales, a partir del análisis de la legislación vigente y de la doctrina de los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública.

Palabras clave: *transparencia; acceso a la información pública; datos personales.*

Artículo recibido el 19/07/2017; aceptado el 24/10/2017.

1. Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto «Transparencia, Integridad e Innovación Democrática». Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad (DER2014-57391- C2-2-R) (2015-2017).

The delicate balance between transparency and protection of personal data

Abstract

The article examines the relationship between transparency and protection of personal data from the perspective of the current legislation and the doctrine of the public bodies in charge of protecting the right to access of public information.

Keywords: transparency; access to public information; personal data.

1

Los límites a la transparencia pública²

La transparencia persigue facilitar que la ciudadanía tenga un conocimiento efectivo de lo que sucede en el seno de las oficinas públicas. A través de la transparencia las Administraciones públicas se someten al escrutinio de la ciudadanía, ante la que rinden cuentas sobre las decisiones que toman o cómo las toman o cómo se manejan los fondos públicos. Gracias a ello, la ciudadanía puede participar activamente en la toma de decisiones públicas y controlar la acción de las Administraciones públicas. Todo ello redundando positivamente en una mayor legitimidad democrática y una mejor confianza ciudadana en las instituciones públicas. Como recuerda el preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG), «los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor

2. Abreviaturas utilizadas: AEPD: Agencia Española de Protección de Datos; CTBG: Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; CTPDAnd: Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía; CTAr: Consejo de Transparencia de Aragón; CTCV: Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana; GAIP: Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (Cataluña); LTAIBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; CTBG: Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; LOPD: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; LRIŚP: Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público; RGPD: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia».

La transparencia se canaliza a través de diferentes mecanismos que permiten tener conocimiento de la información pública. En primer lugar, a través de la difusión de información pública, que consiste en la puesta a disposición de la ciudadanía de información por parte de las Administraciones públicas, generalmente a través de Internet (páginas web, sedes electrónicas o portales de transparencia) y de manera accesible, interoperable y reutilizable. En segundo lugar, mediante el acceso a la información, que consiste en la solicitud a una Administración pública por parte de cualquier persona para que se le muestre una determinada información o se le facilite una copia de la misma³. En tercer lugar, a través de la transparencia colaborativa, que se basa en la reutilización de la información pública, consistente en el uso de información que está en poder de las Administraciones públicas, por parte de la ciudadanía, con finalidades comerciales o no comerciales, siempre que este uso no constituya una actividad administrativa pública⁴. A través de estos mecanismos se puede facilitar el conocimiento de la información pública por parte de la ciudadanía, para que se puedan lograr las finalidades que se han señalado anteriormente.

Sin embargo, en ocasiones el conocimiento público de determinada información pública puede generar daños o perjuicios a determinados bienes, derechos e intereses cuya protección es necesaria. Para evitarlo, la LTAIBG dispone que la transparencia podrá ser limitada cuando el conocimiento o el acceso a la información pueda suponer un perjuicio a una serie de bienes o derechos como la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, y la protección del medio ambiente⁵.

3. Artículo 12 LTAIBG.

4. Artículo 3 LRISP.

A través de la reutilización de la información pública la ciudadanía puede contribuir a la transparencia pública (CERRILLO I MARTÍNEZ, 2012).

5. Artículo 14 LTAIBG. Véase un análisis en detalle de los diferentes límites en AA. VV., 2017.

La lectura de la legislación autonómica en materia de transparencia y acceso a la información pública permite observar algunas diferencias respecto a la legislación básica (VELASCO RICO, 2015, p. 128, y JIMÉNEZ ASENSIO, 2015, p. 40). A pesar de los diversos límites que prevén

Asimismo, cuando la información solicitada contiene datos personales, el acceso a la misma puede ser limitado cuando concurren determinadas circunstancias o se cumplan determinados criterios, a los que se hará referencia en el próximo epígrafe⁶.

Estos límites son aplicables tanto a la difusión de la información pública como al acceso a la misma, e incluso a su reutilización⁷. En efecto, el artículo 5.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, dispone que «serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15». Asimismo, el artículo 14 establece que «el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio» para determinados bienes y derechos⁸. Finalmente, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, prevé que no será aplicable a los documentos sobre los que existan prohibiciones o limitaciones en el derecho de acceso en virtud de lo previsto en la LTAIBG, así como a «los documentos a los que no pueda accederse o cuyo acceso esté limitado en virtud de regímenes de acceso por motivos de protección de los datos personales, de conformidad con la normativa vigente y las partes de documentos accesibles en virtud de dichos regímenes que contengan datos personales cuya reutilización se haya definido por ley como incompatible con la legislación relativa a la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de los datos personales»⁹.

Con carácter general se debe advertir que la mera concurrencia de uno de estos bienes o derechos en la información que se quiera difundir o a la que

las normas autonómicas de transparencia no se puede desconocer el valor de la legislación básica, como ha recordado la GAIP en su Resolución de 28 de septiembre de 2016, al recordar la aplicación en Cataluña de los límites al derecho de acceso a la información pública establecidos por la legislación básica, cuando estos límites protegen derechos e intereses privados afectados por el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a pesar de que la legislación catalana no se haga eco.

6. Como observa García Muñoz, «el Convenio del Consejo de Europa n.º 205 sobre el acceso a los documentos públicos, de 18 de junio de 2009 (Convenio CE 205), ha optado por incluir la excepción que tratamos como una más en la relación única que ofrece su artículo 3 (limitaciones aplicables al derecho de acceso)», lo que llevaría a que esta limitación también tuviese un carácter ponderativo (GARCÍA MUÑOZ, 2017).

7. De todos modos, no se puede desconocer el informe CTBG de 23 de marzo de 2015 relativo a las retribuciones de los funcionarios, en el que se recuerda que «el criterio expuesto se refiere exclusivamente al ejercicio del derecho de acceso a la información pública mediante solicitud y no es directamente extrapolable al supuesto de publicidad activa de la información, dado que en ese caso, los criterios de ponderación aplicados podrían diferir de los que se han mencionado en este dictamen habida cuenta de la generalización que se produciría en el acceso a los datos».

8. Artículo 14 LTAIBG.

9. Artículo 3.3 a) y j) LRISP.

una persona quiera acceder no determina, en sí misma, la imposibilidad de su conocimiento público. En efecto, la aplicación de los límites no es automática y deben tenerse en cuenta diversos elementos¹⁰.

En primer lugar, las Administraciones públicas no disponen de potestad discrecional para denegar o limitar el acceso a la información pública. En esta dirección es clara la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, al afirmar que «para aplicar límites al derecho de acceso a la información pública, la Administración no dispone de potestad discrecional y debe indicar en cada caso los motivos que lo justifican»¹¹.

En segundo lugar, la aplicación de los límites debe ser motivada. Así lo señala con carácter básico la LTAIBG al afirmar que «serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero»¹². De este modo, la Administración pública en cuestión debe relacionar la aplicación del límite con las circunstancias del caso. En esta dirección, la GAIP recuerda como «los límites del derecho de acceso no se pueden invocar de manera genérica»¹³, por lo que «no es suficiente con afirmar su concurrencia: se debe argumentar con datos y razonamientos concretos vinculados al caso de que concurre efectivamente la causa de inadmisibilidad invocada»¹⁴.

En tercer lugar, la concurrencia de un interés o derecho protegido por un límite no supone obligatoriamente la denegación del acceso a la información pública. En efecto, la LTAIBG prevé que el acceso *podrá* ser limitado, pero no es necesario que lo sea ni que lo sea directamente. En esta dirección, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos recuerdan que «los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos»¹⁵.

En cuarto lugar, es necesario que la difusión o el acceso a la información supongan un perjuicio concreto, definido y evaluable¹⁶. En efecto, el perjui-

10. Como se observa en el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos de 2009, los límites tienen carácter relativo, lo que exige a las Administraciones públicas ponderar si concurre un interés público superior que justifique el acceso a la información.

11. Artículo 20.3 Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña.

12. Artículo 20.2 LTAIBG.

13. Resolución GAIP de 17 de diciembre de 2015 (reclamación 15/2015).

14. Resolución GAIP de 28 de septiembre de 2016 (reclamación 119/2016).

15. Criterio interpretativo CTBG 2/2015, de 24 de junio.

16. Criterio interpretativo CTBG 2/2015, de 24 de junio.

cio debe ser cierto e inequívoco, y además su aplicación debe ser justificada y proporcional y siempre que no exista un interés que justifique la difusión o el acceso.

Para poder determinar el perjuicio que el conocimiento de la información pueda generar, así como la concurrencia de un interés que justifique la difusión o el acceso a la información pública, las Administraciones públicas pueden utilizar diferentes instrumentos.

Por un lado, el test del daño. La Administración pública debe valorar el perjuicio, daño o incluso riesgo que el acceso pueda producir al bien o interés protegido por el límite¹⁷. El perjuicio debe ser concreto, definido y evaluable¹⁸. La aplicación del límite debe ser justificada y proporcionada a su objeto y finalidad perseguida con la protección, y atenderá a las circunstancias del caso concreto¹⁹. Esta valoración se recogerá en la resolución que se adopte, que deberá motivar suficientemente que, en el caso concreto, el acceso a la información puede generar un perjuicio efectivo para el derecho o interés en cuestión²⁰.

Por otro lado, el test de la ponderación de intereses. La Administración pública debe ponderar si concurre un interés público o privado superior que justifique el acceso²¹. Como señala la LTAIBG, «el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal»²².

Las resoluciones que denieguen total o parcialmente el acceso a la información deben ser difundidas, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran y una vez hayan sido notificadas a los interesados²³.

17. Dictamen GAIP 1/2016 de 11 de mayo.

18. Resolución CTBG 469/2016, de 31 de enero de 2017.

19. Artículo 14.2 LTAIBG.

20. Dictamen GAIP 1/2016 de 11 de mayo.

21. Como señala Tejedor Bielsa, «esta es la auténtica clave de bóveda de la nueva regulación, la ponderación del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada» (TEJEDOR BIELSA, 2014). Sin embargo, como observan Fernández Ramos y Pérez Monguió, «la ley alude a “un interés público o *privado* superior que justifique el acceso”, lo cual no se compadece con la práctica seguida en los países más experimentados, de tener en cuenta exclusivamente el interés público en la difusión de la información» (FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ, 2017, p. 155).

22. Artículo 15.3 LTAIBG. Véase, entre otras, la Resolución CTBG 469/2016, de 31 de enero de 2017.

23. Artículo 14.3 LTAIBG.

La LTAIBG dispone que cuando la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido, indicando al solicitante que parte de la información ha sido omitida. En esta dirección, la GAIP reconoce que «en virtud del principio de proporcionalidad se debe dar al menos acceso parcial a aquella parte de la información no afectada por el límite de que se trate»²⁴.

Como es sabido diversas comunidades autónomas han previsto el silencio positivo como consecuencia del transcurso del tiempo sin que la Administración pública haya resuelto la solicitud de acceso a la información. Respecto a la relación del silencio positivo con los límites del acceso a la información, la GAIP ha afirmado que cuando las solicitudes no se han resuelto en el plazo previsto y son estimadas por silencio positivo, la Administración pública únicamente puede facilitar efectivamente la información solicitada, sin poder alegar razones que, antes de la producción del silencio administrativo, hubiesen eventualmente servido para justificar la aplicación del límite del derecho de acceso a la información solicitada²⁵.

Finalmente, una última cuestión a destacar en relación con los límites es que son aplicables a cualquier información independientemente de cuando se haya producido, incluso antes de la aprobación de la LTAIBG. En esta dirección, de acuerdo con la GAIP, «el derecho de acceso a la información pública no puede ser limitado por razones relativas a la fecha de elaboración o de obtención de la información solicitada, aunque esta fecha sea anterior a la de la entrada en vigor del LTAIPBG»²⁶.

2

La protección de datos personales como límite a la transparencia pública

Buena parte de la información que generan las Administraciones públicas en el desarrollo de su actividad contiene datos personales. Por ello, al analizar la

24. Resolución GAIP (reclamación 15/2015).

25. Resolución de 11 de febrero de 2016 (reclamación 4/2016) relativa a la solicitud de justificaciones e informes correspondientes a una lista determinada de gastos municipales por parte de unos concejales de la oposición.

26. Resolución GAIP de 11 de febrero de 2016 (reclamación 4/2016) relativa a la solicitud de justificaciones e informes correspondientes a una lista determinada de gastos municipales por parte de unos concejales de la oposición.

transparencia pública, es necesario identificar adecuadamente el impacto que puede tener en la protección de los datos personales para poder adoptar las medidas necesarias²⁷.

Tradicionalmente, transparencia y protección de datos personales han sido vistas como dos caras de una misma moneda. De hecho, la protección de los datos personales constituye la principal causa de denegación del acceso a la información pública, tal y como se desprende de la lectura de las resoluciones de los órganos y organismos de garantía del derecho de acceso a la información pública²⁸.

La regulación de la transparencia y la de la protección de datos personales han seguido caminos en cierto modo divergentes hasta tiempos muy recientes²⁹. De hecho, la protección de los datos personales se ha visto con frecuencia como un límite a la transparencia pública invocado de manera genérica, y en ocasiones sin fundamento, para evitar el conocimiento de la actividad de las Administraciones públicas³⁰. Sin embargo, con la aprobación de la LTAIBG se han sentado las bases para la convergencia y convivencia de ambos regímenes³¹.

27. En general, Tejedor Bielsa señala que «la protección de datos personales ha sido el filtro fundamental, desde la perspectiva de los derechos individuales, por el que han tenido que pasar el proceso de implantación de la administración electrónica, la transparencia y la garantía de acceso a la información pública y su reutilización» (TEJEDOR BIELSA, 2014).

28. FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, 2014, pp. 180-181.

29. No entramos a analizar en este trabajo el acceso a los datos personales del solicitante y su relación con el derecho de acceso previsto en el 15 LOPD. Véanse, al respecto, FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, 2017, p. 198, y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 2016, p. 22.

30. De hecho, como observa Rodríguez Álvarez, «la evolución del reconocimiento de ambos derechos en España ha sido muy desigual. Mientras que en el ámbito de la protección de los datos personales, en poco tiempo, hemos conseguido configurar un sistema normativo e institucional que proporciona un nivel de protección que nos sitúa entre los más elevados de Europa (y, con ello, del mundo), en materia de transparencia y acceso a la información hemos adoptado enfoques fragmentarios y hemos actuado con mucho retraso en relación con los países de nuestro entorno» (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 2016, p. 20).

31. Véase un análisis de la evolución normativa en GUICHOT REINA, 2017.

Últimamente este equilibrio se ha plasmado en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD), donde se reconoce que en su aplicación se debe tener en cuenta el derecho de acceso a la información pública. En particular, con carácter general se establece que «los datos personales de documentos que se encuentren en poder de una autoridad pública o un organismo público deben poder ser comunicados públicamente por dicha autoridad u organismo si así lo establece el Derecho de la Unión o los Estados miembros aplicable a dicha autoridad u organismo». Para ello, es necesario «conciliar el acceso del público a documentos oficiales y la reutilización de la información del sector público con el derecho a la protección de los datos personales y, por tanto, pueden establecer la necesaria conciliación con el derecho a la protección de los datos personales» (considerando 154 RGPD). En esta dirección, el RGPD dispone que los datos

Desde un punto de vista general se puede recordar que, si bien el derecho a la protección de los datos personales no tiene un reconocimiento explícito en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha afirmado que existe un derecho a la autodeterminación informativa o una libertad informática a partir de lo previsto en el art. 18.4 CE. En particular, el alto tribunal ha señalado que «el derecho fundamental al que estamos haciendo referencia garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales. Pues confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos. Y para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos»³². Como ha señalado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, el contenido del derecho a la protección de los datos personales «no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales»³³.

Como es conocido, un dato personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables³⁴. No todos los datos personales tienen el mismo nivel de protección. En particular, los datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, el origen racial, la salud y la vida sexual y la comisión de infracciones penales o administrativas tienen una protección especial³⁵. Desde la perspectiva de la transparencia es relevante recordar que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la protección de datos personales³⁶, como tampoco lo son las personas fallecidas, sin perjuicio de que el tratamiento de estos datos pueda afectar a otros derechos que deban ser objeto de tutela³⁷.

personales de documentos oficiales en posesión de cualquier Administración pública pueden ser comunicados de conformidad con la regulación aplicable para conciliar el acceso del público a documentos oficiales y el derecho a la protección de los datos personales (artículo 86 RGPD).

32. STC 253/1993, de 20 de julio.

33. STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6).

34. Artículo 3 LOPD.

35. Artículo 7 LOPD.

36. Artículo 2.2 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

37. Artículo 2.4 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Cuando una Administración pública difunde una información o facilita el acceso a la misma a una persona está llevando a cabo una cesión o comunicación de datos personales, es decir, una revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado³⁸. De acuerdo con la LOPD, los datos personales únicamente pueden ser comunicados cuando exista el consentimiento del interesado o la cesión esté autorizada por una ley³⁹. De hecho, cuando se facilite el acceso a información que contiene datos personales, es importante tener presente que la normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso⁴⁰.

De este modo, se plantea el difícil equilibrio entre transparencia y protección de datos personales. Por un lado, la transparencia persigue facilitar el conocimiento público de la información. Por otro, la protección de datos personales impide o limita su difusión a la concurrencia de determinadas circunstancias⁴¹.

El equilibrio entre la transparencia y la protección de datos es complejo, como se desprende de la lectura de la doctrina de los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública.

Para facilitar el encuentro del punto de equilibrio entre la transparencia pública y la protección de datos, la LTAIBG ha establecido diversas normas que persiguen facilitar la decisión sobre si la información que contiene datos personales puede ser difundida o no⁴². En efecto, la legislación básica de transparencia, así como la legislación autonómica de desarrollo, prevén diferentes normas para ponderar la transparencia y la protección de datos personales y poder, de este modo, encontrar un equilibrio entre ambas⁴³. Estos criterios parten de la distinción entre diferentes tipos de datos personales que exigen diversos niveles de protección:

38. Artículo 3 LOPD.

39. Artículo 11 LOPD.

40. Artículo 15.5 LTAIBG.

41. Como señala Rodríguez Álvarez, «con frecuencia se hayan presentado como derechos antagónicos, y que entre algunos defensores de la transparencia se pueda apreciar incluso cierta animadversión hacia la protección de datos por considerar que constituye un impedimento que dificulta o impide el acceso a la información y que, en general, se erige como un obstáculo a la transparencia» (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 2016, p. 22).

42. Como observa Rodríguez Álvarez, «quedan excluidos, en consecuencia, los automatismos y los apriorismos. No procede conceder invariablemente un mayor valor a la protección de los derechos de los afectados, ni es admisible otorgar una primacía automática al objetivo de la transparencia frente al derecho a la protección de datos» (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 2016, p. 22).

43. Artículo 15 LTAIBG.

2.1

Información pública que contiene datos personales especialmente protegidos

El mayor impacto que el conocimiento público de los datos personales especialmente protegidos puede tener en la intimidad de las personas, exige la adopción de medidas más restrictivas por lo que respecta a su conocimiento público.

Siguiendo lo previsto en la LOPD, la LTAIBG distingue distintos tipos de datos especialmente protegidos e identifica tres supuestos por lo que respecta a su configuración como límite de la transparencia pública. A diferencia de los otros casos a los que nos referiremos posteriormente, en estos supuestos las Administraciones públicas no deben ponderar si concurre interés público alguno que justifique el acceso a la información, ni tampoco deben valorar si el acceso puede afectar a los derechos de las personas para resolver los eventuales conflictos⁴⁴.

En particular, los datos especialmente protegidos previstos en la LTAIBG son los siguientes:

- Datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión o creencias.
Si la información pública contiene datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, únicamente se podrá autorizar el acceso si el afectado ha manifestado su consentimiento expreso y por escrito. No será necesario este consentimiento en aquellos casos en los que el interesado haya hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a la solicitud de acceso⁴⁵.
- Datos relativos al origen racial, a la salud y a la vida sexual.
Si la información pública contiene datos relativos al origen racial, a la salud o a la vida sexual, el acceso solo puede ser autorizado cuando el afectado ha manifestado su consentimiento expreso o si la comunicación está amparada con una norma con rango de ley.
- Datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas.

44. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 2016. En la misma dirección, la Resolución de 28 de julio de 2016 (reclamación 69/2016).

45. La Agencia Española de Protección de Datos viene aplicándolo en aquellos casos en los que se puede descartar con certeza que el tratamiento de los datos de ideología, afiliación sindical, religión o creencias vaya a causar lesión alguna al afectado porque él mismo los ha hecho manifiestamente públicos con anterioridad de forma voluntaria (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 2016).

Si la información que se quiere difundir o a la que se quiere acceder contiene datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, también es necesario que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o que el acceso esté amparado por una norma con rango de ley⁴⁶. Sin embargo, el consentimiento no será necesario cuando las infracciones penales o administrativas conlleven la amonestación pública al infractor⁴⁷.

Asimismo, como ha señalado la GAIP, no todos los datos personales relativos a las infracciones administrativas tienen la condición de íntimos y, por lo tanto, deben quedar fuera del escrutinio público. Así, la GAIP considera que la intimidad podría verse afectada si se diera acceso a infracciones vinculadas al consumo de drogas o alcohol, la producción de ruidos excesivos en el domicilio, la visita de prostíbulos o la utilización de servicios sexuales en la vía pública. Sin embargo, cuando lo que se quiere conocer es «información agregada sobre el número de denuncias y sanciones administrativas archivadas en relación con una determinada persona, y menos aún si esa persona tiene la condición de cargo electo, de alto cargo o de personal directivo de la Administración municipal o de sus entes instrumentales», existe un interés público evidente en el control del correcto ejercicio de la potestad sancionadora municipal, que se traduce en la necesidad de facilitar el acceso a la información⁴⁸. De todos modos, no se puede desconocer que el CTBG ha denegado el acceso al expediente disciplinario por parte del denunciante⁴⁹.

Con frecuencia, el acceso no se solicita directamente respecto a información que pueda contener estos datos especialmente protegidos, aunque su conocimiento se pueda derivar indirectamente de la misma. Así, por ejemplo, el acceso a las nóminas de los empleados públicos puede facilitar el acceso indirecto a datos personales especialmente protegidos. En esta dirección, la GAIP considera que la nómina de los empleados afectados puede incluir conceptos como «retenciones fiscales, que pueden variar en función del número

46. De forma acertada, Guichot critica este supuesto al observar que «no resulta evidente que pertenezca a la intimidad de las personas y cuyo conocimiento en ocasiones es crucial para controlar la efectiva aplicación por igual de la ley a todas las personas» (GUICHOT REINA, 2014, p. 132).

47. Por ejemplo, la sanción prevista para las infracciones leves en el artículo 26 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

48. Resolución GAIP de 14 de septiembre de 2016 (reclamaciones 78/2016, 116/2016, 117/2016 y 118/2016).

49. Resolución CTBG 258/2015, de 6 de noviembre.

de miembros de la unidad familiar, o información relativa a percepciones indiciarias de baja laboral, lo que podría conectar fácilmente con datos relativos a la salud que podrían llevar a identificar al afectado»⁵⁰. En la misma dirección el CTBG insiste en que, para evitar la comunicación de datos especialmente protegidos cuando se solicite el acceso a la información sobre retribuciones, se debe facilitar en cómputo anual y en términos íntegros, sin incluir deducciones ni desglose de conceptos retributivos⁵¹.

En otros casos, con carácter general se puede considerar que el acceso a la información no conlleva problemas en relación con la protección de los datos personales, pero puede no ser así en cualquier circunstancia. Así lo han puesto de manifiesto el CTBG y la AEPD en relación con la publicación de las agendas de los altos cargos. En efecto, el criterio interpretativo 2/2016, de 5 de julio, señala que, en principio, las agendas públicas no contienen datos especialmente protegidos⁵². Sin embargo, en ocasiones sí que puede darse esta circunstancia, por ejemplo cuando la reunión del alto cargo se lleve a cabo con «representantes de un determinado partido político o sindicato o con los miembros de una determinada confesión religiosa o de una asociación o entidad cuya pertenencia permitiera revelar información sobre las creencias filosóficas de sus miembros». También cuando en la reunión participen «asociaciones de enfermos de una determinada dolencia o de personas que padecieran una determinada discapacidad o colectivos representativos de miembros de una determinada etnia o de personas con una determinada preferencia sexual». En estos casos, el CTBG y la AEPD consideran que «debería hacerse referencia únicamente a la denominación de la asociación o colectivo, salvo que mediara consentimiento expreso de los afectados».

2.2

Información pública que contiene datos personales

Si la información pública a la que se quiere acceder contiene datos personales pero no son especialmente protegidos, la Administración pública debe

⁵⁰. Resolución GAIP de 7 de julio de 2016 (reclamación 19/2016). En el mismo sentido la Resolución GAIP de 7 de julio de 2016 (reclamación 32/2016), donde se señala que el acceso a la nómina podría suponer el conocimiento de información sobre datos bancarios y número de afiliación de la seguridad social, o información sobre embargos administrativos o judiciales de sueldo, deducciones o descuentos por bajas médicas.

⁵¹. Criterio interpretativo 1/2015, de 24 de junio.

⁵². Así se desprende, por ejemplo, de la lectura de las resoluciones CTBG 281/2015 de 10 de noviembre de 2015 y 491/2015 de 10 de marzo de 2016.

conceder el acceso previa ponderación entre el interés público en la difusión de la información y los derechos del afectado. En esta dirección, de manera ilustrativa el CTBG ha afirmado que, «con carácter general, habrá que entender que, en cuanto el acceso a la información contribuya a un mejor conocimiento de los criterios de organización y funcionamiento de las instituciones o a la asignación de los recursos, cabrá considerar la existencia de un interés público prevalente sobre los derechos a la protección de datos y a la intimidad en los términos y con las excepciones establecidas por la LTAIBG. Por el contrario, cuando la información no contribuya a un mayor conocimiento de la organización y funcionamiento de las instituciones o de la asignación de los recursos públicos, prevalecerá el respeto a los derechos a la protección de datos o a la intimidad»⁵³.

Para llevar a cabo esta ponderación, la LTAIBG dispone que el órgano al que se dirija la solicitud de acceso a la información debe tener particularmente en cuenta los siguientes criterios⁵⁴:

a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

El artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE) establece que los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos⁵⁵.

53. Informe conjunto CTBG-AEPD de 23 de marzo de 2015.

A la misma conclusión llega la Resolución GAIP de 15 de septiembre de 2017 (reclamación 306/2017 al señalar que «la finalidad de la transparencia, pues, justificaría el acceso a la información necesaria para el control y la evaluación de la actuación llevada por el Ayuntamiento. Pero este no es el caso, ya que la finalidad del acceso alegada es permitir al reclamante el resarcimiento del derecho al honor ya su buen nombre ante la atribución por parte de personas privadas de una conducta irrespetuosa hacia a unos vecinos».

54. Artículo 15.3 LTAIBG.

Fernández Ramos y Pérez Monguió indican que el legislador podría introducir criterios complementarios a los previstos en la LTAIBG, como la relevancia pública del titular de los datos personales, la titularidad de un interés legítimo, el grado de motivación de la solicitud, el tiempo transcurrido desde la elaboración o la recepción de la información pública, o el contenido mismo de la información pública solicitada y su significación a los efectos de la rendición de cuentas y la participación ciudadana (FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, 2017, pp. 231-232).

55. Como observa Guichot, la remisión a este precepto genera numerosos problemas de interpretación, entre otros motivos «por cuanto se trata de uno de los preceptos que más

A la vista de este artículo surge la cuestión relativa a la relación entre los datos relativos a la seguridad, honor e intimidad de las personas y los datos personales especialmente protegidos a los que hemos hecho referencia anteriormente. Una lectura sistemática de ambas normas nos lleva a equiparar ambas expresiones. Así lo ha hecho también la GAIP, que ha señalado que la lectura de la LPHE en relación con la LTAIBG «obliga a equiparar los datos personales a que alude con los datos personales especialmente protegidos, a través del punto de unión entre unas y otras que representa la referencia a la “intimidad”». De hecho, cualquier otra lectura llevaría a un régimen de protección más amplio de los datos personales de personas fallecidas respecto a personas vivas en el momento de la solicitud del acceso a la información y, además, a impedir el acceso respecto a datos personales que sin ser especialmente protegidos puedan afectar a la seguridad, el honor, la intimidad o la imagen de las personas⁵⁶.

A nuestro entender, la propia LTAIBG podía haber establecido un plazo a partir del cual el acceso fuese posible aun existiendo datos personales, o un plazo que hubiese servido para ponderar si el interés público debía prevalecer o no respecto a la protección de los datos personales, y haber evitado los problemas interpretativos que sin duda surgirán en la aplicación de este criterio⁵⁷. En cualquier caso, es importante matizar el alcance de este criterio, ya que, como ha señalado Rodríguez Álvarez, «la Ley de Transparencia no la configura como una regla de decisión sino como un criterio para la ponderación. No se dispone que no deberá concederse el acceso a la información hasta que hayan transcurrido los plazos de referencia, sino que el transcurso de esos plazos implica un menor perjuicio para los afectados que ha de valorarse positivamente, como un criterio a favor del acceso»⁵⁸.

Finalmente, en relación con este criterio de ponderación puede surgir la duda sobre si la persona afectada ha muerto o no y, en particular, a quién corresponde la carga de probar el fallecimiento: al solicitante o a la Administración pública. Según la GAIP, la comprobación del fallecimiento de la persona afectada y el plazo transcurrido respecto a la solicitud de acceso corresponde a la Administración pública que recibe la solicitud, por ser quien dispone de

problemas ha causado en nuestro ordenamiento administrativo desde su aprobación, por su ambigüedad o, dicho de forma directa, su incoherencia» (GUICHOT REINA, 2014, p. 137).

56. Resolución de 28 de julio de 2016 (reclamación 69/2016).

57. De hecho, en esta dirección el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos establece, en su artículo 3.3, que «las Partes considerarán la posibilidad de fijar unos plazos más allá de los cuales los límites mencionados en el párrafo 1 dejen de ser aplicables».

58. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 2016.

la información sobre la identidad. Asimismo, en el caso de que los documentos sean muy antiguos, la Administración pública puede llegar a presumir el fallecimiento de la persona⁵⁹.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho.

Las solicitudes de acceso a la información no deben estar motivadas y la ausencia de motivación no puede ser causa de rechazo de la solicitud⁶⁰. Sin embargo, la LTAIBG señala que el solicitante puede exponer los motivos por los que solicita la información y estos pueden ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución, en particular, como criterio para la ponderación del acceso a la información que contiene datos personales⁶¹. En particular, cuando la solicitud se justifique por el ejercicio de un derecho.

Precisamente, a la hora de hacer la ponderación a la que estamos refiriéndonos, el CTBG ha observado que la motivación que voluntariamente haya aportado el solicitante puede facilitar indicios suficientes para invertir la ponderación que pueda haber llevado en primera instancia a denegar el acceso a la información. En esta dirección el CTBG señala que «el órgano al que se dirige la solicitud deberá tener en cuenta la motivación ofrecida, pudiendo alcanzarse una conclusión distinta de la que se ha venido señalando, precisamente en función de esa motivación concreta»⁶².

c) La condición de investigador del solicitante y que el acceso se base en fines históricos, científicos o estadísticos.

Este criterio se basa en la concurrencia de dos elementos: que el solicitante sea investigador y que la información solicitada sea utilizada para llevar a cabo su investigación con fines históricos, científicos y estadísticos.

Por lo que respecta a la condición de investigador, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación, define el personal investigador como aquel que lleva a cabo una actividad investigadora, es decir, un trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y

59. Resolución de 28 de julio de 2016 (reclamación 69/2016).

60. Artículo 17.3 LTAIBG.

61. Guichot considera que este criterio «supone un torpedo en la línea de flotación del derecho de acceso como derecho autónomo vinculado a la ciudadanía y la igualdad de todos en el conocimiento de la información pública» (GUICHOT REINA, 2014, p. 139).

62. Criterio interpretativo 2/2016, de 5 de julio.

Igualmente, la Resolución CTCV de 3 de abril de 2017 (reclamación 21/2016), en la que se observa que la falta de motivación de la solicitud «podría tener consecuencias contrarias al solicitante al momento del alcance definitivo de la información a la que tiene derecho a acceder», y que trae a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de noviembre de 2016, caso Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría, donde se destaca la importancia de los motivos de la solicitud para reconocer el derecho de acceso a la información.

la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación⁶³.

d) El menor perjuicio de los derechos de los afectados porque los documentos únicamente contienen datos meramente identificativos.

Cuando la información pública a la que se quiere acceder únicamente contenga datos meramente identificativos, la LTAIBG entiende que el acceso supone un menor perjuicio a los afectados frente al interés público que puede reportar el acceso.

En este supuesto, la LTAIBG se está refiriendo a datos personales de personas que no sean empleados o cargos públicos, o, si lo son, que los datos no estén relacionados con la organización, funcionamiento o actividad del órgano. Si fuese así, tal y como veremos posteriormente, se podría facilitar el acceso a la información sin necesidad de ponderación siempre y cuando no prevalezca la protección de los datos sobre el interés público.

Como ejemplo del uso de este criterio de ponderación, podemos traer a colación una resolución de la GAIP en que se analiza una solicitud de acceso a información sobre las licencias de obras otorgadas por un ayuntamiento, y el nombre de los arquitectos responsables de ellas. En dicha resolución, la GAIP diferencia el régimen aplicable a aquellos casos en los que el arquitecto no es empleado municipal, y participa en las licencias como profesional que presta sus servicios bien a la persona solicitante bien al ayuntamiento, de los casos en los que el arquitecto es empleado municipal. En el primer caso, relevante en este momento, la GAIP observa que existen diversos factores indiciarios del interés público de la información en la medida en que las obras siempre tienen un impacto en la comunidad (causan molestias, inciden en el paisaje urbano, comportan riesgos de seguridad, etc.), por lo que existe un interés ciudadano para garantizar que las obras se realicen con las máximas garantías y, en esta dirección, la solvencia profesional del arquitecto es un elemento relevante⁶⁴.

En cambio, en otra ocasión la GAIP, si bien considera proporcional facilitar el acceso a las personas que han sido seleccionadas en un proceso de provisión de plazas en una Administración pública, con el fin de poder controlar posibles prácticas irregulares, no llega a la misma conclusión en relación con aquellas personas que habiendo optado a una plaza no han sido seleccionadas⁶⁵.

63. Artículo 13.1 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación.

64. Resolución de 7 de julio de 2016 (reclamación 17/2016).

65. Resolución de 14 de septiembre de 2016 (reclamación 51/2016). En su voto particular, Josep Mir considera que procede facilitar el acceso porque «hay que tener en cuenta

e) La mayor garantía de los derechos del afectado en el caso de que los datos puedan afectar a su intimidad o seguridad o se refieran a menores de edad.

En este supuesto, nos encontramos ante datos que afectando a la intimidad no tienen la naturaleza de especialmente sensibles o datos referidos a menores de edad cuya concurrencia llevaría, en principio, a no facilitar el acceso a la información⁶⁶.

Finalmente, cabe recordar que si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros se les debe conceder un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas⁶⁷. Cuando se dé este trámite de alegaciones, la Administración pública debe informar al solicitante, y también acordar la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación. En el caso de que existan terceros afectados, también se les notificará la resolución cuando así lo hayan solicitado⁶⁸. Asimismo, si el tercero se opone a facilitar el acceso, la resolución que permita el acceso deberá ser motivada⁶⁹.

Sin embargo, es interesante identificar el valor de las alegaciones de los terceros afectados. Al respecto, la GAIP señala que «la oposición de las personas afectadas manifestada con sus alegaciones no es vinculante para la Resolución de la GAIP, ni afecta su eficacia inmediata. Estas alegaciones pueden influir e incluso determinar la Resolución si aportan datos nuevos o argumentaciones que puedan llevar a la necesidad de valorar la existencia de límites legales al acceso a la información o de ponderar en otros términos el equilibrio de los derechos e intereses en juego; si, como ocurre en este caso,

que la información solicitada es únicamente el nombre y apellidos de las personas que se presentan a un procedimiento selectivo en el ámbito de la Administración de la Generalidad. La única significación que se podría atribuir a la divulgación de estos datos sería la relativa al afán de promoción profesional de las personas afectadas, lo que no conlleva, ni de lejos, ninguna connotación peyorativa».

66. Al respecto, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha observado que «el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal» (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6).

67. Artículo 19.3 LTAIBG. Para ello, es necesario que los terceros estén debidamente identificados.

68. Artículo 20.1 LTAIBG.

69. Artículo 20.2 LTAIBG. En este caso, se indicará expresamente al interesado que el acceso solo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información (artículo 20.2 en relación con el artículo 22.2 LTAIBG).

la oposición formulada es una simple declaración de voluntad que no aporta ningún dato ni ninguna argumentación jurídica para evitar la difusión de la información solicitada no debe tener efectos ni para impedir el acceso, ni para retrasarlo»⁷⁰. Por lo tanto, «las alegaciones, pues, solo son relevantes o determinantes del sentido de la resolución si afloran y justifican la concurrencia al caso de elementos nuevos que permitan la aplicación de un límite legal al acceso»⁷¹.

2.3

Información pública que contiene datos personales meramente identificativos

Si la información contiene datos personales meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad del órgano, la Administración pública debe conceder el acceso a la información salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de los datos sobre el interés público.

Los datos personales meramente identificativos son aquellos que únicamente facilitan información para determinar la identidad de la persona física (nombre y apellidos, DNI, cargo, teléfono, dirección de correo electrónico,...). Para que sean considerados en esta categoría es necesario que estén vinculados con la organización, funcionamiento o actividad del órgano administrativo⁷².

De todos modos, se establecen como excepción a esta regla general aquellos casos en los que deba prevalecer la protección de datos personales y otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público de la divulgación o el acceso. Así, por ejemplo, como se ha destacado, cuando los funcionarios públicos ejerzan determinadas funciones de seguridad, o los datos personales hagan referencia a personas que hayan estado en situaciones que puedan comprometer su seguridad. Así, de acuerdo con el CTBG

70. Resolución de 7 de julio de 2016 (reclamación 17/2016).

71. Resolución de 7 de julio de 2016 (reclamación 32/2016).

72. Coincide en este punto el artículo 15 LTAIBG con lo previsto en el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos. Así lo pone de manifiesto el Criterio interpretativo CTBG-AEPD 4/2015, de 23 de julio, que indica que «si bien no existe una definición clara de qué datos tendrían esta consideración, podría defenderse la interpretación de que se trataría del nombre, apellidos, dirección o teléfono. Tal interpretación sería respaldada por el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD». Igualmente, «podría incorporar otros datos que identifican la posición del afectado dentro de la organización administrativa, como los relacionados con la identidad de su cargo o puesto de trabajo». En cualquier caso, a entender del CTBG y la AEPD «tampoco el DNI o la firma manuscrita tendrían la consideración de dato meramente identificativo».

y la AEPD, «tampoco se facilitará cuando el acceso afecte a uno o varios empleados o funcionarios públicos que se encuentren en una situación de protección especial —p. ej., la de víctima de violencia de género o la de sujeto a una amenaza terrorista—, que pueda resultar agravada por la divulgación de la información relativa al puesto de trabajo que ocupan»⁷³.

La lectura de la doctrina de diversos órganos y organismos de garantía del derecho de acceso a la información pública permite identificar el alcance de este supuesto.

En primer lugar, es un dato meramente identificativo la información referida a la relación de puestos de trabajo, el catálogo o la plantilla orgánica, con o sin identificación de los empleados o funcionarios públicos ocupantes de los puestos⁷⁴.

En segundo lugar, es un dato meramente identificativo el relativo a la designación del personal de la Administración pública cuando el empleado público ocupe un nivel alto en la jerarquía administrativa y exista un amplio grado de discrecionalidad en su nombramiento. De este modo, y al margen de llevar a cabo una ponderación en el caso concreto, se puede considerar el acceso a la información porque prima el interés público sobre los derechos a la intimidad o la protección de datos de carácter personal. En particular, el CTBG considera esta posibilidad en relación con⁷⁵:

- El personal eventual de asesoramiento o confianza (asesores de los gabinetes). Debe facilitarse la información en relación con el personal eventual cuya designación se basa en criterios de confianza y discrecionalidad.
- El personal directivo. Debe facilitarse la información relativa a los empleados públicos titulares de órganos directivos de la Administración General del Estado (por ejemplo, los subdirectores generales, subdelegados del Gobierno en las provincias, los titulares de los órganos directivos de los organismos públicos) en la medida en que desarrollan una actividad de ejecución importante en la Administración General del Estado.
- El personal no directivo de libre designación (de nivel 30, 29 y 28). El CTBG indica que «las características de la actividad de los funcionarios de libre designación variarán atendiendo a su nivel, de

⁷³. Criterio interpretativo CTBG-AEPD sobre el alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc., y las retribuciones de sus empleados o funcionarios, de 24 de junio de 2015.

⁷⁴. Criterio interpretativo CTBG 1/2015, de 24 de junio.

⁷⁵. Criterio interpretativo CTBG 1/2015, de 24 de junio.

forma que aun siendo la responsabilidad y confianza fundamentos del nombramiento, la intervención del funcionario en la gestión del sector público variará en función del nivel del puesto de trabajo. De este modo, cabría apreciar en el caso de los funcionarios de libre designación, y siempre atendiendo al nivel del puesto desempeñado, de forma descendente en la escala de la Administración, una mayor relevancia del interés general que justificaría el acceso a la información y que afectaría así a la ponderación que impone el artículo 15.3 de la LTAIBG». En esta dirección, el CTBG señala que «el peso del interés público en el conocimiento de la información sería mayor en el caso de un vocal asesor de nivel 30 que en el de un consejero técnico de nivel 28, y así sucesivamente, siendo así el nivel del puesto un criterio de gran relevancia para la ponderación».

- El resto de empleados públicos. Según señala el CTBG, «la información referente a este personal resultará, con carácter general, de escasa relevancia para el logro de los objetivos que justifican el derecho de acceso a la información pública, de modo que debería considerarse que el objetivo de transparencia resulta insuficiente para limitar el derecho de estos empleados públicos a la protección de sus datos personales», por lo que en este caso la ponderación operaría a favor de la denegación del acceso a información⁷⁶.

En tercer lugar, no es un dato meramente identificativo el DNI del adjudicatario de un contrato o de los firmantes de un convenio. Al respecto, el CTBG considera que el conocimiento del DNI, sea de una persona de carácter público o privado, no es relevante a los efectos de alcanzar el objetivo de transparencia, que ya se puede conseguir con la publicación de los nombres y apellidos, y este dato queda fuera de la esfera pública de los firmantes, y el conocimiento por parte de terceros podría generar riesgos de suplantación de la identidad⁷⁷.

En cuarto lugar, es un dato meramente identificativo la firma manuscrita de un cargo público, pero no la de un particular. Si bien se podría considerar que, en la ponderación entre transparencia y protección de datos personales,

⁷⁶. Informe CTBG de 23 de marzo de 2015 sobre el acceso a datos de retribuciones de los funcionarios.

⁷⁷. Criterio interpretativo CTBG 4/2015, de 23 de julio.

De todos modos, se debe matizar el alcance de este criterio. En esta dirección, véase la Resolución 66/2016, de 27 de julio, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, en la que se afirma que «el interés público en la divulgación de información relativa a una persona nombrada para un puesto... debe prevalecer, con carácter general, sobre su interés individual en la preservación de la intimidad y los datos de carácter personal». Igualmente, la Resolución CTPDAnd 10/2017, de 1 de febrero.

prevalece la primera para dotar al documento de la máxima exactitud e integridad, si la firma no corresponde a un cargo público, en la ponderación se debe primar la protección de datos personales. De todos modos, para evitar cualquier riesgo, el criterio interpretativo CTBG-AEPD considera como una buena práctica la supresión de las firmas, siempre que se mencione que el documento original había sido efectivamente firmado⁷⁸.

En quinto lugar, es un dato meramente identificativo el nombre de los arquitectos que participan como técnicos municipales, que prestan sus servicios como empleados públicos en un ayuntamiento y que han intervenido en un procedimiento de otorgamiento de una licencia de obras⁷⁹.

En sexto lugar, es un dato meramente identificativo el nombre de los empleados públicos que figuran en las resoluciones de reconocimiento de compatibilidad⁸⁰.

En séptimo lugar, es un dato meramente identificativo el nombre y el cargo de los miembros del órgano de selección de personal. En particular, la GAIP considera que esta información debe ser difundida para que se pueda controlar que no haya existido ningún conflicto de intereses ni ningún trato de favor en el proceso de selección⁸¹. Ello debe ir acompañado con la difusión de los datos relativos a la identidad de los candidatos seleccionados. Sin embargo, la difusión debería limitarse al nombre y apellidos y no debería incluir ni el DNI ni la dirección de los seleccionados. En cambio, según la Comisión, no supera la ponderación la divulgación del nombre y apellidos de los candidatos que no hayan sido seleccionados⁸².

78. Criterio interpretativo CTBG-AEPD 4/2015, de 23 de julio.

79. Resolución de 7 de julio de 2016 (reclamación 17/2016).

80. En esta dirección, la Resolución 37/2016, de 11 de octubre, de la Comisión de Transparencia de Castilla y León, afirma que «la protección de los datos del empleado público cede frente al interés público en la divulgación de las resoluciones de reconocimiento de compatibilidad, lo cual aplicado a la solicitud de información cuya denegación se ha impugnado se traduce en el derecho del solicitante a conocer, en su caso, las compatibilidades reconocidas al empleado en cuestión; este derecho, sin embargo, no se extiende a conocer las solicitudes de compatibilidad presentadas, en su caso, por aquel y las denegaciones de las mismas, por no concurrir aquí un interés público en su divulgación y en el conocimiento de estos datos».

81. Resolución GAIP de 2 de febrero de 2016 (reclamación 28/2015). En la misma dirección, la Resolución CTBG 4/2016 de 17 de marzo, relativa al acceso a los expedientes de otras personas que concurren con el solicitante en un proceso competitivo para el ejercicio de un empleo público, al considerar que el acceso a dicha información es relevante para comprobar la imparcialidad del procedimiento selectivo. Previamente, en esta dirección, el informe AEPD 178/2014, siguiendo la doctrina de la Audiencia Nacional en la materia.

82. Resolución de 2 de febrero de 2016 (reclamación 28/2015). Como observa la GAIP, para verificar que ha concurrido más de un candidato «es suficiente con dar acceso al acta elaborada por el órgano de selección, previa ocultación de los datos personales de los candidatos que han participado en el proceso respectivo y que no han sido finalmente seleccionados».

En octavo lugar, los órganos de garantía del derecho de acceso han descartado otros supuestos como datos meramente identificativos. En efecto, de manera un tanto discutible, se ha descartado incluir en esta categoría los nombres de los miembros de un tribunal de pruebas de acceso a la universidad⁸³, o los autores de informes para proteger su independencia y libertad⁸⁴.

Por lo que respecta a la posible prevalencia de la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos respecto al acceso a la información que contenga datos personales meramente identificativos, de nuevo puede resultar de interés traer a colación diversas resoluciones de órganos y organismos de garantía del derecho de acceso a la información pública.

En particular, se ha esgrimido en algunas ocasiones la seguridad como motivo para no facilitar el acceso a datos meramente identificativos.

Por un lado, la GAIP, en una resolución en la que se enjuiciaba si procedía facilitar el acceso a la información relativa a la identificación de las personas que ocupan o han ocupado puestos de trabajo de la escala de apoyo del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, se muestra favorable a facilitar el acceso, al considerar que «no es verosímil que el nombre y apellidos de los miembros de la escala de apoyo del CME en manos del sindicato que pide esta información pueda suponer un riesgo para su seguridad, ya que por lógica y esencia de su función la principal preocupación de este sindicato debe ser la seguridad de sus miembros y en general del colectivo que aspira representar»⁸⁵.

Por otro lado, el CTCV, en relación con el número de identificación de un policía, señala que «se trataría del acceso a datos personales meramente identificativos de funcionarios públicos respecto de los que en principio procede reconocer el derecho de acceso (art. 15.2 Ley 19/2013). Sin embargo, al tratarse de un colectivo específico como lo es de funcionarios policiales, puede sostenerse que concurren derechos o intereses específicos en su no revelación (como puedan ser motivos de seguridad). Ello sucedería especialmente en el caso de la solicitud de información por la ciudadanía en general. No obstante, en el caso presente el solicitante es un compañero policial en activo, dato que también puede ser relevante a efectos de ponderación. Tampoco es irrelevante que se trate de datos de identificación que no incluyan los nombres y apellidos de los agentes, sino los números identificativos. El acceso a los nombres

83. Resolución CTAr 3/2016, de 12 de septiembre, al considerar que a pesar de ser datos meramente identificativos no están relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública de la Universidad. Finalmente, se acaba denegando el acceso porque podría afectar a la intimidad o la seguridad de los afectados, ya que el solicitante quiere obtener los datos para entrevistarse con ellos.

84. Resoluciones CTBG 35/2015 de 10 de junio y 23/2016 de 7 de abril.

85. Resolución GAIP de 28 de julio de 2016 (reclamación 75/2016).

y apellidos concretos a partir de números identificativos requiere de una labor previa de asociación, por lo que queda menos afectada *a priori* la protección de datos o intereses de los afectados como su seguridad, por ejemplo. Estos razonamientos podrían llevar a considerar que procede reconocer el derecho de acceso del solicitante»⁸⁶.

Finalmente, el CTBG ha denegado el acceso a los méritos de las personas a las que se ha concedido la orden al mérito policial, porque puede poner en riesgo su vida e integridad física, así como el buen término de las operaciones⁸⁷.

3

El acceso parcial y otros mecanismos para la protección de los datos personales

La LTAIBG prevé otros mecanismos para la protección de los datos personales, como son el acceso parcial a la información pública y la disociación de los datos personales⁸⁸. Asimismo, la doctrina de algún órgano de garantía del derecho de acceso a la información pública ha señalado que esta finalidad también se puede conseguir facilitando la información en un formato determinado que evite la difusión de datos personales, como veremos a continuación.

Por lo que respecta al acceso parcial, ya se ha hecho mención anteriormente de que, en la medida en que la aplicación de los límites del derecho de acceso se ha de realizar de forma proporcional a su objeto y finalidad de protección y atender a las circunstancias del caso concreto, y debe ser justificada, si un límite afecta únicamente a una parte de la información solicitada, se facilitará el acceso restringido a aquellos datos que no se vean afectados por el mismo, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido⁸⁹. En efecto, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, cuando el límite no afecte a la totalidad de la información, se debe facilitar el acceso parcial, omitiendo aquella parte de la información que esté afectada por el límite.

86. Resolución CTCV de 3 de abril de 2017 (reclamación 21/2016).

87. Resolución CTBG 490/2015 de 29 de febrero de 2016.

88. Como observa Martínez, «tanto la anonimización como el acceso parcial exigirán de una enorme diligencia tanto para evitar errores como para impedir que el contexto permita al tercero destinatario de la información inferir datos personales de los sujetos concernidos» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2014, p. 271).

89. Artículo 16 LTAIBG. Véase al respecto la Resolución GAIP de 27 de abril de 2016 (reclamación 37/2015).

Por lo que se refiere a la disociación, la LTAIBG señala que no será de aplicación el límite para la protección de los datos personales si estos se disocian de la información solicitada, de manera que no pueda ser posible la identificación de los afectados⁹⁰. La disociación consiste en aquel tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable⁹¹. Tal y como ha señalado el CTBG, ni la anonimización ni la disociación pueden entenderse como supuestos de reelaboración a los efectos de aplicar las causas de inadmisión previstos en la LTAIBG⁹².

La disociación o anonimización persigue eliminar o reducir al mínimo los riesgos de reidentificación de los datos anonimizados manteniendo la veracidad de los resultados del tratamiento de estos; es decir, además de evitar la identificación de las personas, los datos anonimizados deben garantizar que cualquier operación o tratamiento que pueda ser realizado con posterioridad a la anonimización no conlleve una distorsión de los datos reales⁹³. Sin embargo, no siempre es irreversible lo que puede entrañar riesgos, presentes o futuros, para la protección de los datos personales. Por ello, de acuerdo con la Agencia Española de Protección de Datos, hay que garantizar la irreversibilidad de la anonimización, y para ello se deberán valorar tanto las fuentes de información disponibles en los diferentes medios y, en particular, a través de Internet, como la tecnología aplicable en los procesos de anonimización y en los de reidentificación. La anonimización se puede llevar a cabo utilizando diferentes técnicas⁹⁴.

Más allá del acceso parcial a la información pública o de la disociación de los datos personales que pueda contener, tal y como prevé la legislación de trans-

90. Igualmente, el artículo 5.3 LTAIBG establece que «cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los mismos».

91. Art. 3.f) LOPD.

92. Resolución CTBG 5/2017 de 31 de marzo.

93. Véanse al respecto las Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales de la Agencia Española de Protección de Datos de 2016.

94. Según el Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización del Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, se pueden utilizar técnicas de anonimización como la aleatorización (adición de ruido, permutación, privacidad diferencial), la generalización (agregación, anonimato k, diversidad de proximidad) y la pseudonimización (cifrado de clave secreta, función hash). Sin embargo, estas técnicas pueden generar riesgos de singularización (posibilidad de extraer de los datos registros que identifican a una persona), vinculabilidad (capacidad de vincular dos o más registros de una persona de una o varias bases de datos) o inferencia (posibilidad de deducir el valor de un atributo a partir de los valores del resto de atributos). Para reducir los riesgos de identificación se pueden seguir unas buenas prácticas tales como evaluar periódicamente los riesgos, no olvidar la posibilidad de que haya atacantes, utilizar de manera combinada diversas técnicas o revelar la técnica utilizada (GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, 2014).

parencia, las Administraciones públicas pueden facilitar la información solicitada de manera que no incluya datos personales. Así lo pone de relieve la GAIP al señalar que «esto se puede hacer de dos maneras: facilitando copia de las licencias y tachando los nombres que figuran en cada una de ellas (sin perjuicio de lo que se dirá a continuación en relación con los arquitectos), o bien facilitando solo una lista de las licencias otorgadas en el periodo solicitado, identificadas por su título o por su objeto (hay que entender que con esta relación se daría satisfacción a la parte de la solicitud de acceso relativa a la información sobre la licencia)»⁹⁵.

Por último, las Administraciones públicas pueden exigir al solicitante del acceso la no difusión de la información obtenida y, en general, un deber de confidencialidad respecto a ella⁹⁶.

4

Reflexiones finales

En las páginas anteriores, hemos tenido oportunidad de observar el difícil equilibrio existente entre la transparencia pública y el derecho a la protección de los datos personales. También se han podido identificar diferentes elementos que pueden incidir a la hora de buscar este equilibrio.

En primer lugar, la actividad de los órganos y organismos de garantía del derecho de acceso a la información pública. Tal y como hemos tenido oportunidad de señalar, estos órganos y organismos vienen realizando un relevante papel para facilitar el equilibrio entre la transparencia y la protección de los datos personales. En efecto, la lectura de su doctrina permite observar el esfuerzo que vienen realizando, con la colaboración de las autoridades de protección de datos⁹⁷, para concretar este difícil equilibrio⁹⁸. Sin embargo,

⁹⁵. Resolución GAIP de 7 de julio de 2016 (reclamación 17/2016). En la misma dirección, la Resolución CTBG 358/2015 de 8 de enero de 2016, relativa a la difusión de las estadísticas de aprobados y suspendidos de examinadores de tráfico, sin mención de su identidad.

⁹⁶. En esta dirección, la Resolución de la GAIP de 23 de diciembre de 2015 (reclamación 17/2015), al afirmar que la persona reclamante «tiene un deber de confidencialidad en relación con la información que obtendrá en ejecución de la presente reclamación, por lo que no podrá ceder a terceras personas ni destinarla a otra finalidad que no sea la de ejercer su derecho de defensa como aspirante a una de las plazas de profesorado contratado de la Universidad de Barcelona». Sin embargo, como afirma la propia GAIP, «no resulta ajustada a la vigente legislación de transparencia la práctica habitual, alegada por la persona reclamante, de dar acceso a todo tipo de documentos depositados a los archivos, a cambio de firmar un documento de confidencialidad y reserva que exoneraría de responsabilidad al Administración» (Resolución GAIP de 28 de julio de 2016 –reclamación 69/2016–).

⁹⁷. Al respecto, téngase en cuenta lo previsto en la disposición adicional 5.ª LTAIBG.

⁹⁸. A nuestro entender, el modelo dual en el que se confía la garantía de la transparencia pública y de la protección de datos a dos órganos o entidades autónomas ha facilitado esta

el esfuerzo de estos órganos y organismos puede quedar en vano si las resoluciones no son fácilmente localizables y accesibles. Al respecto, debemos reparar las dificultades que en ocasiones existen para poder conocer la doctrina de estos órganos y organismos por la ausencia de buscadores, la falta de ordenación temática de las resoluciones, la inexistencia de palabras claves o de tesauros comunes entre los diferentes órganos y organismos que faciliten estas tareas o el formato no reutilizable en el que difunden sus resoluciones. Por todo ello, sería deseable que el marco de las excelentes relaciones que existen entre los diferentes órganos y organismos de garantía del derecho de acceso a la información pública en la actualidad se traduzca en medidas concretas en esta dirección.

En segundo lugar, la incorporación de la transparencia y la protección de datos al ciclo de gestión de la información. En esta dirección, cabe considerar que la transparencia y la privacidad por diseño pueden facilitar el equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales⁹⁹. En efecto, en la medida en que la transparencia y la protección de datos personales se tengan en cuenta en todo el proceso de gestión documental, desde la creación de la información hasta su difusión por parte de la Administración pública, o hasta que se proporcione a los solicitantes de información, se facilitará significativamente el alcance del equilibrio necesario entre la transparencia y la protección de datos personales. De este modo, si la información pública incorpora metadatos relativos a los datos personales que contiene, o si los documentos se elaboran de tal manera que no sea necesario anonimizarlos o, en su caso, el proceso de anonimización o disociación se pueda llevar de manera automatizada o aplicando pocos recursos, sin duda será más fácil encontrar el equilibrio entre la transparencia y la protección de datos. Todo ello exige, más allá de un escrupuloso cumplimiento de la normativa vigente, un cambio de la cultura administrativa, más sensible no solo al cumplimiento de los preceptos de la legislación de protección de los datos personales, sino también a una mayor apertura a la ciudadanía.

En tercer lugar, la sensibilidad hacia la evolución del concepto social de privacidad y de protección de datos personales. En la actualidad, la ciudadanía percibe la protección de datos personales desde un para-

labor, y por el momento no parece que se hayan reproducido en España las tensiones observadas en países de nuestro entorno como Portugal, Italia o Francia, donde las relaciones se han caracterizado por la tensión y la disparidad de criterios (GARCÍA MUÑOZ, 2017).

⁹⁹. Así se ha manifestado, desde la perspectiva de la privacidad, Martínez, al afirmar que «las Administraciones que apuesten por un diseño basado en la privacidad se podrán contar entre las adecuadamente preparadas para gestionar este tipo de procesos, y probablemente entre las más transparentes» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2014, p. 280).

digma distinto al equilibrio que en ocasiones se deriva del estricto cumplimiento de lo previsto en las leyes de transparencia¹⁰⁰. Al respecto, se debe tener presente que hoy en día el uso social de las tecnologías de la información y la comunicación nos está llevando hacia un nuevo paradigma de la privacidad y la protección de datos personales. En esta dirección, el Eurobarómetro muestra cómo los nativos digitales (jóvenes menores de 25 años) consideran que la revelación de datos personales no constituye para ellos un tema relevante (43 % frente al 33 % de media en la Unión Europea) y que no les importa facilitar datos personales a cambio de obtener servicios en línea gratuitos (48 % frente al 29 % de media en la Unión Europea)¹⁰¹. Además, no todas las personas consideran los mismos datos como personales (por ejemplo, el 75 % de los españoles consideran como personal la información financiera, mientras que la información sobre la salud lo es para el 65 %)¹⁰². Asimismo, el 82 % de los encuestados consideran que la revelación de datos personales es un hecho creciente en la vida moderna, aunque no por ello deja de ser un hecho relevante (59 %). Por todo ello, no se puede desconocer este proceso evolutivo como elemento que debe ser tenido en cuenta para encontrar el equilibrio necesario entre la transparencia y la protección de datos personales¹⁰³.

5

Bibliografía

- AA. VV., *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «The re-use of public sector information in Europe and its impact on transparency», *European Law Journal*, 18(6), 2012, pp. 770-792.

100. De hecho, no se puede desconocer que, «hasta el momento, el concepto de dato personal ha venido siendo interpretado de la forma más amplia posible, con un cada vez más manifiesto exceso respecto a su sentido originario, fuente de cruciales consecuencias jurídicas para nuestro objeto de estudio, por su potencial efecto impeditivo de toda revelación de información pública donde figure el nombre de una persona» (GUICHOT REINA, 2017, p. 15).

101. EUROPEAN COMMISSION, 2011, p. 4.

102. EUROPEAN COMMISSION, 2011, p. 12.

103. Como ha observado Martínez Martínez, «la dinámica social y tecnológica hace har- to complicado el encontrar el punto de equilibrio que permita alcanzar soluciones de compromiso que permitan preservar el derecho fundamental y la transparencia a un tiempo» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2014, pp. 245-246).

- EUROPEAN COMMISSION, *Special Eurobarometer 359. Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union*, 2011. Accesible en http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, *El Derecho al Acceso a la Información Pública en España*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GARCÍA MUÑOZ, Ò., «La protección de los datos de carácter personal», en AA. VV., *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización*, 2014.
- GUICHOT REINA, E., «Límites a la transparencia y el acceso a la información», en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.
- GUICHOT REINA, E., «Las relaciones entre publicidad y privacidad en la normativa sobre transparencia y acceso a la información», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 44, 2017, pp. 12-47.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Buena gobernanza y transparencia municipal. Guía para la implantación de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, en los ayuntamientos catalanes*, 2015. Accesible en http://www.gobiernolocal.org/historicoBoletines/nueva_web/Guia_Ley_transparencia.pdf
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia», en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 241-280.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. L., «Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación», en CANALS AMETLLER, D. (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Documenta Universitaria, Girona, 2016.
- TEJEDOR BIELSA, J. C., «A la búsqueda del equilibrio entre transparencia administrativa y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 12, 2014.

VELASCO RICO, C., «El dret d'accés a la informació pública: reconeixement, límits i procediment d'exercici», en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. (coords.), *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya. Comentaris de la Llei 19/2014, de 9 de desembre*, Editorial UOC-Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2015.

La mejora regulatoria en el ámbito local y el control judicial de ordenanzas y planes de urbanismo: análisis de los antecedentes y de los retos en el caso español

JULI PONCE SOLÉ

*Catedrático acr. de Derecho Administrativo.
Director del Instituto de Investigación TransJus
de la Universidad de Barcelona¹*

1. Introducción

2. Antecedentes: el significado y las importantes implicaciones de la mejora regulatoria

- 2.1. Mutaciones públicas, buen gobierno y buena administración y normas jurídicas. Aumento del PIB y reducción del desempleo
- 2.2. La evaluación de la calidad normativa
- 2.3. La mejora de la calidad normativa
- 2.4. Técnicas de evaluación de la calidad normativa existentes: la caja de herramientas
- 2.5. Relevancia y nuevos desarrollos

3. Antecedentes de la mejora regulatoria en España

- 3.1. Antecedentes en el nivel estatal
- 3.2. La situación en las comunidades autónomas y en el nivel local

Artículo recibido el 25/09/2017; aceptado el 03/10/2017.

1. <http://www.ub.edu/instituttransjus/>. Este trabajo se presentó en el *VIII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas*, organizado por GIGAPP, en Madrid, del 25 al 28 de septiembre de 2017.

El estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2014-57391-C2-1-R, Título: Regeneración democrática, buena administración e integridad pública: el papel del derecho administrativo ante la crisis de las instituciones públicas. IP: Juli Ponce.

- 3.3. Reacción judicial
- 3.4. Diagnóstico de la situación existente antes de las nuevas leyes
- 4. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**
 - 4.1. Preámbulo: referencia a la OCDE
 - 4.2. Título competencial: 149.1: 13, 14 y 18. Contraste con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente
 - 4.3. Art. 1: regulación de procedimientos
 - 4.4. Arts. 129 y ss. Las novedades
 - 4.4.1. Principios de buena regulación
 - 4.4.2. Evaluación *ex post*
 - 4.4.3. Planificación normativa *ex ante*: ejemplos de derecho comparado
 - 4.4.4. Participación: ¿un cambio radical o aparente?
- 5. Algunas reflexiones complementarias sobre el mundo local: normas, administración electrónica, organización**
- 6. Consideraciones finales**
- 7. Bibliografía**
- 8. Anejo: lista de comprobación de acuerdo con la Ley 39/2015**

Resumen

El movimiento de la *better o smart regulation* lleva años de desarrollo en el ámbito internacional y europeo, si bien su impacto a nivel local parece haber sido menor que en otros niveles de Gobierno y Administración. La ponencia analiza brevemente los antecedentes de la mejora regulatoria en general, para centrarse en el ámbito local, concretamente en el caso español, estudiando la jurisprudencia que ha controlado y anulado ordenanzas y planes urbanísticos por deficiente calidad normativa.

En ese contexto, son estudiadas las nuevas leyes españolas que afectan a la buena regulación, y se analiza el impacto que están ya teniendo en el nivel local. Se finaliza con unas conclusiones referidas a los retos de futuro de la mejora regulatoria en el ámbito local, y se introduce una *checklist* para ayudar a los decisores públicos y a sus controladores.

Palabras clave: *better/smart regulation; ordenanzas; planes; lista de comprobación; jurisprudencia.*

Better regulation at the local level and the judicial control of municipal regulations and urban planning: an analysis of the precedents and the challenges in Spain

Abstract

Better or smart regulation is a consolidated phenomenon in the international and European spheres, although its impact at the local level has been reduced if we take as a reference other levels of government and administration. This article studies briefly the precedents of better regulation in general and, afterwards, it focuses its attention on the local level and the Spanish case. The article studies the case law which annuls municipal regulations and urban planning because of poor legislative technique.

In this context, the new Spanish legislation on better regulation is analyzed and the article studies its impact on the local level. Finally, the article concludes with some challenges at the local level.

Keywords: better/smart regulation, municipal regulations; urban planning; checklist; case law.

«Hay que medir todo lo medible y hacer medible lo que no lo es»

Galileo, citado por Carlo Frabetti en el capítulo titulado «¿Dan miedo los números?» de su libro *¿El huevo o la gallina? Preguntas tontas y respuestas sorprendentes*, Alianza Editorial, 2015, p. 159.

1

Introducción

Las leyes estatales 39 y 40 de 2015 han introducido significativas referencias a la calidad normativa y a la buena regulación, reunificando de nuevo la elaboración de reglamentos y la iniciativa legislativa (como ya sucedía en la LPA de 1958), *afectando también a la elaboración de normas jurídicas locales*. En las páginas que siguen, paso a considerar las novedades más relevantes aportadas por este paquete legislativo en materia de mejora regulatoria, que ha pasado a rango de ley diversos preceptos reglamentarios preexistentes y ha generado un nuevo marco normativo en otros supuestos, analizando específicamente su impacto en las normas locales.

Para ello, partiremos de un análisis del concepto de calidad normativa y de la situación legislativa, administrativa y judicial existente antes de la entrada en vigor de las leyes, puesto que si no lo hiciéramos así no comprenderíamos el sentido de estas dos nuevas leyes (epígrafes 2 y 3); estudiaremos las reformas operadas por la Ley 39/2015, que son las que afectan a las normas locales (epígrafe 4); comprobaremos cómo el mundo local se ve afectado por esta Ley (epígrafe 5); y cerraremos el estudio con algunas conclusiones finales (epígrafe 6), incluyendo una reflexión específica sobre el ámbito local, donde esta cuestión apenas ha empezado a tratarse.

Como se verá a lo largo del estudio, es preciso distinguir en este tema, como en otros, un aspecto puramente formal, legalista positivista (la ley en los libros), de un aspecto material, realista, de funcionamiento en la práctica (la ley en acción), vinculado a importantes temas de calidad en la gestión pública y al control judicial de la actividad pública, incluyendo la local. Intentaremos ofrecer una visión desde ambos ámbitos.

2

Antecedentes: el significado y las importantes implicaciones de la mejora regulatoria

2.1

Mutaciones públicas, buen gobierno y buena administración y normas jurídicas. Aumento del PIB y reducción del desempleo

Como es sabido, cuando los Gobiernos y las Administraciones públicas desarrollan políticas públicas y prestan servicios públicos deben hacerlo siempre, por mandato constitucional (en virtud del principio de legalidad, art. 9.3 CE), de acuerdo con las normas (reglamentarias –incluidos planes administrativos– o con rango de ley) previamente aprobadas. Por tanto, partiendo de tan simple evidencia, *el primer paso para poder hablar de calidad de las políticas públicas y de los servicios públicos es referirse a la calidad de ese entramado jurídico que fundamenta y limita la actividad pública, y que en muchas ocasiones formaliza las políticas públicas decididas*. Efectivamente, muchas políticas públicas son formalizadas en leyes por el poder legislativo, encuadrando la actividad del poder ejecutivo, como decimos, y afectando a la libertad de los ciudadanos, o por reglamentos, sean ejecutivos o independientes.

Esta conexión entre políticas públicas y normas jurídicas, tan evidente, se mantiene aún, en nuestro país, mayoritariamente oculta para la cien-

cia política y el derecho, lo que explica que, tradicionalmente, ni aquella ni este hayan considerado la calidad normativa material como un objeto de análisis y estudio, y, en general, ni politólogos ni juristas se consideren concernidos por el tema, todos pensando que se trata de algo que *ya harán otros*.

Desde la perspectiva del derecho público y la gestión pública en España (y en Europa, en general), el *paradigma dominante* –por emplear la conocida expresión de KUHN²– se ha centrado históricamente en la aplicación del derecho, y mucho menos en el modo de adopción tanto de las normas como del resto de decisiones públicas³. Este paradigma ha condicionado las investigaciones académicas e impregnado la actuación cotidiana de los distintos operadores jurídicos (legislador, poder ejecutivo, poder judicial, privados). Además, por otro lado, el derecho se ha aproximado a la gestión pública desde una construcción dogmática teórica-formalista de las instituciones o reglas, como destacan numerosos autores, con mucha menor (o nula) preocupación por la eficacia de la actividad administrativa desplegada en el marco del derecho.

Las corrientes intelectuales internacionales en el ámbito del derecho público insisten desde hace años en la necesidad de incorporar al análisis jurídico una mayor preocupación por la calidad de la actividad administrativa (que complemente la perspectiva tradicional, aunque limitada, de su control judicial), un desplazamiento de la atención de la aplicación de la norma a la elaboración de esta⁴ y una preocupación por las aportaciones del derecho a la buena gestión pública, así como una mayor reflexión, usando la colaboración de otras ciencias para medir los efectos de las normas⁵.

2. Utilizamos la palabra «paradigma» en el sentido empleado en el ámbito de las ciencias naturales por KUHN, T. S., *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago, 3.ª ed., 1996 (existe traducción al español: *La estructura de de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981), extendiéndolo en este caso a las ciencias sociales y, concretamente, al derecho (público).

3. Véase «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación», *DOXA*, n.º 26, 2003, pp. 261 y ss.

4. Véase «Legisprudencia...», *op. cit.* Téngase en cuenta, por ejemplo, la existencia desde hace unos años de una revista especializada dedicada específicamente a la elaboración normativa. Se trata de *Legisprudence*, que desde el año 2013 ha cambiado ese nombre por el de *The Theory and Practice of Legislation*: <http://www.tandfonline.com/toc/rtp120/current> (todas las referencias a vínculos de Internet están actualizadas a 22 de diciembre de 2016).

5. Así, por ejemplo, existe un movimiento jurídico que propugna la aplicación de métodos cuantitativos basados en la matemática al derecho y que se conoce con el nombre de jurimetría (*Jurimetrics*, en inglés), existiendo una revista específica: *Jurimetrics. The Journal of Law, Science and Technology* (<https://www.law.asu.edu/jurimetrics/JurimetricsJournal.aspx>). Puede consultarse al respecto: DE MULDER, R., «Jurimetrics Please!», *European Journal of Law and Technology*, vol. 1, n.º 1, 2010, consultable en <http://ejlt.org/article/view/13>

Es este un ámbito donde la *transdisciplinariedad* despliega todo su sentido⁶. La calidad normativa se vincula, así, a los modernos conceptos de buena gobernanza, buen gobierno (del poder legislativo y ejecutivo) y buena administración, con su correlato en la *buena regulación*, y se precisa de un nuevo encuentro entre ciencias sociales y derecho para su logro⁷.

El buen gobierno y la buena administración enlazan también con el número y la calidad de las normas elaboradas por el poder ejecutivo y el poder legislativo, y se configuran como un tema de gran importancia en la agenda intelectual de la gestión pública y de la lucha contra la corrupción, pues no en vano Tácito ya señalaba que «*Corruptissima re publica plurimae leges*» (*Annales*, Libro III, 27)⁸.

En esta línea, que ya ha trascendido a la práctica cotidiana, en el ámbito concreto del ejercicio de la potestad reglamentaria, la jurisprudencia española ha reconocido la vinculación de esta a las obligaciones de buena administración. Destaca, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, Recurso n.º 25/2008, ponente Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso, que señala lo siguiente:

Los conceptos de buena administración y de calidad de la actividad administrativa, cobran todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa conlleva.

La ausencia de un estudio económico riguroso puede producir, y ejemplos hay de ello, que las disposiciones reglamentarias se queden «en papel mojado», carentes de virtualidad práctica, bien por ausencia de partidas presupuestarias o vías de financiación, sin duda los supuestos más frecuentes, bien por no haber ponderado la carga económica que a la sociedad en general, y, en particular, a los singularmente afectados, supone la aplicación de la norma reglamentaria.

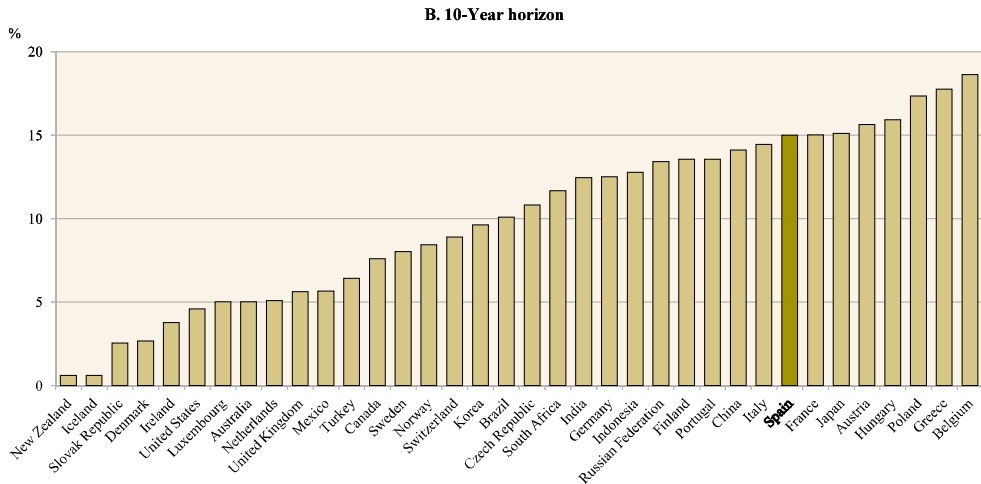
6. CARNEIRO, M.^a F. y LOUREIRO, M.^a F., «Law and Transdisciplinarity», *Social Science Research Network*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865907, 2011.

7. PONCE, J., «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 11, enero-junio 2014. Disponible en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10176&path%5B%5D=10650>

8. Consultable en <http://www.sacred-texts.com/cla/tac/a03020.htm>

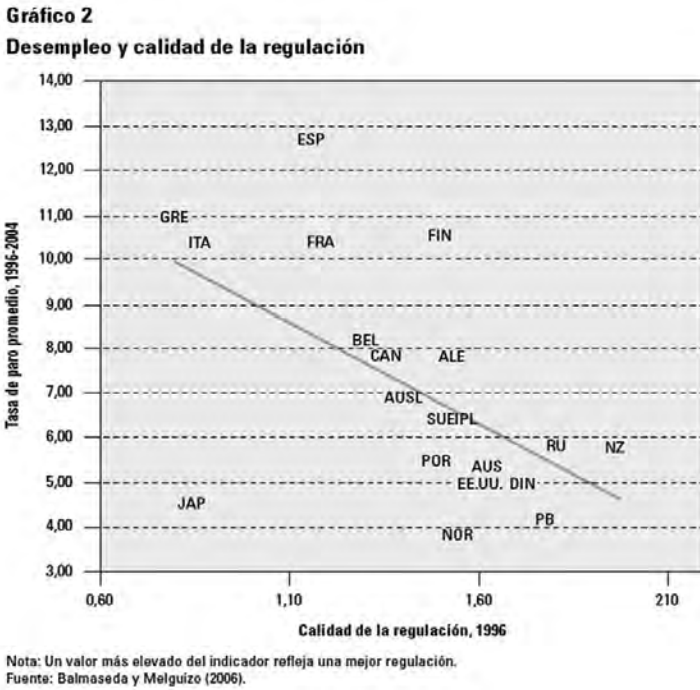
En definitiva, cuando se habla de una norma jurídica de calidad, se habla, desde una perspectiva general, del desarrollo adecuado de la discrecionalidad de que goza el legislador, y, desde la perspectiva específicamente reglamentaria, del despliegue de un buen gobierno y una buena administración. El objetivo de garantizar la calidad normativa busca no solo la garantía de la eficiencia y economía de la actividad pública, sino también de la legitimidad pública, de la competitividad y de los derechos e intereses de privados, entre los que destacan, singularmente, las pequeñas y medianas empresas, los trabajadores y los consumidores.

La OCDE estima que reformas regulatoras más adecuadas podrían suponer un incremento del PIB nacional de hasta el 10 %⁹:



9. Véase <http://regplus.blogspot.com.es/2012/06/regulatory-reform-can-save-10-of-gdp.html>, y BOUIS, R. y DUVAL, R. (2011), «Raising Potential Growth after the Crisis: A Quantitative Assessment of the Potential Gains from Various Structural Reforms in the OECD Area and Beyond», *OECD Economics Department Working Papers*, n.º 835, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgk9qj18s8n-en>

Diversos estudios económicos correlacionan desempleo y mala regulación¹⁰:



Las preocupaciones por la calidad normativa no suponen una búsqueda automática de la desregulación, pudiendo suponer, en ocasiones de lagunas o insuficiencias, más regulación, y, en todo caso, mejor regulación. Esta preocupación no es de derechas ni de izquierdas, habiéndose mantenido en diversos países durante décadas con partidos políticos de diverso signo.

La calidad normativa es especialmente relevante en el actual contexto de mutaciones de las funciones y legitimidades de las intervenciones públicas. Tras el paso del Estado liberal, concentrado en la garantía del orden público, se habla del paso al Estado social, donde la solidaridad tiene un peso importante, para referirse en la actualidad al Estado regulador, en un

10. Sobre las relaciones entre calidad normativa y diversas variables económicas, incluyendo el desempleo (existiendo correlación entre menor desempleo y mejor regulación en diversos países), puede consultarse BALMASEDA, M. y MELGUIZO, A., «Mejor regulación: ni más, ni menos», en AA. VV., *Marco regulatorio y unidad de mercado*, Círculo de Empresarios, 2006, pp. 15 y ss. Consultable en http://circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/libro-Marron-Marco-regulatorio-y-unidad-de-mercado-CoM-PlTo_1.pdf

contexto de privatizaciones y liberalizaciones. Se sostiene que el Estado en la actualidad ha pasado de «remar» (ofrecer prestaciones, actuando directamente) a «dirigir»: y en esa dirección, el uso de la potestad reglamentaria y de la función legislativa es relevante. En consecuencia, la calidad normativa se encuentra en el corazón de la legitimidad pública moderna, desde la perspectiva del denominado derecho útil o regulativo, que acompaña la intervención pública.

De ahí la creciente preocupación de organizaciones como la UE¹¹ y la OCDE¹², como veremos, por la calidad normativa y las iniciativas impulsadas por diversos países en este ámbito, como es el caso de los EE. UU., Gran Bretaña, Francia y otros. Esta preocupación y las técnicas de gestión desplegadas es lo que se conoce como *better* o, más recientemente, *smart regulation*¹³.

2.2

La evaluación de la calidad normativa

No cabe ninguna duda de que es posible medir cuantitativamente dicho entramado normativo. Entre 1979 y 2002 se habrían dictado 1580 leyes y 57 225 reglamentos (2,68 % frente al 97,32 % del total de normas jurídicas), con una media anual de 2384 textos reglamentarios. A fecha de 2004 existirían 8947 leyes en vigor y 150 230 reglamentos. Se calcula que en 2009 habría

11. Que fue quien inició la reflexión sobre el tema con el Informe del *Mandelkern Group on Better Regulation*, 2001 (consultable en inglés en http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf)

12. Véase su página web específica: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/>

13. Por ejemplo, véanse: OECD (2005), *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*; «Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union», COM(2005) 97 final, de 16 de marzo de 2005; página web de la Unión Europea sobre *better regulation* (http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_es.htm); Balsa, C. (2006), La «Better Regulation», *Papeles de Evaluación*, n.º 1, MAP; Baldwin, R. (2005), «Is better regulation smarter regulation?», *Public Law*, pp. 485-511; Weatherill, S. (ed.) (2007), *Better Regulation*, Hart Publishing; Pinilla Palleja, R. (2008), «Qué es y para qué sirve la evaluación de impacto normativo», *Papeles de Evaluación*, n.º 8, MAP; Ponce Solé, J. (2003), «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones», *Revista de Administración Pública*, n.º 162, pp. 89-144; Prats Català, Joan (2005), «Construyendo la gobernanza del sistema regulador», epígrafe contenido en su libro *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 171-180; y Fernández Rojas, G., «Francia: seguridad jurídica y nueva política codificadora», *International Law*, 2004, pp. 147 y ss (<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82400405>).

más de 5000 leyes en vigor en España¹⁴. En Cataluña, de acuerdo con los datos consultados en mayo de 2017, existen 846 leyes, 3563 decretos y 9677 órdenes en vigor. En el específico ámbito local catalán, por ejemplo, hemos podido realizar una primera cuantificación de las ordenanzas vigentes, arrojando un saldo total, a fecha de mayo de 2017, de 17 652¹⁵.

Pero más allá de esa medición puramente cuantitativa, es preciso plantearse qué significa que una norma jurídica sea de calidad, y si esa calidad es también cuantificable de algún modo, porque solo si la calidad de las normas es mensurable podremos plantearnos mejorarla, tanto de las normas ya dictadas en el pasado como de las nuevas que se dicten en el futuro.

El estado actual de la ciencia jurídica permite responder a todas estas cuestiones. En primer lugar, tenemos que saber qué es la calidad normativa. Para hablar de calidad o de falta de calidad de una norma jurídica, desde estas perspectivas, hemos de contar con estándares, con criterios de calidad que permitan la comparación. En la actualidad, estos estándares son de dos tipos: unos *formales*, referidos a la estructura e inteligibilidad de la norma, estudiados y desarrollados por la denominada *teoría de la legislación*, y otros *materiales*, referidos a los impactos que la norma jurídica tiene en el mundo real, en la esfera personal y patrimonial de los ciudadanos y de las empresas.

Por consiguiente, cabría afirmar que *la calidad de las decisiones normativas tiene al menos tres aspectos a considerar: el formal, el procedimental y el material*.

Desde una perspectiva *formal*, la norma ha de ser correcta, siguiendo los estándares que puedan fijarse al respecto por el poder legislativo o la propia Administración (por ejemplo, en garantía de que el lenguaje jurídico empleado sea inteligible para el ciudadano medio, etc.). Desde una perspectiva *material*, la norma no ha de vulnerar ninguna regla ni principio del ordenamiento jurídico. Y desde una perspectiva *procedimental*, el proceso de adopción de la

14. Datos extraídos de SANTAMARÍA PASTOR, J. (2004), «La Administración como poder regulador», en AA. VV., *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, pp. 375 y ss., y MARTÍN REBOLLO, L. (2011), «Treinta años de derecho administrativo español (una primera aproximación a los principales cambios producidos)», en CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. DE LA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. y VILLAR ROJAS, F. J. (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, LA LEY.

15. Del total de 20 648 normas no fiscales existentes, restamos 949 relacionadas con el cartapacio local, 1558 serían de ficheros y 489 de planes de urbanismo. Restando todas ellas nos daría las ordenanzas, no fiscales, vigentes, que serían el número expresado en el texto. A ellas habría que añadir las fiscales (que solo en lo que llevamos de 2017 suponían 840 más).

Quiero dar las gracias a las señoras Aurora Torres, del Servicio del BOP, y Asun Juan, del CIDO (*Cercador d'Informació de Diaris Oficials*, de la Diputació de Barcelona), por su amable asesoramiento y ayuda.

decisión debe ser un *procedimiento adecuado*, que, si se trata de un reglamento, ha de garantizar la buena administración. Pues como señala la Agencia Sueca para la Gestión Pública, en un informe comparando los principios de buena administración de los Estados miembros de la UE, los buenos procedimientos desarrollados hacen que «la posibilidad de hacer buenas decisiones se incremente enormemente»¹⁶.

Si la norma se adopta sin este proceso razonado y razonable de elaboración, entonces el ejercicio de la discrecionalidad es defectuoso, constitutivo de mala administración en el caso de los reglamentos y, como veremos, de una posible vulneración constitucional en el caso legislativo, y el resultado *es de baja calidad y por ello antijurídico*.

Desde la primera perspectiva formal, la perspectiva más conocida tradicionalmente en España, existen ya tanto desarrollos científicos como documentos jurídicos. Es el caso, por lo que a estos se refiere, de los estándares específicos provenientes de la denominada teoría de la legislación y que, en el ámbito estatal, por ejemplo, se hallan ahora recogidos en las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por el Consejo de Ministros en 2005. Desde la perspectiva de la calidad procedimental y material, las normas jurídicas, por mandato constitucional, deben ser racionales, proporcionadas, no discriminatorias, eficaces, eficientes, y deben proteger los derechos constitucionales y permitir también su adecuado desarrollo, siendo adoptadas según el procedimiento diseñado por el ordenamiento jurídico. *Esta perspectiva es la que nos va a interesar aquí, desde el punto de vista del impacto que pueden generar las normas y de los modos de medir este.*

2.3

La mejora de la calidad normativa

Todos los aspectos aludidos antes son mensurables¹⁷ y, en consecuencia, cabe intentar mejorar la calidad normativa. La mejora de las normas jurídicas puede ser entendida como la política centrada en la búsqueda de la mejora y simplificación del entorno normativo.

16. AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA, 2005: *Principles of Good Administration* (<http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>). La traducción del inglés es nuestra.

17. Así, por ejemplo, ténganse en cuenta los indicadores referidos a la calidad regulatoria del Banco Mundial (<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>), los cuales, sin embargo, tienen un claro sesgo hacia la desregulación y la facilitación de la actividad económica privada.

Pero para poder conocer la calidad de las normas y, en su caso, mejorarla, es requisito imprescindible *evaluar*, es decir, medir los efectos, los impactos de la normativa en el mundo real. Se trata mediante la evaluación de las normas de calcular los *impactos* de la norma y conocer así los aspectos positivos y negativos que su futura aprobación (evaluación *ex ante* o *prospectiva*) o su aplicación durante un determinado período de tiempo (evaluación *ex post* o *retrospectiva*) generan.

Ambos tipos de evaluación no solo no son incompatibles, sino que pueden y deben ser concurrentes. Antes de lanzar al mundo jurídico una norma jurídica (es decir, al impulsar la normativa, al redactarla, al ser debatida, en su caso, en el Parlamento), puede evaluarse qué impactos tendrá y, en función de tal evaluación, decidir incluso que es mejor no promulgarla, por ejemplo. Si se aprueba la norma jurídica y entra en vigor, será preciso entonces (durante su vigencia) conocer cuál es su (in)aplicación verdadera, su grado de aceptación social, esto es, si los ciudadanos la respetan o no de *motu proprio*, si cuando no es respetada se generan efectivas reacciones jurídicas (sanciones, etc.), si su aplicación da lugar a frecuentes controversias (número de recursos judiciales...), etc. En función de tal evaluación *a posteriori* es posible llegar a decidir, incluso, la necesidad de su derogación, es decir, de su eliminación del mundo jurídico por ineficaz o ineficiente, por ejemplo¹⁸.

2.4

Técnicas de evaluación de la calidad normativa existentes: la caja de herramientas

La calidad de la norma, de acuerdo con los criterios vistos, es mensurable mediante la evaluación *ex ante* o *ex post* de los impactos previsibles o generados, respectivamente. La evaluación de impacto normativo (EIN) es un marco estructurado para informar sobre el análisis de la serie de opciones disponibles para tratar cuestiones de políticas y las ventajas y desventajas asociadas con cada una. Una EIN positiva debería considerar todas las clases de impacto.

El entero procedimiento de elaboración de la norma, sea en sede administrativa o, en su caso, parlamentaria (perspectiva *ex ante*), y el control y seguimiento posteriores de la aplicación de la norma (perspectiva *ex post*),

18. Vid. KARPEN, U. (2003): «Evaluation of legislation», en PARLAMENT DE CATALUNYA, *Legislador i tècnica legislativa*, Barcelona, pp. 23 y ss.; BETANCOR, A. (2009): *Mejorar la regulación*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid; y GARCÍA-ESCUDERO, P. (2011): *Manual de Técnica Legislativa*, Civitas.

puede considerarse que son el marco de tal EIN, en la cual se incardinan las consultas al público.

¿Cómo conocer tales impactos? Mientras que en la evaluación *ex post* tal evaluación puede ser relativamente sencilla, en la evaluación *ex ante* nos podemos encontrar con mayores dificultades, porque se trata de realizar una prognosis sobre los impactos positivos y negativos (entre ellos las cargas¹⁹) que una norma todavía no aprobada podría tener sobre ciudadanos, empresas y Administraciones públicas²⁰.

Como es sabido, entre las técnicas de evaluación *ex ante* más utilizadas se pueden citar las siguientes:

a) *Listas de comprobación (checklists)*: como las ya elaboradas por algunas comunidades autónomas y organizaciones internacionales (como la OCDE²¹). Nosotros proponemos en el Anejo de este trabajo una lista de comprobación específicamente adaptada al marco español, para ayudar a los decisores a tomar mejores decisiones regulatorias (y a los controladores a controlar su cumplimiento).

b) *Experimentos* de diverso tipo, sea *in vitro* o *in vivo*, de los que ya existen experiencias realizadas en diversos países, no así en España²².

19. Sobre el concepto de carga, que no es lingüísticamente neutro, comportando una connotación negativa inadecuada, pues hay cargas que protegen derechos fundamentales de las personas, GONZÁLEZ DE HERRERO, P. y CASTRO, L. (2006): «Una metodología para la medición de los costes administrativos: el *Standard cost model*», *Papeles de Evaluación*, n.º 4, MAP, Madrid; *Manual Internacional del Modelo de Costes Estándar*, en *Papeles de Evaluación*, n.º 6, 2007, consultable en http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/papeles_evaluacion/Papeles_de_Evaluacion_nx6.pdf; y *Manual de Reducción de Cargas en el ámbito local*, consultable en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/4/16_Manual_reduccion_cargas_ambito_local_23_12_2010/16_Manual_reduccion_cargas_ambito_local%2023_12_2010.pdf

20. Vid. PONCE, J. y SÁNCHEZ, A. (2005): «La evaluación de la calidad normativa», en GARDE, J. A. (coord.), *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas. Reflexiones y propuesta de creación. Informe Comisión Expertos*, INAP, Madrid, pp. 139-171; ROMÁN DEL RÍO, C. y CIRERA LEÓN, A. (2006): «Evaluación del Impacto Normativo (EIN) y Evaluación de Políticas Públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 62, pp. 309-320; *Guía Metodológica estatal para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo* (http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion_publica/iniciativas/impacto_normativo.html); *Guía de buenas prácticas para la elaboración y la revisión de normativa con incidencia en la actividad económica*, de la Generalitat de Cataluña (<http://www.gencat.cat/especial/gbp/cas/index.htm>); y *Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas (EIC)*, de la Autoridad Catalana de la Competencia (http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/guia_aic_v17_08_10_final_esp.pdf).

21. Véase el *Informe Mandelkern sobre Mejora de la Regulación*, de 2001, anexo A: «Cuestionario de la OCDE para el proceso de elaboración de normas, de 1995».

22. Véase al respecto, por ejemplo, KARPEN, U. (2004): «La evaluación de las consecuencias de las leyes», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 8, pp. 307 y ss.

c) *Dictámenes de órganos consultivos* (como los emitidos por el Consejo de Estado español y sus homólogos autonómicos).

d) *Consultas al público*, que en nuestro sistema se identifican con los trámites procedimentales de audiencia e información pública. Cabe destacar cómo el informe Mandelkern de 2001 incluye entre los principios de buena regulación el de transparencia, señalando cómo la elaboración de la legislación no debería confinarse en los despachos administrativos, puesto que la participación y la consulta con los ciudadanos son el primer requisito del principio de transparencia (p. 10). Asimismo, este informe señala cómo los procesos de consulta no deberían ser considerados como posibilidades de expresar protesta, sino que deberían ser vistos por las partes consultadas como un instrumento para dar forma a la regulación o las políticas públicas (p. 27). Las consultas al público de normas no solo permiten una mejora de la calidad regulatoria, sino que además permiten reducir la litigiosidad, lograr más transparencia y mejor participación ciudadana. Sin embargo, esas potencialidades positivas no deben quedar ocultas por la posibilidad de que la negociación sea copada por *lobbies* que lleven a un mal gobierno y una mala administración, una influencia debida y, quizás, supuestos de corrupción. Lo que demanda una regulación razonable que acabe con la opacidad de las negociaciones informales y equilibre el terreno de juego de la participación²³.

e) *Análisis coste-beneficio* o técnicas similares²⁴, en las que se integra la medición de cargas administrativas mediante las metodolo-

23. PONCE, J. (2015): *Negociación de normas y lobbies. Por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad*, Thomson Reuters-Aranzadi.

24. El marco más riguroso en el que se evalúan los impactos, tanto positivos como negativos, de las diferentes opciones políticas es el Análisis de Coste-Beneficio (en adelante, ACB) o métodos similares. Su metodología permite la comparación objetiva de las ventajas y desventajas cuantificables de cualquier número de alternativas para alcanzar los objetivos públicos perseguidos. Otros métodos incluyen:

– Análisis Coste-Eficacia, que no considera de forma explícita los beneficios, sino que intenta medir la eficacia con que se alcanza el objetivo previsto.

– Análisis de Coste de Cumplimiento, que se concentra en la valoración de los costes probables del cumplimiento en relación con las normas propuestas.

– Análisis multicriterio, que, de acuerdo con la UE, es un método que permite orientar la toma de decisiones a partir de varios criterios comunes. Este método se destina esencialmente a la comprensión y a la resolución de problemas de decisión. Se utiliza para emitir un juicio comparativo entre proyectos o medidas heterogéneas, por lo que puede emplearse en evaluación. De esta forma, tomando como base diversos criterios, los decisores pueden integrar, en un contexto prospectivo o retrospectivo, la diversidad de las opiniones relativas a los proyectos para emitir un juicio. Algunas SSTs han hecho referencia a este tipo de análisis, controlando sus resultados: así, por ejemplo, STS de 9 de julio de 2013 (Recurso de casación n.º 2156/2010) con relación al trazado de una infraestructura viaria.

Debe ponerse de relieve la utilidad de estas técnicas, pero destacando también sus límites (por ejemplo, no pueden generar alternativas, solo consideran las dadas, o no pueden, ni de-

gías del *Standard Cost Model* (SCM) y del *EU Net Administrative Cost Model*²⁵.

Entre las técnicas de evaluación *ex post* más utilizadas se pueden citar las siguientes:

a) Informes específicos de seguimiento de la aplicación normativa, desarrollados por organismos creados *ad hoc*, en sede parlamentaria o no²⁶. Destaca en este ámbito la primera evaluación llevada a cabo por el *Síndic de Greuges* en 2016 de la Ley catalana 19/2014, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, una experiencia pionera de evaluación *ex post* en Cataluña, en línea con lo realizado por otros países (PONCE y CERRILLO, 2017).

b) Uso de análisis realizados por diversos organismos públicos en desarrollo de sus tareas (por ejemplo, Defensor del Pueblo o similares, al recibir las quejas ciudadanas, Tribunal de Cuentas o similares, etc.).

c) Utilización de cláusulas incluidas en la norma jurídica, imponiendo su revisión en un plazo determinado, o de cláusulas llamadas de *sunset legislation* (con una vigencia determinada), empleadas en la UE y en diversos países del mundo, como los Estados Unidos de América²⁷.

ben, sustituir la decisión política última en que consiste la norma jurídica) y sus problemas (como, por ejemplo, los referidos a la difícil cuantificación de determinados impactos, sobre todo, positivos, en las personas o en el medio ambiente).

La literatura jurídica y, sobre todo, económica sobre análisis coste-beneficio es extensa. Entre ella, se puede citar, por ejemplo, ALBI, E., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M. y LÓPEZ CASASNOVAS, G. (1997): *Gestión Pública. Fundamentos, técnicas y casos*, Ariel, Barcelona, pp. 280 y ss.

25. Sobre esta cuestión, PONCE SOLÉ, J. (2009): «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, n.º 180, Madrid, septiembre-diciembre, pp. 201-243. El SCM mide los costes administrativos generados a las empresas como consecuencia de la obligación normativa de aportar a la Administración o de tener disponible una determinada información (por ejemplo, presentación de información sobre situación financiera al solicitar una licencia, inscripción en algún registro, etiquetado de productos, etc.).

O, expresado en forma más gráfica: Coste total = Precio × Cantidad.

Siendo el Precio = (coste por hora × tiempo) + adquisiciones.

Siendo la Cantidad = población × frecuencia.

26. Así, téngase en cuenta la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, art. 30.2: «El Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer remitirá al Gobierno y a las comunidades autónomas, con periodicidad anual, un informe sobre la evolución de la violencia ejercida sobre la mujer en los términos a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, con determinación de los tipos penales que se hayan aplicado, y de la efectividad de las medidas acordadas para la protección de las víctimas. El informe destacará asimismo las necesidades de reforma legal con objeto de garantizar que la aplicación de las medidas de protección adoptadas puedan asegurar el máximo nivel de tutela para las mujeres».

Véase uno de estos informes en:

http://www.aytobadajoz.es/files/archivos/imss/2014_09/libro_15_v_informe_observatorio.pdf

27. Por todos, RANCHORDÁS, S., *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, Edward Elgar, 2014, e «Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sun-

2.5

Relevancia y nuevos desarrollos

En fin, es preciso insistir en la importancia del tema de la evaluación tanto *ex ante* como *ex post* en la agenda europea, plasmado en el programa de la UE para reducir las cargas administrativas en un 25 % para 2012, y en la Comunicación de 2012, haciendo balance del mismo, *EU Regulatory Fitness*. En fecha de mayo de 2015, un nuevo paquete comunitario relativo a la *better regulation* ha sido lanzado, creándose por primera vez un órgano, el *Regulatory Scrutiny Board*²⁸.

Asimismo, la lógica de la evaluación del impacto normativo está presente también, si bien desde una perspectiva limitada, en 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 (DOUE de 27 de diciembre de 2006), ya transpuesta en nuestro ordenamiento y en su transposición española. Además, la evaluación de los impactos normativos tiene también una vertiente vinculada con la defensa de la competencia, de creciente importancia²⁹.

En esta dirección de innovación en la gestión pública y en las políticas públicas desarrolladas mediante normas aparece también, más recientemente, el movimiento denominado *nudging*³⁰.

rise of Innovation», *Jurimetrics*, vol. 55, n.º 2, 2015, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2544291

28. Véase http://ec.europa.eu/smart-regulation/better-regulation/key_docs_en.htm

29. OCDE: *Guía para evaluar la competencia* (<http://www.oecd.org/daf/competition/reducingregulatoryrestrictionsoncompetition/39680183.pdf>).

UE: *Better Regulation: A Guide to Competition Screening*, 2005 (http://ec.europa.eu/competition/publications/legis_test.pdf).

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: *Trabajando por la Competencia. Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, 2008 (http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/recomendaciones.pdf); *Guía para la elaboración de Memorias de competencia*, 2009 http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/Guia%20para%20Administraciones%20Publicas.pdf

RODRÍGUEZ, J. A. y PARDO, A. J., «Poder regulador y mercado: las memorias e informes de competencia», *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, n.º 6, 2011, pp. 259 y ss, consultable en http://www.xunta.es/c/document_library/get_file?file_path=/portal-web/Rexuga/Revista_6/REXUGA_6_6_cas.pdf

30. PONCE SOLÉ, J., «*Nudging*, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el derecho administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales», comunicación presentada al IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derechos Administrativo, celebrado los días 7 y 8 de febrero de 2014, disponible en: http://montin.com/documents/nudging_jponce.pdf

3

Antecedentes de la mejora regulatoria en España

3.1

Antecedentes en el nivel estatal

En el caso español, el movimiento de la *better* o *smart regulation* también ha calado, tanto a nivel de la elaboración de normas estatales como en cuanto a las normas autonómicas. Con carácter anterior a este movimiento, no cabe olvidar los artículos 88 (con su exigencia de los antecedentes necesarios de los proyectos de ley) y 105 de la Constitución, así como los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (que, hasta su reciente modificación, solo se referían a impactos de géneros y costes para las arcas públicas).

Pero el impacto de la mejora regulatoria en España comienza realmente con la creación legislativa de la Agencia de Evaluación de la Calidad de los Servicios y las Políticas Públicas (cuya creación fue precedida de un Informe de Expertos en que se aludía expresamente a esta cuestión y al papel del nuevo organismo, suprimido ahora por el Real Decreto 769/2017)³¹. Una reforma de los Estatutos de la Agencia (Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo –BOE de 18 de julio de 2009, n.º 173, pp. 60174 y ss.–), sin embargo, supuso el aparente fin de la misma como agente promotor del impulso de la calidad normativa. Pero, simultáneamente, esta norma de 2009 ha extendido la evaluación *ex ante* en el ámbito de la Administración del Estado de forma sistemática, la cual es realizada por las propias unidades internas de cada Ministerio que impulsa un proyecto de ley o un proyecto de reglamento³². La misma ha sido derogada por el Real Decreto 931/2017, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo adaptada a las nuevas leyes de 2015.

Con posterioridad al año 2009, al margen de la transposición de la Directiva de Servicios, ya aludida, cabe mencionar las previsiones de la Ley 2/2011

31. Véase http://www.aeval.es/es/la_agencia/presentacion/. En la p. 59 este informe señalaba que, «ante las carencias e inercias detectadas, la creación de la Agencia podría ser de notable interés, sin obviar la posibilidad de una adecuada modificación de la regulación vigente de los procedimientos de elaboración y evaluación *ex ante* de leyes y reglamentos. En este sentido, y al margen de análisis de impacto normativo puntuales que la Agencia pudiera realizar, su labor se debería centrar en la preparación y desarrollo de metodologías para tales análisis, así como en el apoyo técnico y formativo a las unidades competentes para su realización».

32. Pueden consultarse las memorias de impacto normativo, donde se recoge la evaluación *ex ante* obligatoria desde 2009, como decimos, en el portal de transparencia generado a partir de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno:

http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/categorias/Normativa/Normativa-en-elaboracion.html

Su consulta es posible por Ministerio o globalmente.

de Economía Sostenible (arts. 4 y ss., referidos a principios de buena regulación y otros aspectos) y las referencias en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado³³.

3.2

La situación en las comunidades autónomas y en el nivel local

En el nivel autonómico, los antecedentes existentes han sido similares a los estatales, destacando diversas comunidades autónomas como Navarra (que cuenta con una ley de evaluación de 2005) o Cataluña (que llegó a contar con una Dirección General de Calidad normativa, ahora un área ubicada en el Departamento de Presidencia, a partir de 2008³⁴, cuya Autoridad de la Competencia desarrolla evaluaciones normativas desde la unívoca perspectiva de la competencia, y que cuenta con una regulación específica en la Ley 26/2010), que han impulsado medidas concretas en este ámbito. Además, la nueva generación de leyes autonómicas en España sobre transparencia y buen gobierno (como por ejemplo la catalana 19/2014, con un capítulo específico en su título V) incluyen también regulaciones referidas a la mejora de la calidad normativa.

En el ámbito local, la mejora de la calidad de las ordenanzas (y el posible papel de los entes locales supramunicipales en su ayuda) no ha sido objeto de conside-

33. Preámbulo: «[...] esta Ley aprovecha para seguir impulsando un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas. La mayor parte de las barreras y obstáculos a la unidad de mercado se eliminan adoptando criterios de buena regulación económica. Es importante mantener la regulación bajo un proceso de revisión constante basado en los principios de buena regulación y de unidad de mercado nacional».

Art. 15: «Artículo 15. Evaluación periódica de la normativa. 1. Todas las autoridades competentes evaluarán periódicamente su normativa al objeto de valorar el impacto de la misma en la unidad de mercado. 2. Sin perjuicio de la evaluación establecida en el apartado anterior, las conferencias sectoriales impulsarán la evaluación periódica en las materias de su competencia, así como los cambios normativos que puedan proceder, en el marco de lo establecido en el artículo 12 de esta Ley. A tal efecto, las conferencias sectoriales concretarán, con periodicidad anual, el programa de evaluación que se considera prioritario para el periodo. 3. Asimismo, el Consejo para la Unidad de Mercado podrá impulsar la evaluación del marco jurídico vigente en un sector económico determinado, cuando se hayan detectado obstáculos a la unidad de mercado, conforme a lo establecido en el artículo 10 de esta Ley».

ÁLVAREZ SUÁREZ, M. y PÉREZ RAPOSO, B. (2013): «El Programa de Trabajo de Unidad de Mercado: el Plan de Racionalización Normativa como ejercicio de buena regulación económica», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 871, marzo-abril, pp. 115 y ss.

34. http://presidencia.gencat.cat/ca/ambit›s_d_actuacio/millora_regulacio_normativa/area-de-millora-de-la-regulacio/

ración ni de desarrollo hasta el momento, pese al indudable impacto que las ordenanzas pueden tener en la vida de los ciudadanos (piénsese en las ordenanzas de civismo) y su baja calidad formal y material en no pocas ocasiones, manteniéndose la regulación del art. 49 LBRL, claramente inadaptado al marco descrito.

3.3 Reacción judicial

Sin embargo, hacer una referencia al derecho contenido formalmente en las normas descritas no nos daría un panorama real de la situación antes de la entrada en vigor de las leyes 39 y 40 de 2015, puesto que es esta una materia donde el papel judicial es especialmente destacado. Como ha sido señalado, «la obligación de justificar los reglamentos es ya un imperativo legal, que obliga al juez a comprobar que realmente han venido precedidos de un proceso de estudio y ponderación, adecuado al caso, que fundamenta sus medidas. El juez tiene, por tanto, un importante papel que jugar, pues de él depende, en último término, que las Administraciones cumplan efectivamente esa obligación y hagan análisis serios que les permitan tomar la decisión con pleno conocimiento de causa; a los afectados, conocer su fundamento; y a él, fiscalizarlos»³⁵, garantizando que, en moderna terminología, se haya desplegado una diligencia o un cuidado debido en garantía del derecho a una buena administración y del cumplimiento de las obligaciones por este impuestas³⁶.

Aquí no podemos detenernos en un análisis detallado de la cuestión, para el que nos remitimos a trabajos nuestros anteriores³⁷. En el control de las obligaciones de buena administración en el desarrollo de la potestad reglamentaria, existe una jurisprudencia tradicional variable. En ocasiones, el Tribunal Supremo parece mostrarse laxo en relación con el *estándar de exigencia* que establece para el contenido de la fundamentación y justificación de los reglamentos, en aplicación de la legislación vigente³⁸. Sin embargo, en otros casos, el Tribunal

35. REVUELTA, I. (2014): «Análisis del impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria», *RAP*, n.º 193, p. 123.

36. PONCE, J. (2016): «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista española de derecho administrativo*, n.º 175, pp. 57-84. Un comentario a este trabajo en CHAVES, J. R.: «Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad», disponible en el blog *delajusticia.com*: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>

37. PONCE, J., *Negociación de normas...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

38. Caso, entre otras muchas, de las sentencias de 9 de febrero de 1999, Ar. 1552; de 12 de mayo de 1999, Ar. 3987; de 10 de marzo de 2003, Ar. 3067; de 7 de julio de 2004, Ar. 5599; o, más recientemente, de 4 de julio de 2006, Ar. 8006.

Supremo ha decidido analizar cuidadosamente el contenido de la fundamentación y justificación aportadas, anulando reglamentos por insuficiencia o inadecuación de estas y de la motivación del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria ofrecida, distinguiendo entre un cumplimiento de trámites meramente *formal* y una auténtica fundamentación y justificación³⁹.

Esta segunda tendencia parece que se está consolidando en el control judicial de la calidad normativa reglamentaria, a tenor de las sentencias aludidas y de las dos importantes sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2007, que anularon el traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona, estableciendo un estándar *estricto o riguroso* de control procedimental y de motivación⁴⁰.

Dos sentencias del Tribunal Supremo de finales de 2016 parecen confirmar esta tendencia. Se trata de las SSTS de 12 de diciembre de 2016, n.º de Recurso 902/2014, y de 13 de diciembre de 2016, n.º de Recurso 873/2014, en las que se anulan diversos preceptos del Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en ciencias de la salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista.

Este control serio del respeto de las obligaciones derivadas del derecho a una buena administración en sede regulatoria no se queda solo en los aspectos económicos, sino que incluye los ambientales y sociales. Respecto a estos últimos, la muy interesante Sentencia de 5 de diciembre de 2015, n.º de Recurso 378/2013, ponente Suay Rincón, señala lo siguiente:

Pero el avance en las previsiones sobre el impacto social y medioambiental recogidas ya en el Real Decreto 1083/2009 (artículo 1.2), dentro del contenido de la memoria del análisis de impacto normativo de forma adicional a su contenido propio (artículo 1.1), ha llevado más tiempo en dejarse sentir, pese a su indubitada conexión, por una parte, con el concepto de la sostenibilidad social, ya recogido incluso por la propia Constitución (artículo 135.4), y del que no parece irrazonable deducir la necesidad de requerir un esfuerzo complementario de motivación para explicar las razones que llevan a la adopción de determinadas normativas que inciden negativamente sobre

39. Sentencias de 2 de junio de 1997, Ar. 4921; de 10 de julio de 1999, Ar. 5771; de 13 de noviembre de 2001, Ar. 65; o, más recientemente, de 23 de mayo de 2006, Ar. 3683.

40. PONCE SOLÉ, J., «¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al Gobierno? El traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006», *RAP*, n.º 173, 2007.

los derechos sociales (en este sentido, se pronuncian expresamente sendos votos particulares a las sentencias constitucionales 49/2015 y 139/2016), y si en materia de medio ambiente la jurisprudencia ha venido a consagrar la exigencia de aportar una motivación reforzada en sustento de la adopción de una medida regresiva en base al principio ambiental de no regresión –sentencias de 13 de junio de 2011 RC 4045/2009, 30 de septiembre de 2011 RC 1294/2008 y de 29 de marzo de 2012 RC 3425/2009– como consecuencia a su vez del principio de la sostenibilidad ambiental, no parece que el principio de precaución social pueda comportar menores exigencias; y, por otra parte, con el derecho a la buena administración, contemplado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que en su germen lleva también la procedencia de observar un deber de cuidado en la adopción de las decisiones con la debida ponderación de todos los intereses y hechos relevantes; y ello ha de encontrar adecuado reflejo en la memoria del análisis de impacto normativo.

No puede ignorarse, sin embargo, que, además de la posterior entrada en vigor de los textos legales que ahora constituyen el marco normativo de referencia (leyes 39 y 40/2015) en los términos antes indicados, siquiera de forma sucinta en el supuesto que estamos examinando la memoria que figura en el expediente también se refiere al impacto social de la norma proyectada.

Al igual que ha hecho el Tribunal Supremo respecto de reglamentos estatales, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas ha ido incrementando el control sobre reglamentos autonómicos, y el número de sus anulaciones⁴¹.

En el ámbito de las ordenanzas locales, no cabe olvidar la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del artículo 25 TRHL, que exige ciertas evaluaciones asociadas a informes que deben obrar en el expediente⁴².

41. Efectivamente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en diversas sentencias, ha incrementado el estándar de control judicial de la EIN, controlando el procedimiento y la fundamentación y motivación de la norma de forma más estricta de lo habitual. Así, sentencias de 21 de diciembre de 1993 (RJCA 1993\39); de 11 de julio de 2001 (RJCA 2001\321462); de 14, 20 y 27 de enero de 2005 (RJCA 2005\66, JUR 2005\54864 y RJCA 2005\51, respectivamente); n.º 311/2008, de 8 de abril, Recurso n.º 566/2004; o n.º 119/2012, de 15 de marzo, Recurso n.º 5/2010. En otras comunidades autónomas, véase, por ejemplo, la STSJ de Baleares de 22 de septiembre de 2014, que conoció de la impugnación del Decreto 15/2013, de 19 de abril, sobre lenguas en centros docentes no universitarios. Haciendo una aplicación de toda la normativa sobre calidad normativa en España que ya conocemos, y especialmente de la legislación balear de buen gobierno y buena administración, que incluye diversos preceptos al respecto, la sentencia anula el Decreto.

42. Un ejemplo lo constituye la STS de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6634), la cual anula una ordenanza fiscal por falta de evaluación, citando otras muchas SSTS anteriores.

Este enfoque de control serio se va extendido crecientemente a la participación ciudadana, respecto tanto a la apertura de los trámites reglados (audiencia) como a la respuesta razonada de las alegaciones presentadas, como indicador de la debida diligencia en la ponderación que garantice el respeto del derecho a una buena administración. En este segundo caso, tenemos ya una línea jurisprudencial valiosa en la que sería preciso profundizar. Nos referimos a dos destacables sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 (Ar. 3632) y 4 de marzo de 2003 (Ar. 3762), que es de esperar sean seguidas por otras en la misma innovadora línea (un ejemplo ya se puede hallar en la STSJ de Castilla y León de 13 de julio de 2004, RJCA 2004\492⁴³).

Hay un tercer paso que el control judicial reglamentario debería dar en relación al control de la influencia que grupos de presión puedan tener mediante contactos no formalizados, con vulneración de las obligaciones de buena administración e igualdad. El juez tiene un importante papel que jugar también en la garantía de la transparencia, la objetividad y, en definitiva, el buen gobierno regulatorio y los derechos ciudadanos, entre ellos a una buena administración, y los casos existentes no parecen mostrar que lo esté desempeñando siempre⁴⁴.

3.4

Diagnóstico de la situación existente antes de las nuevas leyes

A raíz de todo lo expuesto, podemos tener una cierta idea del panorama existente antes de octubre de 2016 en relación con la mejora regulatoria:

a) Existían deficiencias normativas, puesto que, por ejemplo, la Ley estatal del Gobierno de 1997 no había incorporado los avances en mejora regulatoria que se habían incluido, en cambio, en el mencionado Real Decreto de 2009 y en legislaciones autonómicas. Asimismo, existía una dispersión normativa en diversas leyes, como hemos visto, que no tenían

43. Las mismas han señalado, respecto a un plan de ordenación de recursos naturales, finalmente anulado, con argumentos perfectamente extensibles a cualquier plan urbanístico, que no basta con la simple apertura de informaciones públicas, sino que además se requiere que la Administración demuestre que lo alegado en las mismas ha sido realmente tomado en consideración seriamente antes de adoptar la decisión final, mediante la respuesta razonada de las alegaciones (art. 86.3 LRJPAC), como garantía jurídica de que el procedimiento planificador no es entendido como un mero ritual formalista, sino como una auténtica e importante sede de ponderación de hechos e intereses.

44. PONCE, J., *Negociación de normas...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss., con comentario de varias sentencias del Tribunal Supremo que no parecen utilizar todos los instrumentos disponibles a tal fin.

conexión con la regulación estatal del procedimiento de elaboración de normas jurídicas.

b) Si bien desde 2009 se exigía la evaluación de impacto normativo a nivel estatal, un análisis de las evaluaciones *ex ante* que se acostumbra a desarrollar en la práctica, cuya calidad no depende solo de las deficiencias normativas antes vistas, sino, sobre todo, de una cultura determinada, permite detectar cumplimientos meramente formales, si bien está por hacer un estudio empírico riguroso del período descrito⁴⁵.

c) El papel de los tribunales de justicia de lo contencioso en la garantía de la calidad normativa, fundamental en la práctica, venía siendo un tanto errático, aunque se iba consolidando un control serio y riguroso de la ponderación, fundamentación y justificación del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria, como vimos. En cambio, en el ámbito de los anteproyectos de ley las sentencias de la jurisdicción contenciosa existentes eran reacias a controlar la existencia de buena administración, alegando la concurrencia de una decisión política incontrolable. Asimismo, el Tribunal Constitucional español se ha negado sistemáticamente a controlar los supuestos en que un proyecto de ley ingresa en las Cortes sin respetar los requisitos legales (y

45. Un ejemplo no precisamente positivo lo constituye la memoria conteniendo la evaluación del impacto normativo del Anteproyecto de la que luego sería la Ley 10/2012, que, como es sabido, introdujo una nueva regulación de las tasas judiciales. Un análisis de la misma revela que no se realizó una evaluación de impactos sociales (p. 19), no se analizaron las cargas para demandantes de acuerdo con el mencionado SCM (p. 20), el análisis de los ingresos para la Administración del Estado es «extremadamente aproximativo», aunque al menos existe, cosa que no ocurre con el cálculo de los costes para los privados (p. 21), y en la p. 11 se indica lo siguiente: «Se considera que no hay otra alternativa a la norma proyectada, ya que solo mediante el establecimiento de una tasa es posible ayudar a contribuir en la financiación de la actividad judicial y contribuir al coste que supone al Ministerio de Justicia la implementación de los recursos humanos y materiales necesarios [...]», lo que es una declaración puramente formalista, pues es evidente que había otras alternativas (por ejemplo, no imponer tasas a personas físicas).

Por último, dicha regulación se deroga tres años más tarde mediante el Decreto-ley 1/2015, con un reconocimiento de la falta de evaluación *ex ante* adecuada de los impactos, indicándose lo siguiente:

Finalmente, por lo que se refiere al artículo 11 de este Real Decreto-ley, debe indicarse que, transcurrido un plazo razonable desde la adopción del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, en materia de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, se ha podido constatar que resulta inaplazable atender a la situación económica desfavorable de un importante número de ciudadanos que, no siendo beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita, debe ser objeto de atención en cuanto al impacto que sobre ellos está teniendo el sistema de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En este sentido, la conexión entre la situación de necesidad expuesta y las medidas que se adoptan en este Real Decreto-ley es clara, pues las modificaciones que se introducen conllevan un efecto favorable inmediato dado que la entrada en vigor de esta norma supondrá la exención del pago de la tasa por parte de las personas físicas.

constitucionales, art. 88 CE) de fundamentación suficiente, a diferencia de otros tribunales constitucionales de nuestro entorno.

d) Si hasta el momento estas tendencias expuestas se refieren a la evaluación *ex ante*, cabe destacar la tradicional práctica inexistencia de evaluación *ex post* articulada como tal en nuestro sistema jurídico, a diferencia de otros, como, por ejemplo, por citar un país de habla hispana, el chileno (PONCE, 2017).

e) Antes de la entrada en vigor de las leyes de 2015, ya existía la posibilidad de mejorar el *statu quo*, sin necesidad de esperar a ninguna reforma normativa, porque la normativa vigente era un *mínimo*, que podía ser completado por la diligencia de los gestores públicos. El derecho vigente no era perfecto, pero tampoco era un obstáculo paralizante. Creemos que la tradición político-administrativa española había pesado, más que el marco normativo, en la poca relevancia otorgada en la agenda política a estas cuestiones, y en el cumplimiento meramente formal realizado de las obligaciones normativas.

f) La Agencia de Evaluación de la Calidad de los Servicios y las Políticas Públicas había perdido desde 2009 su competencia inicial para la evaluación de impactos normativos, por lo que la política de mejora regulatoria en España quedó *descabezada* desde entonces, en el sentido de no contar, a diferencia de otros países, de unidades administrativas que, con una u otra configuración, se ocupen de impulsar la mejora regulatoria de forma institucionalizada, acompañando, asesorando, formando e, incluso, *metaevaluando*⁴⁶.

Nótese, que, de todos estos elementos, las deficiencias del marco normativo vigente, existiendo, no eran, ni en número ni en relevancia, el principal problema existente hasta la entrada en vigor de las leyes 39 y 40 de 2015.

Es en este contexto, imprescindible de conocer para saber exactamente qué aportan las nuevas leyes, donde podemos pasar a referir brevemente las principales novedades.

46. Caso conocido de los EE. UU., con la *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)* (http://www.whitehouse.gov/omb/infoereg_regmatters/). En México opera la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (o COFEMER: <http://www.cofemer.gob.mx/>), órgano administrativo desconcentrado, con autonomía técnica y operativa, sectorizado en la Secretaría de Economía del Gobierno Federal de México. La COFEMER fue creada en el año 2000 mediante reformas de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. El mandato de la COFEMER es promover la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones, y que estas generen beneficios superiores a sus costes y el máximo beneficio para la sociedad. Al frente de la COFEMER se encuentra un director general, quien es designado por el presidente de la República.

4

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

4.1

Preámbulo: referencia a la OCDE

El preámbulo de la Ley 39/2015 es muy revelador del contexto en que se dicta esta Ley y que se ha expuesto anteriormente, aludiéndose a la relevancia del tema. En el mismo se hace referencia específica a un informe de la OCDE, organización muy activa en este ámbito, como nos consta. Así, se indica que «se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 “*Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*”»⁴⁷. En este informe, la OCDE señala la insuficiencia de la aproximación desde la idea de simplificación a esta cuestión, que, como ya os consta, es un tema diferente, complejo y con unas interconexiones con la calidad del comportamiento público muy notables. El mismo señala que «un buen escrutinio apoya el buen gobierno. La transparencia se asocia en la CORA particularmente con la calidad y accesibilidad de la información requerida para garantizar disciplina presupuestaria (...). Sin embargo, a pesar de su complementariedad y capacidad de reforzamiento mutuo, estas reformas no han sido tratadas hasta ahora como parte de un paquete único e integral. A medida que se avanza, el gobierno de España debe asegurar la coordinación estratégica de estas reformas y las unidades e instituciones responsables de su implementación, para maximizar su potencial y garantizar consistencia» (p. 12).

4.2

Título competencial: 149.1: 13, 14 y 18. Contraste con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente

La Ley se apoya en el art. 149.1 de la CE para dictar, con carácter básico, una serie de reglas y principios de buena administración regulatoria que se habrán de aplicar en todos los niveles administrativos españoles.

⁴⁷. El informe se puede consultar en español, en <http://www.oecd.org/gov/PGR%20SPain%20Resumen%20Ejecutivo.pdf>

En ese sentido, parece ir en contra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ya en su conocida STC 15/1989, de 25 de enero, en su FJ 7 c, excluyó la competencia estatal sobre el procedimiento para la elaboración de reglamentos, en base, en nuestra opinión, a un discutible manejo de las categorías (vinculadas a la LPA de 1958, preconstitucionales, por tanto, y ancladas en la estructura, ya no existente, de un estado centralizado) de «procedimiento administrativo general» y «procedimiento administrativo especial», distintas y distantes de las que deben manejarse en la actualidad de conformidad con la CE y los estatutos de autonomía, esto es: «procedimiento administrativo común», «desarrollo» autonómico de este y «procedimiento sectorial» (que no tiene nada que ver con el concepto de procedimiento especial, tal como se entendió bajo la vigencia de la LPA de 1958), incluyéndose ahora en el procedimiento administrativo común el procedimiento de elaboración de reglamentos y leyes, que se unifican, desde una perspectiva de hacer comunes no solo las garantías de defensa de los ciudadanos, sino también las garantías de buena administración⁴⁸.

En cuanto, específicamente, a la elaboración de anteproyectos de ley, hemos sostenido que consideramos que la tramitación de un proyecto de ley se efectúa en el seno de un procedimiento administrativo desarrollado por los servicios de las consejerías, por lo que nada obsta, a nuestro entender, a que dentro del procedimiento administrativo común para la elaboración de normas vinculado al artículo 149.1.18 CE tenga cabida una regulación estatal sobre el procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley, cosa, por cierto, que ya ocurría antes con los principios de buena regulación, incluidos en la Ley de Economía Sostenible de 2011 ya aludida⁴⁹.

4.3

Art. 1: regulación de procedimientos

En el art. 1 de la Ley se señala que solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley; también hay que entender en relación con la elaboración de reglamentos y proyectos de ley. Reglamentariamente podrán es-

48. Con más detalle, PONCE, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, pp. 586 y ss.

49. Con más detalle, se sostiene esta argumentación en PONCE, J., *Negociación de normas...*, *op. cit.*, pp. 142 y ss.

tablecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar. Se demanda así al futuro legislador una evaluación de pros y contras en el diseño procedimental, un análisis de costes y beneficios como el exigido en otros países⁵⁰.

4.4

Arts. 129 y ss. Las novedades

Como ya sabemos, estos preceptos regulan conjuntamente la iniciativa legislativa del Gobierno y la elaboración de normas con rango de ley y el ejercicio de la potestad reglamentaria.

4.4.1

Principios de buena regulación

La Ley recoge unos principios de buena regulación (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia), siguiendo en gran parte los ya existentes anteriormente en la Ley de Economía Sostenible, ahora derogada en este punto. Entre las novedades destacables se encuentran las siguientes:

- El art. 129.1 recoge ahora la necesidad de que «en la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios».

⁵⁰. Sobre el ámbito estadounidense y la jurisprudencia al respecto del Tribunal Supremo de los EE. UU., véase PONCE, J., *Deber de buena administración...*, op. cit., pp. 533 y ss. Téngase en cuenta, sin embargo, que el art. 129.4 de la Ley prevé que, en virtud del principio de buena regulación de seguridad jurídica:

Cuando en materia de procedimiento administrativo la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley, estos deberán ser justificados atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos por la propuesta. Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante.

Las leyes podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija.

- El art. 129.2 exige ahora que, en virtud de los ya conocidos principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe ser «el instrumento *más adecuado* para garantizar» la consecución de los fines de interés general perseguidos.
- El art. 129.5 señala que, en virtud del principio de transparencia, «las Administraciones públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas»⁵¹.
- El art. 129. 6 y 7 exige, en virtud del principio de eficiencia, no solo evitar cargas administrativas innecesarias, sino también racionalizar la gestión de los recursos públicos; y cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

4.4.2

Evaluación *ex post*

El art. 130 se refiere a la evaluación *ex post* de normas, estableciendo una obligación general de realización, sin detalles, debiéndose plasmarse la misma en un informe público, con remisión reglamentaria a cada Administración en cuanto a la concreción de estos aspectos.

4.4.3

Planificación normativa *ex ante*: ejemplos de derecho comparado

El art. 132 prevé, por primera vez en España, la obligación jurídica de todos los niveles de poder normativo de publicar anualmente un Plan Normativo con la previsión de las iniciativas previstas para su aprobación en el año siguiente,

⁵¹. El art. 131 permite –pero no obliga a ello– que la publicación de las normas se pueda realizar mediante otros medios de publicidad complementarios a los diarios oficiales. Téngase en cuenta la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que obliga a la publicación en el Portal de Transparencia.

debiéndose publicar en el Portal de Transparencia correspondiente. Obviamente, la no publicación en el Plan de una norma finalmente aprobada o la no aprobación de una inicialmente prevista en el Plan no determinaría la invalidez de la regulación solo por ese motivo, siempre que se justifiquen en ambos casos los fundamentos y las razones de la situación, pues en su ausencia, podría concluirse por un tribunal que no hubo respeto de las obligaciones de buena administración y de ponderación diligente, lo que podría dar lugar a consecuencias jurídicas⁵².

En todo caso, se trata de una técnica, esta de la planificación normativa, ya empleada hace tiempo en otros países y recomendada por la UE⁵³. Por Real Decreto 286/2017 se ha regulado el Plan Anual Normativo para el Estado.

4.4.4

Participación: ¿un cambio radical o aparente?

En cuanto a la participación ciudadana (las llamadas consultas al público, en el lenguaje europeo de la mejora regulatoria), el art. 133 introduce una consulta pública previa al inicio de la elaboración de la norma (apartado 1⁵⁴), si bien podrá prescindirse de ella cuando «la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia»; y «si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella» (apartado 3). Todo ello sin perjuicio de

52. En caso de no aprobación, la condena a la Administración para que proceda a la misma (con los límites y posibilidades que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es sabido, ha establecido al respecto –véase, por ejemplo, STS de 23 de enero de 1998: «es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley que el reglamento trata de desarrollar o ejecutar»). En caso de aprobación, su anulación, por improvisación y falta de ponderación diligente con vulneración del derecho a una buena administración.

53. Véanse el caso australiano, por ejemplo (<http://www.aasb.gov.au/About-the-AASB/Government-reports/Annual-Regulatory-Plan.aspx>), y la herramienta número 38 de la caja de herramientas de la mejora regulatoria de la UE de 2015: http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf

54. En la que «se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias».

los tradicionales trámites de audiencia e información pública, que parecen vehicularse ahora mediante «el portal web correspondiente»⁵⁵.

5

Algunas reflexiones complementarias sobre el mundo local: normas, administración electrónica, organización

De lo dicho hasta el momento, aparece como indubitada la aplicación de la Ley 39/2015, en el tema que estamos abordando, con carácter de norma básica. Ello ha llevado ya a numerosos municipios a elaborar planes anuales normativos en los meses posteriores a la entrada en vigor de la Ley 39/2015 y a abrir consultas previas. Quedan pendientes cuestiones relativas a los planes anuales normativos que la Ley 39/2015 no afronta de modo explícito⁵⁶. Así:

- ¿Quién elabora los planes normativos locales?
Parece razonable que la elaboración del Plan correspondiese a la Secretaría General o a la Asesoría Jurídica General.
- ¿Quién aprueba los planes normativos locales?
Teniendo en cuenta su estrecha relación con la normativa local, el criterio seguido por la LG en el ámbito estatal, y las previsiones inicialmente contenidas en el Anteproyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, la competencia sería atribuible al pleno y no al alcalde.
- ¿Cuándo se aprueban los planes normativos locales?
Convendría especificar los plazos para su formulación y aprobación. La Ley 39/2015 nada dice al respecto, pero dado que debe contener las iniciativas normativas que deban elevarse para su aprobación el año siguiente, lo lógico sería que se aprobase antes de finalizar el año anterior. En cualquier caso, la periodicidad debe ser de carácter anual. En el caso del Estado, se señala que antes del 30 de abril de cada año.

⁵⁵. La pregunta pertinente sería si bastará con esa publicación en el portal web o la Administración mantiene la carga de notificar el trámite a los interesados... Parece, a la vista de la Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales, que bastaría con dicha publicación. Véase ahora http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Mas-Transparencia/ParticipacionProyectosNormativos.html

⁵⁶. Al respecto es interesante el trabajo de CASADO, L., «La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 107-I, enero-abril, pp. 87 y ss.

- ¿Con qué contenido deberían aprobarse los planes normativos locales? Sería conveniente conectar el Plan con la evaluación *ex post*, tal y como hace la Ley 40/2015 al modificar la Ley del Gobierno. Por ello, deberían identificarse las normas locales que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, tanto desde la perspectiva económica (costes, incluyendo cargas administrativas) como desde la social y ambiental.
- ¿Qué pasa si se aprueban normas fuera del Plan? Entendemos que en principio debería aceptarse la posibilidad de que puedan aprobarse ordenanzas o planes no previstos inicialmente. La Ley 40/2015 así lo prevé en el ámbito estatal (ahora, artículo 25.3 de la Ley de Gobierno, que contempla la posibilidad de aprobar normas que no figuraran en el Plan Anual Normativo, siempre y cuando se justifique este hecho en la memoria del análisis de impacto normativo), siempre y cuando se justifiquen las circunstancias que hacen necesaria esta nueva norma no prevista inicialmente en el Plan en la correspondiente memoria del análisis de impacto normativo.
- ¿Y si no se aprueban las previstas en el Plan? Estaríamos ante un incumplimiento del Plan, que debería llevar a aplicar el razonamiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en referencia a la omisión reglamentaria. Entre esta jurisprudencia, por ejemplo, la STS de 29 de junio de 2016, que acepta una reacción judicial frente a una omisión reglamentaria «cuando cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico».
- ¿Y si no se aprueba el Plan Anual Normativo?⁵⁷

57. A fecha de junio de 2017, solo 4 municipios catalanes habían aprobado un plan anual normativo:

- Sant Boi: <https://seu2.santboi.cat/informacio-publica/publicitat-activa/normativa-i-procediments-juridics-i-administratius/pla-anual-normatiu-2017>
- Cornellà: <http://www.comella.cat/files/contenidos/Normativa/Normativa%20General/pla%20normatiu2016.pdf>
- Manlleu: <http://transparencia.manlleu.cat/info/normativa/pla-anual-normatiu.htm>
- Esparraguera: <https://www.esparreguera.cat/seuelectronica/normatives/pla-normatiu/>

Si no se aprueba el Plan, podría establecerse un paralelismo con el ámbito subvencional, en el que el Tribunal Supremo está anulando convocatorias de subvenciones por ausencia del Plan Estratégico que las Administraciones locales deben tener con carácter previo al otorgamiento de cualquier subvención⁵⁸.

Un aspecto sin desarrollar todavía es la evaluación *ex post* de las disposiciones locales. La regulación de la Ley 40/2015 podría ser inspiradora, pese a no ser vinculante, en el sentido de incluir en el Plan Anual Normativo previsiones también sobre las normas a evaluar durante el año siguiente⁵⁹.

La aplicación básica de las previsiones sobre buena regulación debe abarcar, en nuestra opinión, también a los planes urbanísticos, dada su naturaleza normativa repetidamente afirmada por la jurisprudencia, como es conocido. En este sentido, analizada la cuestión por un conjunto de expertos, la conclusión a la que llegan es coincidente con la sostenida aquí: «mayoritariamente se argumenta en torno a que la elaboración de estos debería adecuarse a las prescripciones de la LPAC, con las consecuencias que ello comporta sobre la puntual observancia de sus trámites, incluso, de la dinámica de la programación normativa que supone el Plan Anual al que se refiere la LPAC»⁶⁰. Efectivamente, la Ley 39/2015, cuando exige la evaluación de los impactos, la refiere ahora a los reglamentos y a las disposiciones generales (art. 128), y no sería adecuada una interpretación tan formalista que sostuviera que los planes de urbanismo, al no ser exactamente reglamentos, no estuvieran sujetos a los principios de buena regulación y a las técnicas de evaluación de impactos. Sería como afirmar que, para una parte de las iniciativas normativas, de las disposiciones generales, se acepta la mala administración, dependiendo de quien las elabore (el regulador urbanístico en este caso). Sin duda, es improbable que una interpretación así cale en el buen sentido jurídico y la razonabilidad exigible a los intérpretes de la Ley (PONCE y CAPDEFERRO, 2017).

El despliegue de las exigencias de la nueva legislación exigirá, sin embargo, esfuerzos, dada la existencia en el campo de la gestión normativa de una serie de circunstancias que se oponen a la buena regulación, como la falta

58. Así, Sentencia n.º 306/2013, de 28 de enero de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Enrique Lecumberri Martí).

59. Art. 25.2: «El Plan Anual Normativo identificará, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos».

60. Véase «Procedimiento de elaboración de instrumentos urbanísticos: la incidencia de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», coordinado por Dimitry Berberoff, director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, y publicado el 23 de enero de 2017 por El Derecho.com, en http://www.elderecho.com/foro_legal/administrativo/Elaboracion-instrumentos-urbanisticos-Procedimiento-Administrativo-Comun-Administraciones-Publicas_12_1047435001.html

de cultura política y administrativa al respecto o la falta de recursos y capacidad técnica en ciertos municipios

Reconociendo tales rémoras, cabe, siendo realista, avanzar paso a paso, sin desfallecer, hacia una cultura de la buena regulación que se apoye en la posibilidad de completar, por ordenanzas municipales de procedimiento, las lagunas o dudas que pueda suscitar la Ley 39/2015; que impulse la administración electrónica también en esta materia, avanzando hacia un *eRulemaking* como se ha hecho en otros países⁶¹, favoreciendo la participación, evitando la influencia indebida de los grupos de presión y cuidando la publicidad activa que se ofrece en los portales de transparencia sobre regulaciones aprobadas y en elaboración; que ofrezca formación técnica a los equipos encargados de articular la regulación en los municipios; que articule unidades organizativas especializadas en la materia en la medida de lo posible; y, en fin, que ayude a que los municipios con menos medios puedan beneficiarse de la cooperación ofrecida por instancias supramunicipales.

6

Consideraciones finales

A la luz del análisis de los antecedentes existentes y de la nueva regulación, podemos extraer algunas conclusiones provisionales, a la espera de la evaluación *ex post* que debiera hacerse en los próximos años de la aplicación de las leyes 39 y 40 de 2015:

- El hecho de que se haya elevado a rango de ley, en el nivel estatal, esta cuestión, aparece como positivo. Sin embargo, la nueva regulación es excesivamente prolija y a la vez remite a futuras disposiciones reglamentarias cuestiones muy relevantes del sistema de calidad regulatoria, como el órgano encargado de velar por la misma en el ámbito estatal. Además, mantiene un sesgo economicista ya muy presente en la etapa anterior. No se hace énfasis en la necesidad de evaluar también los impactos sociales y ambientales, aunque haya que entender que, sin duda, por la lógica de la evaluación del impacto normativo ya explicada y por las exigencias constitucionales y legales sobre derechos sociales y ambientales, la sostenibilidad social y ambiental deba ponderarse.
- Se mantiene la obligación jurídica de realizar evaluaciones de impacto de todo tipo de normas jurídicas y de supervisar estas por el futuro órgano, sin distinguir su relevancia o sus posibles impactos. Esto

61. Véase ARROYO, L., «eRulemaking», en <http://almacenederecho.org/erulemaking/>

puede producir una *parálisis por análisis*, o alternatively, nos tememos, seguir con un cumplimiento meramente formal de trámites que no redunde, realmente, en una mejora de la toma de decisiones regulatorias. Hubiera sido preferible, en nuestra opinión, escoger algunos tipos de normas donde realizar al menos la supervisión de la evaluación de impactos y sacrificar la cantidad por la calidad⁶².

- Está por ver el funcionamiento de la evaluación *ex post* de normas jurídicas, ámbito donde España tiene muy poco bagaje y tradición, siendo este un ámbito de enorme relevancia.
- No se han incorporado técnicas de mejora regulatoria como la posibilidad de introducir cláusulas *sunset* en futura normativa a aprobar, lo que hubiera sido positivo para normalizar este instrumento. No se ha previsto directamente la propia evaluación *ex post* de las previsiones expuestas. No se ha regulado el papel de los *grupos de presión* en la toma de decisiones normativas ni tampoco se ha aprovechado para introducir con claridad el tema de la llamada *huella legislativa*, sí existente en otros países⁶³. Pero la mención del art. 26.10 de la Ley 40/2015, referido a que «se conservarán en el correspondiente expediente administrativo, en formato electrónico, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, los informes y dictámenes recabados para su tramitación, así como todos los estudios y consultas emitidas y demás actuaciones practicadas», debería ser

62. Así, en EE. UU., la ya mencionada OIRA solo realiza evaluaciones de impacto en ciertos casos. Bajo la Orden Ejecutiva 12866, OIRA es responsable de determinar qué acciones reguladoras son «significativas». Las acciones reguladoras significativas están definidas como aquellas que tienen un efecto anual en la economía de \$100 millones o más, o afectan adversamente de una manera material a la economía, la productividad, la competitividad, el empleo, el entorno, la seguridad o salud pública, o los Gobiernos estatales, locales o tribales; crean una incongruencia seria o de otro modo interfieren con una acción planeada por otra agencia; materialmente alteran el impacto presupuestario de derechos, subvenciones, costes de usuario o programas de préstamo, o los derechos y obligaciones de recipientes del mismo; o suscitan nuevas cuestiones fuera de la ley, las prioridades presidenciales o los principios de dicha Orden Ejecutiva.

63. La huella legislativa es un documento que detallaría el momento, la persona y el objeto de un contacto del poder normativo con una persona física o jurídica, con el objeto de asegurar que la influencia de los grupos de interés en el desarrollo de políticas públicas mediante normas no es desproporcionada, lo que llevaría a una indebida influencia y a una captura del regulador. Actúa como un elemento de prevención de la corrupción y de rendición de cuentas tanto del poder ejecutivo, el que aquí nos interesa, como del legislativo. En la Ley catalana 19/2014, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se recoge en el art. 10.1 d, cuando exige que se publique en el portal de transparencia la intervención de los grupos de interés.

Véanse los principios de la OCDE sobre lobbies, especialmente el número 6 referido a esta cuestión: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>

suficiente para que quedara constancia en el expediente de cualquier contacto informal durante el procedimiento, como exigencia insoslayable del derecho a una buena administración⁶⁴. No aparece en la Ley, ni en el contexto de su aprobación, ninguna referencia al papel de las ciencias conductuales ni a las posibilidades del *nudging*, aunque eso, claro está, no ha de impedir su impulso en España, todavía atrasada en este punto respecto a países vecinos⁶⁵.

- La creación de un organismo especializado en estas tareas en el ámbito estatal aparece como un paso positivo. Está por ver, sin embargo, cómo se articulará el mismo en la práctica.
- El mejor marco normativo sobre calidad normativa no funcionará nunca en España sin una concienciación política al más alto nivel (como ha ocurrido en los casos de, por ejemplo, el presidente de los EE. UU. o el primer ministro británico).
- El mejor marco normativo y la inclusión de este tema en la agenda política no permitirán un salto cualitativo si no existe formación técnica, aspecto este que debería ser asumido por Universidades y Escuelas de Administración Pública de forma decidida y transdisciplinar.
- Aun concurriendo todas estas circunstancias, será crucial el papel judicial en el control (y anulación) de aquellas decisiones regulatorias que vulneren el derecho a una buena administración y no midan con diligencia los impactos en el mundo real antes de la promulgación de la norma. Asimismo, si el Tribunal Constitucional no varía su jurisprudencia o no se produce una modificación constitucional, como en otros países de nuestro entorno, incluyendo claramente la necesidad de evaluación de impacto antes de la aprobación de un proyecto de ley, la violación por el Gobierno de turno de las previsiones legales, con la sucesiva aquiescencia del Parlamento luego, quedará impune y convertirá en papel mojado la mejora regulatoria.
- En el ámbito local, específicamente, cabe, siendo realista, avanzar paso a paso, sin desfallecer, hacia una cultura de la buena regulación que se apoye en la posibilidad de completar por ordenanzas municipales de procedimiento las lagunas o dudas que pueda suscitar la Ley 39/2015,

64. Véase, al respecto, el razonamiento del TJUE en su sentencia de 12 de junio de 2014 (Caso T286/09), que aclara las obligaciones derivadas de este derecho en relación con reuniones informales de las autoridades comunitarias.

65. Véase el Informe de la Unión Europea sobre la situación en Europa, *Behavioural Insights Applied to Policy – European Report 2016*, disponible en <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/behavioural-insights-applied-policy-european-report-2016>

buscando inspiración si fuera preciso en desarrollos estatales ya existentes, como el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa; que impulse la administración electrónica también en esta materia, avanzando hacia un *e-Rulemaking* como se ha hecho en otros países, favoreciendo la participación, evitando la influencia indebida de los grupos de presión y cuidando la publicidad activa que se ofrece en los portales de transparencia sobre regulaciones aprobadas y en elaboración; que ofrezca formación técnica a los equipos encargados de articular la regulación en los municipios; que articule unidades organizativas especializadas en la materia en la medida de lo posible; y, en fin, que ayude a que los municipios con menos medios puedan beneficiarse de la cooperación ofrecida por instancias supramunicipales.

Solo, pues, si nos tomamos la mejora regulatoria en serio será posible avanzar hacia un buen gobierno regulatorio y una buena administración normativa en España, que permitan, como decíamos, prevenir la mala administración y la corrupción, aspecto este que va ganando importancia internacional⁶⁶. Y esta es una labor compleja que requiere tiempo y esfuerzos plurales, pero que es imprescindible.

7

Bibliografía

- ADDINK, G. H., 2014: «Three legal dimensions of good governance. Some recent developments», en Castro, A. (editor), *Buen gobierno y derechos humanos*, PUCP, Lima, pp. 23 y ss.
- AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA, 2005: *Principles of Good Administration* (<http://www.statskontoret.se/globalassets/publikationer/2000-2005-english/200504.pdf>).
- ALBI, E., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M. y LÓPEZ CASASNOVAS, G., 1997: *Gestión Pública. Fundamentos, técnicas y casos*, Ariel, Barcelona.
- BALDWIN, R., 2005: «Is better regulation smarter regulation?», *Public Law*, pp. 485-511.
- CASADO, L., 2017: «La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa lo-

66. Véase, por ejemplo, DI DONATO, L., «L'analisi di impatto della corruzione (AIC): un nuovo strumento per i regolatori?», *Federalismi.it*, n.º 21, 2015, consultable en <http://www.federalismi.it/document/11112015115441.pdf>

- cal», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 107-I, enero-abril, pp. 87 y ss.
- FIGUEROA, A. (COORD.), 1995: *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*, IVAP.
- GONZÁLEZ DE HERRERO, P. y CASTRO, L., 2006: «Una metodología para la medición de los costes administrativos: el *Standard cost model*», *Papeles de Evaluación*, n.º 4, MAP, Madrid.
- MANCILLA, F., 2014: *La recepció a Catalunya del Dret a una bona administració*, IEA.
- OCDE, 2012: *La evaluación de leyes y regulaciones. El caso de la Cámara de Diputados de Chile*, consultable en <http://www.oecd.org/gov/la-evaluacion-de-leyes-y-regulaciones-9789264176362-es.htm>
- OECD, 2015: «Ex post evaluation of regulation», en *Government at a Glance 2015*, OECD Publishing, París.
- PONCE, J., 2001: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid.
- PONCE, J., 2015: *Negociación de normas y lobbies. Por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- PONCE, J., 2016: «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista española de derecho administrativo*, n.º 175, pp. 57-84.
- PONCE, J. y CAPDEFERRO, O., 2017: «Buen gobierno urbano, transparencia y participación ciudadana: la prevención de la corrupción en el urbanismo», *Práctica Urbanística*, n.º 146.
- PONCE, J. y CERRILLO, A., 2017: *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción. A propósito de la buena regulación en las leyes españolas 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común y 40/2015, de 1 de octubre, del sector público*, INAP, Madrid.
- RANCHORDÁS, S., 2014: *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, Edward Elgar.
- RANCHORDÁS, S., 2015a: «Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation», *Jurimetrics*, vol. 55, n.º 2 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2544291).
- RANCHORDÁS, S., 2015b: «Innovation Experimentalism in the Age of the Sharing Economy», *Lewis & Clark Law Review*, vol. 19. <https://law.lclark.edu/live/files/21702-lcb194art1ranchordaspdf>
- THALER, R. H. y SUNSTEIN, C. R., 2009: *Un pequeño empujón (Nudge)*, Taurus.

8

Anejo: lista de comprobación de acuerdo con la Ley 39/2015⁶⁷

<p>1. Existencia de potestad normativa para decidir limitada</p>	<p>De acuerdo con Estado de derecho, principio de legalidad y reserva de ley, ha de existir potestad normativa y deben respetarse los límites jurídicos.</p>	<p>✓</p>
<p>2. Existencia de competencia para adoptar la decisión regulatoria</p>	<p>La persona jurídica pública y el órgano administrativo deben tener la competencia atribuida para poder elaborar la norma.</p>	<p>✓</p>
<p>3. Existencia de los hechos en que se basa la decisión</p>	<p>No existen milagros ni <i>posverdades</i> en la gestión pública. Solo deben tenerse en cuenta los hechos ciertos y relevantes y descartarse los inexistentes o irrelevantes, evitando sesgos del decisor (véase 8). En caso de incertidumbre científica, aplíquese el <i>principio de precaución</i> tanto en el área ambiental y social como en la económica.</p>	<p>✓</p>
<p>4. Procedimiento de toma de decisión, evaluación de impactos (<i>ex ante</i> y <i>ex post</i>) y respeto al derecho a una buena administración de las personas</p>	<p>El (debido) procedimiento (administrativo) ha de constituir una <i>evaluación ex ante de impactos</i> futuros de la decisión a adoptar, que genere alternativas (ver 9: incluyendo la posible <i>baseline</i>: no actuar al no ser preciso), realizada con el <i>debido cuidado</i> y la <i>debida diligencia para obtener la regulación más adecuada</i> y con participación ciudadana en consultas públicas efectivas, de acuerdo con el <i>principio de transparencia, tomando en consideración y ponderando</i> los hechos, derechos e intereses y regulaciones relevantes al caso.</p> <p>La evaluación <i>ex post</i> de los efectos reales de la decisión es importante para su mantenimiento o rectificación.</p>	<p>✓</p>
<p>5. Finalidad</p>	<p>Debe ser <i>la</i> específica de interés general prevista por la norma atributiva de la potestad, no otra (véase 9).</p>	<p>✓</p>

67. Artículo 129. Principios de buena regulación.

1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

<p>6. Justificación</p>	<p>En preámbulo y memorias. Ha de ser suficiente y congruente con el expediente (correctamente elaborado, art. 70 Ley) y el contenido de la decisión regulatoria, explicitando claramente el criterio discrecional (extrajurídico: estético, político, económico...), en su caso (véase 7).</p>	<p>✓</p>
<p>7. No arbitrariedad y racionalidad</p>	<p>La decisión debe respetar la racionalidad humana y estar justificada adecuadamente (ver 6).</p>	<p>✓</p>
<p>8. No conflictos de intereses</p>	<p>El decisor debe ser consciente de que no ha de encontrarse en situación de conflicto de interés y, en su caso, debe abstenerse para evitar una mala administración (ver 9).</p>	<p>✓</p>
<p>9. No discriminación e igualdad formal y material</p>	<p>La decisión debe ser fruto de la imparcialidad y la objetividad. No debe ser discriminatoria y debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Debe tenerse cuidado con los <i>sesgos</i> y los <i>heurísticos</i> del decisor público (ver 3).</p>	<p>✓</p>
<p>10. Proporcionalidad</p>	<p>La decisión debe ser fruto de la generación de previas alternativas (ver 4), eligiéndose la menos restrictiva de los derechos de las personas (siempre que se consiga el interés general perseguido), y solo si los beneficios de todo tipo (sociales, ambientales, económicos) superan a los costes de todo tipo, respetando el <i>principio de eficiencia</i> y evitándose cargas administrativas <i>innecesarias</i> para el interés general.</p>	<p>✓</p>

«Deje que vaya desnudo».

Regulación de las prácticas nudistas por los entes locales españoles

DARÍO BADULES IGLESIAS¹
Universidad de Zaragoza

1. Introducción

2. Naturismo y nudismo, ¿una ideología?

- 2.1. La falta de análisis del presupuesto por parte del Tribunal Supremo
- 2.2. Las prácticas nudistas: ideología, expresión o manifestación
- 2.3. Las «ideologías» y sus límites según el Tribunal Constitucional

3. La prohibición de las prácticas nudistas en nuestro ordenamiento

- 3.1. La despenalización del mero exhibicionismo
- 3.2. Intentos regulatorios municipales previos a la modificación de la Ley de Bases del Régimen Local
 - 3.2.1. La (in)competencia en materia de Costas
 - 3.2.2. La inadecuación del bando como instrumento regulatorio
- 3.3. Las ordenanzas de civismo
 - 3.3.1. Sobre su necesidad y oportunidad
 - 3.3.2. Las «relaciones de convivencia de interés local» y otros (presuntos) bienes jurídicos protegidos
 - 3.3.3. El nudismo como comportamiento constitutivo de infracción
 - 3.3.4. Posibles sanciones administrativas

4. La impugnación contenciosa de las prohibiciones de comportamientos nudistas por las ordenanzas

- 4.1. La afectación de derechos fundamentales: la analogía con la libertad religiosa
- 4.2. El nudismo como concepto jurídico indeterminado

Artículo recibido el 21/09/2017; aceptado el 13/10/2017.

1. Graduado en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad Carlos III de Madrid, ha sido becario de colaboración (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Zaragoza bajo la dirección del Prof. Dr. ANTONIO EMBID IRUJO, en cuyo marco se encuadra esta investigación, a quien muestra su agradecimiento.

4.3. Las prácticas nudistas como libertad de expresión y de manifestación: referencia a las eventuales autorizaciones

4.4. Consecuencias penales derivadas de la infracción de estas prohibiciones

5. Consideraciones finales

5.1. Sanciones sociales y morales, mas no jurídicas

5.2. El régimen competencial como cuestión clave

6. Bibliografía

Resumen

Desde la despenalización del mero exhibicionismo, la práctica del nudismo ha sido tolerada como atípica, al menos hasta su reintroducción como infracción administrativa en las conocidas como ordenanzas locales de civismo, a partir del año 2004. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de marzo de 2015 y otras posteriores considera que el nudismo no puede ser manifestación de ninguna ideología y, consecuentemente, su prohibición puede no darse por ley orgánica. Avala así su prohibición por ordenanzas municipales. Contrasto en este artículo las incongruencias de la citada línea jurisprudencial con la desarrollada por la STS de 14 de febrero de 2013 sobre la prohibición del uso del velo islámico y su consideración como manifestación de la libertad religiosa. También crítico la transmutación que, *de facto*, se ha producido de determinadas infracciones administrativas en otras penales por vía judicial.

Palabras clave: *nudismo; ayuntamientos; ordenanzas de convivencia; potestad reglamentaria; potestad sancionadora.*

«Let me be naked». The regulation of naked practices by local entities

Abstract

From the decriminalization of exhibitionism, the practice of nudism has been tolerated as an atypical conduct, at least until the reintroduction of an administrative sanction in municipal regulations since 2004. The Supreme Court, through the judgment of 23 March 2015 and subsequent decisions, understood that nudism is not an expression of an ideology and, consequently, its prohibition can be articulated by a source of law different from an organic law. The Supreme Court validated the regulation

of nudism through municipal regulations. I contrast in this article the incoherencies of this case law with the Supreme Court judgment of 14 February 2013 on the prohibition of the Islamic veil and its treatment as an expression of freedom of religion. The article also criticizes that, de facto, some administrative sanctions have been transformed into criminal sanctions in the context of judicial processes.

Keywords: nudism; municipalities; municipal regulations on civility; rulemaking power; sanction powers.

1

Introducción

Quién le iba a decir a Hans Christian Andersen que el pobre emperador al que vistieron con aquel traje nuevo de delicados y transparentes materiales, y que desfiló desnudo ante sus súbditos, se podría enfrentar a la severidad de las ordenanzas de civismo que pueblan nuestras ciudades de unos años a esta parte. Por fortuna para este emperador y para desgracia del resto de mortales, su inviolabilidad aplacaría el poder sancionador de los entes locales en esta materia.

Sin embargo, como el mostrarse desnudo en público no es consecuencia exclusiva de la inocencia o del engaño sino, en ocasiones –acaso todas–, muestra pública de una libre voluntad, voy a plantear en este artículo algunas situaciones que, a mi juicio, son representativas del ejercicio de determinados derechos fundamentales. Adelanto ya que mi posición es discrepante con la solución que el Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha propuesto en sus recientes sentencias sobre este asunto (por todas, la Sentencia [STS] de 11 de mayo de 2016, y las que cita): en mi opinión, el nudismo sí puede ser manifestación de derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la libertad ideológica y de expresión (artículos 16 y 20 de la Constitución española, CE).

Discutiré, en estas líneas, la que considero una solución sesgada si se ponen en relación estas prácticas con las de naturaleza religiosa. En concreto, considero que el camino a seguir debería haber sido el emprendido en la STS de 14 de febrero de 2013, sobre la prohibición por las ordenanzas locales del uso del burka o velo integral islámico. Mientras que en esta última el TS entra a valorar, como presupuesto, la eventual afectación del derecho a la libertad religiosa (de nuevo, art. 16 CE), en las anteriores rechaza de plano cualquier disquisición preliminar acerca de la naturaleza de las prácticas nudistas, lo

que imposibilita su adecuado análisis y produce, además, una discriminación de las creencias de carácter no trascendente —esto es, meramente ideológicas— frente a las religiosas.

Por otra parte, la atención que ha merecido la práctica del nudismo sin componente sexual alguno (y por lo tanto, atípica penalmente) ha sido más bien escasa a lo largo del tiempo, no solo por parte de la doctrina y la jurisprudencia, sino también de parte de los propios legisladores e instituciones políticas. Así, esta investigación pretende llenar un vacío en la materia, cuestionando los escasos y recientes pronunciamientos judiciales.

2

Naturismo y nudismo, ¿una ideología?

2.1

La falta de análisis del presupuesto por parte del Tribunal Supremo

La decisión jurisprudencial que aquí se critica, que viene a resolver la impugnación de una ordenanza municipal de convivencia y, en particular, la legalidad de la prohibición del nudismo en las ciudades, ventila el paso previo que, sin embargo, sí se llevó a cabo en la STS del burka, con una afirmación cuando menos discutible, contenida en el fundamento jurídico (FJ) 3 de la STS de 23 de marzo de 2015:

No es función de los órganos jurisdiccionales resolver en Derecho las pretensiones que ante ellos se suscitan acudiendo a disquisiciones filosóficas o a argumentos no estrictamente jurídicos sobre todo si, como sucede con las cuestiones que aquí se suscitan, no puede afirmarse con certeza que exista un estado de opinión unánime e indiscutido sobre el thema decidendi. Por eso no compartimos la argumentación contenida en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida sobre la inclusión (al parecer, a efectos dialécticos) de la práctica del nudismo en el derecho a la libertad ideológica que contempla el artículo 16 de la Constitución.

El debate sobre la conformidad o disconformidad a Derecho de la Ordenanza municipal recurrida no puede centrarse exclusivamente en determinar si el nudismo constituye una verdadera ideología o si, por el contrario, nos hallamos ante prácticas, actitudes o formas de relacionarse con la naturaleza más o menos admitidas o discutidas socialmente.

Digo que es discutible teniendo en cuenta que en el caso del velo islámico sí procedió el Alto Tribunal a preguntarse, con carácter previo, cuál

era la naturaleza de dicho atuendo; es opinión de quien suscribe que, para poder analizar adecuadamente si el nudismo o naturismo es o puede ser manifestación de una determinada ideología, debe establecerse primero su envergadura. El distinto rasero empleado por el Tribunal a la hora de analizar uno y otro supuesto se desprende de la cita del FJ 8 de la STS de 14 de febrero de 2013²:

El dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural. Consideramos así absolutamente correcta la reserva de la sentencia a pronunciarse «sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso».

Desde el punto de vista del art. 16.1 CE, la hipótesis, planteada a los meros efectos dialécticos, de que se cuestionase el estricto carácter religioso de la vestimenta, no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa.

El contraste entre una sentencia y otra es evidente. Efectivamente, no es misión de los tribunales el realizar un juicio acerca de la realidad empírica que sustenta las pretensiones jurídicas que se sustancian en su sede, y menos cuando estamos en presencia de ámbitos sobre los que no existe un consenso científico o doctrinal al respecto. Pero no es menos cierto que el planteamiento, en palabras del propio Tribunal, siquiera sea «a efectos dialécticos» de la naturaleza de las prácticas que se enjuician debe producirse en aras del respeto al principio *in dubio pro libertate*, muy singularmente cuando se podría estar en presencia de derechos fundamentales (HENRÍQUEZ SALIDO *et al.* 2014, 21).

2.2

Las prácticas nudistas: ideología, expresión o manifestación

Merece, por lo tanto, plantearse aquí, con carácter previo, cuál es la real naturaleza de las prácticas nudistas y del naturismo: ¿estamos ante una ideología, ante una manifestación de la libertad de expresión, del libre desarrollo de la

2. Un comentario crítico de esta STS en GARCÍA URETA, 2013.

personalidad, o ante una práctica aislada e independiente de todo derecho fundamental?

Existe una cierta confusión terminológica y conceptual entre los dos términos citados: «nudismo» y «naturismo», pues suelen ser empleados como sinónimos. Quizás se deba al hecho de que estas prácticas, incluso en países vecinos, resultan todavía minoritarias, pero lo cierto es que, a diferencia de cualquier otra práctica pretendidamente ideológica, las referencias bibliográficas e incluso jurisprudenciales que al respecto se pueden encontrar son más bien escasas.

Parece que los orígenes de este movimiento se remontan a la Alemania de principios del siglo XX. El naturismo podría clasificarse, desde una perspectiva doctrinal, como una corriente o variante del ecologismo radical, que propugna un retorno a las formas de vida más simples y en armonía con la naturaleza, con despojo de todo tipo de elementos artificiales, y que fomenta, por lo tanto, el nudismo como práctica saludable y respetuosa con uno mismo, con el resto y con el medio ambiente; en este sentido apuntan las definiciones del Diccionario de la Lengua Española (DLE) y la propia Federación Naturista Internacional. Dicho de otro modo, el nudismo consistiría en una práctica de la ideología naturista consistente en mostrarse desnudo en público, no solo con el propósito de actuar conforme a la propia ideología, sino incluso con ánimo prosélito («mostrar respeto hacia el resto»). Aunque es cierto que estas prácticas³ suelen y solían realizarse en grupos y *clubs* privados, así como espacios alejados de la vista del resto de ciudadanos (FRIEDMAN 2016, 10).

Pero no parece que el nudismo sea exclusivamente una manifestación de esta ideología. Destaca LINCOLN (2016, 8), citando a Barcan, que históricamente el nudismo gira en torno a los siguientes propósitos: combatir la vergüenza y la modestia, conexión del cuerpo con la naturaleza, relaciones armónicas entre sexos, importancia de la luz solar, contribución a la salud y belleza, y eliminación de las distinciones de clase. Como se puede ver, algunos de estos propósitos sí podrían reconducirse a la ideología naturista; otros, sin embargo, parecen propios de otras corrientes tales como el liberalismo anticonservador o, incluso, el socialismo.

3. Hay quien ya discute el propio uso del término «prácticas», por dar a entender que se trata de una excepción a la hipotética norma que, a juicio de estos críticos, deberá ser el «estar desnudo». Como quiera que sea, y dado que la práctica social habitual es el ir vestido, en este artículo se empleará semejante expresión para referirse a estas conductas. Además, dentro del mismo movimiento nudista o naturista podrían identificarse distintas corrientes, como la «nudactividad», ámbito que excede el objeto de este estudio y que queda abierto a otros.

Se antojan posibles, incluso, otras prácticas nudistas al margen de las citadas⁴: así, aquellas llevadas a cabo en espacios con gran afluencia de público por espontáneos que sienten el placer de mostrarse desnudos en tales circunstancias (comportamiento que, en la lengua inglesa, incluso dispone de un término específico, «*streaking*»); o aquellos que, unidos al ejercicio del derecho de manifestación o de libre expresión, no buscan una relación armoniosa con la naturaleza sino, simplemente, captar la atención para sus consignas mediante la muestra de su cuerpo. Por ejemplo, las SSTSJ de Navarra de 23 de junio de 2005 y de 27 de junio de 2006 se refieren a la aparición de manifestantes desnudos en una protesta contra los festejos taurinos en las fiestas de San Fermín (en Pamplona); y, por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Cádiz, de 3 de junio de 2015, anula una sanción impuesta en aplicación de la ordenanza de civismo que prohíbe el nudismo, dado que este se enmarcó, claramente, en el ejercicio del derecho fundamental de manifestación y de expresión. Volveré a estas cuestiones más adelante.

Finalmente, y a diferencia de todas las prácticas citadas hasta el momento, existen otras en las que se identifica, claramente, un componente sexual que está ausente en las anteriores: la exhibición obscena, delito castigado por el Código Penal; la exhibición obscena no constitutiva de delito y sancionada por la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana; y la pornografía. En este sentido, parecen superadas aquellas posturas que consideraban todo tipo de desnudez indecorosa, indecente, impúdica o escandalosa, relacionada necesariamente con componentes de carácter sexual (FRIEDMAN 2016, 8). Así, la definición que proporciona la propia Federación Española de Naturismo (en adelante, FEN) en uno de los recursos contra las ordenanzas locales (el resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, STSJ de Andalucía de 19 de diciembre de 2013, FJ 3) hace énfasis en este aspecto: «el nudismo [es] una ideología que considera positiva la desnudez propia y de los demás, que sirve para su crecimiento personal y social y no tiene carácter sexual».

4. Incluso el famoso y reciente caso *Rita Maestre* de asalto a una capilla, resuelto en apelación por la SAP de Madrid de 16 de diciembre de 2016, es interesante desde esta óptica, puesto que refleja un claro conflicto entre los bienes jurídicos protegidos por los arts. 16 y 20 CE, teniendo como forma de expresión la muestra del torso femenino desnudo en un lugar sagrado para el culto católico. En este sentido también se enmarcan las protestas del grupo feminista Femen, que, como es de todos sabido, hacen de la muestra de los senos femeninos un signo de protesta. Me resisto, en todo caso, a considerar tal exhibición de los pechos como una forma de nudismo, dado el clima de aceptación y tolerancia que en nuestra sociedad reina acerca de tal práctica, por ejemplo, en las playas y piscinas.

2.3

Las «ideologías» y sus límites según el Tribunal Constitucional

Se desprende de lo dicho hasta el momento que el nudismo puede ser manifestación de una ideología, la naturista, que preconiza lo natural como beneficioso para el ser humano y sus relaciones con la naturaleza. Bien es cierto que no siempre el aparecer desnudo en público –esto es, toda práctica nudista– tiene que tener un componente ideológico, pero –y esto es lo relevante– *puede tenerlo*.

El Tribunal Constitucional (TC) ha tenido la ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones acerca de lo que debe entenderse, en el ámbito de aplicación del art. 16 CE, por «ideología». Como señala Rollnert, «el Tribunal Constitucional adopta un criterio amplio sobre el objeto de la libertad ideológica incluyendo en el mismo la totalidad de las creencias de cualquier índole que puedan ser profesadas» (1998, 237). Entre otras, el Tribunal acepta como integrantes de las ideologías a las *ideas, criterios y sentimientos, personales convicciones, al mundo de la axiología, a las concepciones distintas del sentido de la vida humana o a una posición intelectual ante la vida (ib.)*. Por consiguiente, estamos ante un concepto amplio en el que prácticamente toda idea cabría. Incluso aquellas no estrictamente políticas, teniendo como único límite la trascendencia religiosa (pues nos trasladaríamos entonces al terreno de la libertad religiosa, como señala este mismo autor).

En cuanto a los caracteres de esta libertad, son fundamentalmente dos: por una parte queda prohibida toda interferencia o coacción en la esfera interna de configuración de las propias creencias, y por otra se han de tolerar y no sancionar las manifestaciones externas de dicha libertad (el *agere licere*) que no incurran en infracciones del ordenamiento jurídico, por atentar contra otros bienes jurídicos protegidos. Recuérdese, en este último aspecto, que la libertad ideológica consagrada en el art. 16 CE tiene como exclusivo límite, en sus manifestaciones, el «mantenimiento del orden público protegido por la ley».

De hecho, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la relación entre las manifestaciones externas de la libertad ideológica, el *agere licere*, y los derechos configurados en el art. 20 CE, singularmente el de la libre expresión. El apartado 4 de ese mismo artículo establece como límites el respeto a los derechos fundamentales de los demás, los preceptos legales de desarrollo y, especialmente, el honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia. Por consiguiente, la protección dispensada a las manifestaciones externas de la libertad religiosa, a juicio del TC, es mayor

que la de la libertad de expresión, en tanto que el único límite de la primera es el orden público (ROLLNERT 1998, 252).

También tiene que considerarse, por ser aplicable *ex art.* 10.2 CE en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Este, en su art. 9.2, fija como límites de la libertad de pensamiento, conciencia y religión las restricciones que, «previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás», y en el 10.2, como límites de la libertad de expresión, las «formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». También el CEDH parece dispensar una mayor protección a la libertad ideológica frente a la de expresión, pues las listas de bienes jurídicos protegidos que pueden actuar como límites en uno y otro caso son diversas.

Como se desprende de la lectura de estos preceptos, la ley puede imponer limitaciones a las manifestaciones externas de los mismos, como resulta obvio y natural. Pero es precisamente ese el instrumento que habrá de imponer los límites: *la ley*, que en el caso de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, deberá ser orgánica por mandato del art. 81.1 CE; en ningún caso podrán ser desarrollados por un reglamento ni, por consiguiente, por una ordenanza municipal, aunque cuestión distinta es que la norma de rango legal empodere a la ordenanza para regular algunos aspectos concretos de su aplicación (EMBED IRUJO 2010, 130 y 136). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la libertad religiosa, libertad fundamental que sí ha sido reglada por una norma con rango de ley orgánica, no sucede lo mismo con la libertad ideológica, a la que solo podrán aplicársele principios de la anterior por analogía, con las limitaciones que ello conlleva.

3

La prohibición de las prácticas nudistas en nuestro ordenamiento

3.1

La despenalización del mero exhibicionismo

Una vez analizada la posible naturaleza de las prácticas nudistas, se ha de realizar un repaso, siquiera sea somero, por el devenir histórico-normativo de las prohibiciones de mostrarse desnudo en público en nuestro sistema jurídico durante las últimas décadas.

Conviene empezar señalando que el ya pretérito y derogado delito de «escándalo público», recogido en el art. 431 del Código Penal (CP) de 1973 y que penaba la ofensa al «pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia», fue ya duramente criticado por la doctrina por la vaguedad e imprecisión de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el tipo (por todos, MUÑOZ CONDE 2010, 247). Con este delito se penaba la mera exhibición del cuerpo desnudo en lugares públicos, y era deudor de corrientes de pensamiento que consideraban dicha exhibición –por supuesto desligada de todo comportamiento sexual– indecorosa y atentatoria contra la moral y las buenas costumbres. En ocasiones, incluso, el TS llegó a confirmar la condena por escándalo público a unos bañistas que practicaban el nudismo en una playa a la vista de otras personas, por considerar que el resto de usuarios no tenían por qué «presenciar un espectáculo indeseado» y que estas prácticas «perturbaban la vida cotidiana, el uso de la playa y hasta las tareas agrícolas», aunque aceptaba que la que denomina «filosofía nudista» pudiera inspirar estas prácticas, pero en lugares destinados al efecto o en parajes apartados y solitarios (Considerandos [Cdos.] 2 y 3, STS de 2 de mayo de 1984, por todas).

Idéntica suerte que el delito de escándalo público corrió la antigua falta de bañarse «faltando a las reglas de decencia o de seguridad establecidas por la autoridad» (art. 577.1.º del CP de 1973). Una vez destipificadas completamente estas conductas mediante la reforma del CP de 1988, subsisten en el vigente CP de 1995, sin embargo, otros tipos entre los que destaca el delito de exhibicionismo, regulado en su art. 185, que implica la ejecución de «actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección», siendo en este caso el bien jurídico protegido la libertad e indemnidad sexual, pues el comportamiento «obsceno» (también criticado por la doctrina) implica prácticas libidinosas de carácter sexual (por todos, BOLDOVA 2010, 14). Sin embargo, una conducta que resultaba impune como es la exhibición obscena frente a sujetos pasivos distintos de los especialmente protegidos por el tipo es, desde la aprobación de la Ley Orgánica

de Seguridad Ciudadana⁵ (LOSC) en 2015, considerada una infracción administrativa leve (art. 37.5). De nuevo, al implicar tal contenido sexual quedan estas conductas fuera del objeto de análisis.

3.2

Intentos regulatorios municipales previos a la modificación de la Ley de Bases del Régimen Local

Así las cosas, desde el año 1988, puede considerarse que, en España, no existe precepto legal que prohíba, específicamente, el mero desnudismo⁶ entendido como mostrarse desnudo en público⁷, sin propósito exhibicionista (sea este obsceno o no). O, al menos, no existía hasta la aprobación de determinadas ordenanzas municipales.

Hay quien intentaba encuadrar estas prácticas en el tipo infractor del antiguo art. 23.h) de la derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (en su redacción dada por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto), que establecía como infracción grave «la provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana» (citado por COTINO 2007, 489-490). Sin embargo, ante la ambigüedad y falta de concreción del precepto, la nueva LOSC de 2015, como se vio antes, configura el exhibicionismo obsceno no constitutivo de delito como infracción administrativa, dejando impunes, por lo tanto, las conductas no obscenas.

3.2.1

La (in)competencia en materia de Costas

Un primer y frustrado intento (no de restringir sino, precisamente, de permitir estas prácticas) lo constituyó la Resolución del Ayuntamiento de Sagunto de

5. No afectaría aquí la LOSC al ámbito competencial de las ordenanzas, según refiere ORDUÑA (2016: 330).

6. Aunque en ocasiones se emplean como sinónimos, hay una sutil distinción entre *exhibicionismo* y *nudismo*, para lo que conviene recordar cuáles son las acepciones del primer término, según el DLE: 1. *Prurito (deseo) de exhibirse*. 2. *Perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales*. Por consiguiente, la principal distinción entre uno y otro residiría en el deseo de ser visto desnudo o en la ausencia o indiferencia de tal deseo.

7. Una pregunta con profunda significación es la de qué entendemos por «mostrarse desnudo en público»: ¿llevar el torso descubierto? ¿quizás de cintura para abajo? ¿los genitales? ¿los pectorales? ¿del hombre, de la mujer, de ambos...? Sobre estas ideas habrá necesariamente que volver.

31 de julio de 1996, que pretendía destinar una zona de playa para usos nudistas. Con tal propósito, como señala la STSJ de Valencia de 22 de febrero de 1999, que resuelve la impugnación de este acuerdo, el mismo fue remitido al Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente – Demarcación de Costas de Valencia, «a los efectos oportunos por poder considerarse un uso especial», y posteriormente, ante la alegada incompetencia de oficio por esta, a la Delegación del Gobierno en tal Comunidad Autónoma. El propósito del Ayuntamiento, y así lo entiende la Sentencia, era el de formular una mera comunicación sobre su decisión y, por consiguiente, no un mero acuerdo de iniciación del procedimiento de autorización de tales usos ante la Delegación del Gobierno.

Entiende el Tribunal que tal decisión, en tanto que las playas son bienes de dominio público estatal (*ex constitutione* y reiterado por la Ley de Costas de 1988), así como las autorizaciones contenidas en los artículos 51 a 55 de dicha Ley, solo pueden ser otorgadas por la Administración del Estado. La inmediatamente posterior STSJ de Valencia de 2 de diciembre del mismo año se refiere al mismo caso y, de hecho, reitera semejante argumentación. Por lo tanto, anula la Resolución del Ayuntamiento de Sagunto por considerar manifiestamente incompetente al órgano que adoptó tal decisión.

Esta solución jurisprudencial no gozó de amplio recorrido, si bien fue criticada por la doctrina. Considera VERA FERNÁNDEZ-SANZ (2002, 3) que estas prácticas no pueden encuadrarse en las «actividades en que concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad», sino que estamos en presencia de «usos comunes», como lo es el estar, pasear, bañarse... con o sin ropa y, por consiguiente, no susceptibles de autorización estatal. Aunque pudiese dudarse que la práctica del nudismo se trate de un uso común, lo que parece evidente es que no se trata de una actividad en la que concurra ninguna de las características mencionadas antes, que han de ser entendidas de manera restringida.

Además de lo anterior, ha sido recientemente enmendada con acierto por decisiones de otro TSJ, en este caso, el de Cataluña. Como señala en su STSJ de 11 de febrero de 2013 (en su FJ 2), no puede confundirse la titularidad sobre un determinado bien –en este caso, las Costas– con el título competencial sobre dicho bien:

El hecho de que la titularidad demanial sobre las playas corresponda al Estado no puede hacer olvidar que aquellas forman parte igualmente del término municipal correspondiente, lo que da lugar al ejercicio compartido sobre un mismo espacio de las competencias respectivas por parte de cada una de las Administraciones que inciden sobre dicho ámbito. En consecuencia, debe concluirse que la consideración de las playas como

zona de dominio público marítimo-terrestre no excluye que los ayuntamientos ejerzan en ese espacio las competencias que tienen atribuidas legalmente, en cuanto se trata de lugares abiertos al uso público.

Parece superada, pues, esta concepción equivocada del dominio público marítimo terrestre no como atribución de titularidad demanial sino, pretendidamente, competencial. Ahora bien, en opinión de quien suscribe, y siguiendo la línea argumental de VERA FERNÁNDEZ-SANZ, ni de la Ley de Costas, ni de su Reglamento, pueden derivarse competencias municipales sobre los usos nudistas de las playas, pues no se aprecia cómo el nudismo puede afectar a la limpieza, higiene o salubridad de las zonas playeras (2015, 3), pero tampoco de la Administración del Estado, para regular estos usos, que no actividades especialmente peligrosas.

3.2.2

La inadecuación del bando como instrumento regulatorio

No es este lugar en el que describir con detalle la denominada «vinculación negativa» de las ordenanzas respecto de la ley, ni del (re)surgir de la potestad sancionadora de los entes locales, a raíz de la STC 132/2001 y sucesiva modificación de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) por la Ley 57/2003, que introdujo el Título XI, con la rúbrica «tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias»⁸, pero sí conviene destacar este hito como punto de inflexión que permite analizar las propuestas reglamentadoras municipales antes y después del mismo.

A la vista de la ausencia de todo título competencial que permitiese a las corporaciones locales prohibir las prácticas nudistas, sendas proposiciones no de ley (PNL) fueron defendidas y aprobadas en el Parlamento de Cataluña en los años 1997 y 1999 (resoluciones 245/V y 899/V), instando la supresión de los obstáculos reglamentarios que impidiesen la práctica del nudismo y solicitando al Gobierno de la Generalidad, en la segunda de estas proposiciones, que recordarse a los entes locales la necesidad de suprimirlos⁹. No es baladí

8. Para un análisis detallado y comprensivo a este respecto puede acudir a obras generales sobre la potestad reglamentaria de los entes locales; por todos, EMBID IRUJO (*op. cit.*).

9. Otra PNL en términos similares fue defendida más tarde –en 2005 (por lo tanto, una vez ya en vigor la modificación de la LBRL que aquí se trata)– en el Parlamento de Navarra, con resultado, sin embargo, infructuoso, pues fue rechazada (*Moción por la que se insta al Gobierno de Navarra a suprimir los obstáculos que impidan la práctica del nudismo*, Boletín Oficial del Parlamento de Navarra, núm. 44, 9 de mayo de 2005, pp. 7-8).

recordar que estas proposiciones, por descontado, carecen de valor jurídico vinculante alguno y de ellas no pueden desprenderse más efectos que los derivados de la interpretación de las normas (*ex art. 3.1 del Código Civil, CC*), pero no es menos cierto que su aprobación implica un determinado posicionamiento del legislador autonómico, digno de ser, cuando menos, considerado.

Otro intento de normar los comportamientos nudistas en un municipio y, en particular, en las playas del mismo, lo constituyó el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Getxo, de 12 de julio de 2001, por el cual se disponía que la Policía Municipal debía apercibir y, en caso de incumplimiento del requerimiento, imponer una «multa coercitiva» a los pretendidos «infractores» de la orden de no practicar el nudismo en determinadas playas y campas municipales.

Con buen criterio, los servicios jurídicos municipales determinaron que un bando municipal no es instrumento adecuado ni competente para establecer prohibiciones ni mucho menos para imponer sanciones, por falta de habilitación legal suficiente, e informaron desfavorablemente este bando que, sin embargo, acabó dictándose. Así, fue planteada queja ante el Ararteko (Defensor del Pueblo vasco), quien emitió una recomendación de anulación del mismo sobre la base de los siguientes fundamentos jurídicos: en primer término, se cuestiona la competencia municipal para reglamentar estos comportamientos, especialmente sobre la pretendida intervención para la preservación de la «moralidad ciudadana», a la que me referiré en seguida; se plantea, además, la inadecuación del instrumento utilizado para imponer sanciones; y, en último término, se recuerda que las «multas coercitivas» no son admisibles como forma de sanción, sino recordatorio de la obligación de un determinado comportamiento exigible al ciudadano (Recomendación 33/2001).

Esta intervención del alcalde pretendía hallar una justificación al amparo de lo dispuesto en el art. 1.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (RSCL), todavía vigente, que establece que «los ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados (...) en el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas». Algunos de los Considerandos de este Decreto expresamente admitían que los intereses que se pretendían proteger se situaban «en el ámbito de la ética antes que en el del Derecho»¹⁰ (Cdo. 3), y que las personas afectadas «se ven obligadas a presenciar un espectáculo indeseado por estos involuntarios espectadores que

10. Sobre el papel de las normas morales en este asunto y su coerción tendré ocasión de volver más adelante.

pueden verse heridos en sus sentimientos de recato, morigeración y decencia» (Cdo. 18). Además, definía la práctica del nudismo como «no apropiada» (*ib.*), y lo califica de actividad «molesta o al menos conturbadora de una normal convivencia, y no requerida ni deseada por la inmensa mayoría de los vecinos de Getxo» (Cdo. 8).

Lo que resulta del todo patente es que no se aporta justificación alguna de los improprios moralistas que esta disposición municipal dispensa hacia el nudismo; además, parece acercarse bastante a la antigua y predemocrática Circular de la Dirección General de Seguridad que prohibía «cualquier manifestación de desnudismo o de incorrección en el mismo aspecto que pugne con la honestidad y el buen gusto tradicionales entre los españoles» (Circular 320, de 6 de julio de 1957, del Ministerio de la Gobernación) o a la extinta «policía de moralidad» de la antigua Ley de Costas de 1969.

Para VERA FERNÁNDEZ-SANZ, no podría considerarse la «moralidad» a la que alude el RSCL como de inspiración religiosa, sino, siguiendo a LÓPEZ PELLICER, como protección de intereses generales para evitar que «ciertas conductas que han sido despenalizadas no pueden ser corregidas por falta de cobertura legal» (2015, 3-4). Pero lo cierto es que, antes de la STC citada al inicio de este apartado, no era admisible la tipificación por ordenanzas municipales de infracciones objeto de sanción por contravención de las mismas, más aún si lo que se pretendía reglamentar era una actuación que podía implicar el ejercicio de derechos fundamentales. En definitiva, de lo que no cabe duda es de que el bando no es instrumento apto para la reglamentación de estas cuestiones, pues la creación de normas jurídicas está reservada al Pleno municipal y vedada al alcalde (EMBED 2010, 69 y 71).

3.3

Las ordenanzas de civismo

Como se ha señalado ya, la STC 132/2001, de 8 de junio, sirve como punto de inflexión en torno al cual el legislador hubo de modificar la LBRL para adecuarla a la exigencia de reserva de ley, según criterio del TC, en materia sancionadora. La principal conclusión a la que llega el TC la encontramos en el FJ 6 y es que del artículo 25.1 CE se desprenden dos exigencias: primero, que la «fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones» ha de realizarse por ley; y segundo, que «la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales».

Al amparo y como consecuencia de esta STC, como se ha dicho, se introdujo el Título XI en la LBRL y, en concreto, se establecieron los nuevos arts. 139 y 140, que ofrecen una cobertura suficiente para la determinación y tipificación de infracciones y sanciones por parte de las ordenanzas municipales, siempre «en defecto de normativa sectorial específica»¹¹. Estos artículos han servido de cauce y habilitación necesaria y suficiente para la promulgación de las conocidas como «ordenanzas de civismo»¹², normas nacidas al abrigo de las «insatisfacciones que crea la contemplación de un régimen local basado en la cláusula de la autonomía local, pero con profundas limitaciones en su capacidad de actuación» (EMBID 2010, 57).

Así pues, han sido numerosos los ayuntamientos que aprobaron a partir del año 2004 este tipo de ordenanzas que, como señala CASINO, «tienen idéntica o parecida estructura y contienen prácticamente las mismas previsiones» (2011, 745). Todas hallan, como es evidente, fundamento jurídico en los citados artículos de la LBRL. Aquí, por cuestión de interés y espacio, solo me voy a centrar en las ordenanzas de estas características de algunas capitales de provincia, y aquellas que han dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales de importancia, por ejemplo (por orden cronológico de aprobación, de 2004 a 2012) las de San Sebastián, Castillo-Playa de Aro (Gerona), Cádiz, Barcelona y Valladolid. Todas ellas contienen alguna mención de las conductas nudistas que son aquí objeto de estudio, ya sea *ab origine* o como consecuencia de una posterior modificación de su articulado. Entremos en detalle sobre sus contenidos y oportunidad.

3.3.1

Sobre su necesidad y oportunidad

Alabadas y criticadas por la doctrina casi a partes iguales¹³, estas ordenanzas no han pasado desapercibidas: a favor de las mismas se argumenta que carecía de todo sentido que los ayuntamientos pudiesen reglamentar determinadas conductas y, sin embargo, no sancionar su infracción, o que el hecho de que

11. El problema que aquí se plantea, y que aprecia HERNÁNDEZ (2005, 176 y 198-199), es el de si es suficiente esta referencia o se trata de una habilitación en blanco insuficiente, más próxima al régimen sancionador preconstitucional. Sin embargo, MERINO (2006, 488) no comparte esta postura: no es una remisión «en blanco», sino que quedan establecidos claramente unos «criterios de antijuridicidad».

12. O «de convivencia». Sobre la distinción de ambos términos, véase GRACIA RETORTILLO (2008, 100) y ORDUÑA (2016, 285).

13. Me remito al análisis de las distintas posturas que realiza GRACIA RETORTILLO (2008, 119 y 128).

se hayan despenalizado ciertos comportamientos antes constitutivos de faltas deje sin sanción actos incívicos que afectan a la convivencia en los municipios (por todos: EMBID 2010; PEMÁN 2007 y 2010). Además, se favorece la adaptación democrática de la normativa local a los diversos intereses municipales de las distintas poblaciones del país, entendiendo que pueden tener «perfiles propios en función de los objetivos y valores que quieren realzar» (PEMÁN 2010, 47). Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2013 considera que «el Ayuntamiento ha de valorar cuáles son los valores de convivencia social que hay que preservar de acuerdo con su particular visión, en un ejercicio esencialmente político, articulando las pautas de comportamiento» (FJ 2).

Pero, en el sentido contrario, se enfatiza el hecho de que estas ordenanzas son, en realidad, «fruto de una determinada ideología o, lo que es peor, manifestación de una simple moda de nuestros días» (CASINO 2011, 756). Tratan de regular la vida privada de los vecinos con un «afán desmedido» (*ib.*, 754). Además, la prohibición de algunas conductas da lugar a que nos encontremos ante comportamientos que en una parte del territorio nacional se encuentren prohibidos y en otra no, dando lugar a una disgregación normativa contraria a la seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley (en este sentido, por ejemplo, el voto particular a la STSJ de Castilla y León, de 18 de octubre de 2013, del magistrado Picón). Finalmente, dado que el abanico de conductas prohibidas es tan amplio y, en ocasiones, desmedido, se produce una discrecionalidad administrativa en la persecución de estos ilícitos, rayana en la arbitrariedad, con las eventuales consecuencias de responsabilidad patrimonial de los ayuntamientos por falta de persecución de actos sancionables (CASINO 2011, 749 y 752).

De momento, con alguna salvedad, la «batalla» parece que la van ganando los partidarios de este tipo de ordenanzas, especialmente respaldados por los pronunciamientos jurisprudenciales del TS. En todo caso, no hay que olvidar que la competencia municipal para la reglamentación de determinadas conductas es el presupuesto básico para su sanción: «es antes la posibilidad de regular que la posibilidad de sancionar»¹⁴ (FJ 3 del citado voto particular), o, dicho de otro modo, si falta tal competencia estaremos ante una sanción manifiestamente ilegal e inconstitucional (en la misma dirección: CASINO 2011, 759 y FERNÁNDEZ-MIRANDA¹⁵ 2015, 261).

14. Como apuntaba NIETO (2007, 10).

15. Señala este último autor, citando la STC 132/2001 (FJ 6), que la facultad de normar para los entes locales es presupuesto para su facultad de sancionar las conductas que infrinjan tales prohibiciones, pero no es condición suficiente para ello.

3.3.2

Las «relaciones de convivencia de interés local» y otros (presuntos) bienes jurídicos protegidos

PEMÁN identifica con acierto tres bloques a los que se pueden reconducir los ámbitos materiales de protección del art. 139 LBRL: i) las relaciones de convivencia de interés local; ii) el uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras e instalaciones locales; y iii) el uso del espacio público (2007, 25).

CASINO, citando la Ordenanza de Barcelona, recuerda que el objetivo último pretendido por estas normas municipales es el de «preservar el espacio público como lugar de convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, de ocio, encuentro y recreo con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida diversas de la [correspondiente ciudad]» (2011, 746).

Como en tantas otras ocasiones, merece la pena acudir al DLE para definir el concepto que nos ocupa con suficiente precisión. *Civismo* se refiere al comportamiento respetuoso del ciudadano con las normas de convivencia pública. PEMÁN lo describe como la «libertad individual de cada uno [que] se ejerce en el espacio urbano de manera respetuosa con los derechos de los demás y con las cosas que son de todos» (2007, 9).

Se ha criticado, con acierto a mi juicio, la indeterminación del concepto «relaciones de convivencia de interés local», pues prácticamente todo podría ser, de una u otra forma, subsumible al mismo¹⁶. Como ha tenido ocasión de señalar el TS (en su Sentencia de 30 de noviembre de 2010), será la vía jurisprudencial la que determine, casuísticamente, si cada ordenanza particular puede hallar encaje en este concepto (CASINO 2011, 762; idea que ya avanzaba años antes MERINO [2006, 504]). Puede entenderse que la «convivencia» se referiría, en este aspecto, al «respeto a ciertas normas que imponen el cuidado de los bienes comunes, de las infraestructuras públicas o las reglas de utilización y presencia en los servicios públicos» (EMBED 2010, 137).

Como señala PEMÁN, las ordenanzas de civismo hacen un esfuerzo mayúsculo e incluso «reiterativo e innecesario» (2007, 32) a la hora de identificar los bienes jurídicos protegidos por las mismas. En todo caso, parece que los comportamientos incívicos irían en la línea de «causar molestias importantes a los vecinos y perjuicios serios en sus derechos e intereses legítimos,

16. MERINO (2006, 490) dice que resulta necesaria cierta flexibilidad y adaptación, dejando el control a los tribunales, *ex post*, postura no poco controvertida.

así como dañar de forma notoria los bienes públicos y, de modo especial, el mobiliario urbano» (*ib.*, 27).

En esta dirección, recuerda la STS de 14 de febrero de 2013 –citada al comienzo y que anula la prohibición del uso del velo islámico por la ordenanza de Lérida– que en la génesis de la reforma de la LBRL están determinadas conductas que producen «consecuencias físicamente evaluables», y a modo ilustrativo enumera algunas: el ruido, las emanaciones de gases y fluidos, la emisión de ondas magnéticas, el ornato de la edificación, juegos, animales, etc. (FJ 5). Por lo tanto, no se refiere a meras interferencias o perturbaciones irrelevantes que, en nuestro día a día, nos vemos obligados a soportar. Añade esta STS que la «base esencial sobre la que la sentencia se sustenta se desvanece» (FJ 8), pues existe una falta de constatación sociológica por parte de la STSJ por ella casada de la eventual perturbación producida por los comportamientos ahí enjuiciados.

Sin embargo, la STS de 23 de marzo de 2015 –sobre la prohibición del nudismo, también citada al comienzo– ofrece una respuesta distinta: califica las prácticas nudistas como «actividades», y, sin más justificación, sostiene que no se «ha alcanzado la unánime e indiscutida aceptación» por la sociedad de las mismas (FJ 3). Además, señala que el régimen de autorizaciones, en determinados casos y espacios, que la ordenanza impugnada permite para las prácticas nudistas, modula la prohibición mediante el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, el régimen de autorizaciones para el nudismo parece estar más próximo al de las actividades nocivas insalubres y peligrosas que al de un mero uso del dominio público –andar o transitar por las calles y playas–. También la STS de 30 de marzo de 2015, sobre el mismo asunto, equipara el nudismo a «otras prácticas, condicionándolas a la correspondiente autorización expresa, como el reparto de propaganda, o el acceso con animales domésticos, o la acampada, o la práctica de ciertos deportes, o el uso del fuego» (FJ 3).

Hay conductas que, a juicio de cualquier ciudadano, deben ser sancionadas por las consecuencias indeseadas que se producen sobre la *res publica*. Ensuciar las vías, contaminar, producir destrozos en el mobiliario urbano, emitir ruidos molestos, no cuidar del comportamiento de los animales domésticos..., son todos ellos ejemplos en los que la unanimidad en su sanción parece patente. Sin embargo, las ordenanzas de civismo han tipificado algunos comportamientos (como el que aquí nos ocupa, la práctica del nudismo; y otros como el uso del velo islámico) que han resultado controvertidos hasta el punto de alcanzar la casación ante el TS, por una eventual afectación de derechos fundamentales.

Parece que, al fin y al cabo, lo que está en juego en estas relaciones de interés local es el «orden público», concepto jurídico indeterminado al que

parecen reconducirse tanto las ordenanzas de civismo como la jurisprudencia que las analiza.

«Por su natural y lógica indeterminación, el catálogo de medidas destinadas a lograr su restablecimiento no se presta fácilmente a una descripción individual y cerrada» (CASINO 2011, 758), por lo que parece que el orden público, a pesar del gran esfuerzo tipificador de las conductas infractoras por parte de estas ordenanzas, podría verse alterado incluso fuera de los tipos en ellas contenidos. Además, de acuerdo con este autor, el «orden público», a diferencia de la «seguridad pública», no sería un título de atribución de competencias normativas sino meramente ejecutivas o administrativas de policía (*ib.*, 767), por lo que el fundamento último de estas ordenanzas no podría encontrarse en la cláusula de salvaguardia de tal orden público.

En todo caso, conviene recordar lo que la STC 59/1990, de 29 de marzo, señala acerca del orden público: «El orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro para el ejercicio de[l] derecho de libertad». Además, como señala Ríos (2007, 13), determinadas imposiciones moralistas pueden, por este medio, justificarse «como una cuestión de autoprotección y no como una cuestión de defensa de una moral hipotética», amparando así una limitación de derechos por vía de la defensa de un hipotético orden público. En el caso de la STS de 14 de febrero de 2013, entiende el fiscal que para que el orden público se vea comprometido, debe producirse «objetiva constatación de la intranquilidad, del desasosiego de la generalidad de los ciudadanos ante un determinado fenómeno» (citado en el FJ 5).

En esta línea, el TSJ de Cantabria tuvo la ocasión de pronunciarse acerca de la ilegalidad de una ordenanza municipal por la imprecisión y vaguedad de algunos conceptos jurídicos indeterminados, como «debido civismo y compostura» o «tranquilidad pública» (STSJ de Cantabria de 13 de julio de 2007, FJ 5). Considera el Tribunal que sí son interpretables estos conceptos y que equivalen al «comportamiento exigible a una persona consciente de sus deberes de ciudadano y acord[e] en su dignidad externa». A mi entender, poco aclara esta definición...

Con determinadas prohibiciones, lo que veladamente se está configurando es un «derecho a no ver y no oír lo que a uno desagrade», como han alegado en sus recursos los recurrentes frente a algunas de estas ordenanzas (argumento, sin embargo, rechazado sin excesiva explicación por el Alto Tribunal: SSTS de 23 de marzo de 2015 y de 9 de mayo de 2016). Es más, algún TSJ no ha podido evitar calificativos moralistas hacia estas prácticas, llegando a decir que lo que se ve alterado son «las buenas costumbres ciudadanas» (FJ 6, STSJ de Navarra de 23 de junio de 2005).

El problema reside, a mi juicio, en la eventual voluntad de la mayoría de configurar un «orden público» a la carta, donde cualquier disidencia con los comportamientos socialmente admitidos sea considerada contraria al mismo. En otras palabras, que las acciones de algunos ciudadanos que no dañan más que la moral individual de otros puedan ser objeto de prohibición y sanción de las normas jurídicas. ¿Se entendería, acaso, admisible que se expulsase de los transportes públicos de viajeros a todas aquellas personas que «huelan mal», por atentar contra la tranquilidad de sus compañeros de viaje? ¿O acaso se podría prohibir a alguien hablar en la playa porque molesta en la hora de la siesta a quien tiene al lado?

3.3.3

El nudismo como comportamiento constitutivo de infracción

Conviene recordar que el fundamento general (por lo tanto, más allá del exclusivamente sancionador) de la intervención municipal mediante ordenanzas se encuentra en el art. 84 LBRL, el cual establece que esta deberá ajustarse, «en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue»¹⁷.

Por su parte, el art. 140 LBRL se refiere a la clasificación de las infracciones —en muy graves, graves y leves— atendiendo a la afectación que pueda producirse sobre la tranquilidad o el ejercicio de los derechos legítimos de otras personas, sobre el desarrollo normal de actividades de toda clase o sobre la salubridad u ornato públicos, atendiendo al criterio de intensidad en la perturbación ocasionada sobre los bienes jurídicos protegidos.

Corresponde al órgano democrático municipal, el Pleno, establecer, concretar y ponderar los bienes jurídicos a proteger, así como las infracciones y sanciones correspondientes. Como señala la STS de 9 de mayo de 2016: «la determinación de qué debe entenderse por convivencia pacífica y en qué medida debe protegerse y asegurarse la tranquilidad, el ejercicio de los derechos y el buen uso de los espacios públicos corresponde al órgano democrático que tiene atribuida la correspondiente potestad, con las limitaciones que se siguen de aquellos preceptos legales, constituidas fundamentalmente por el respeto al principio de igualdad y por la proporcionalidad de la medida en relación con el objetivo que se pretende conseguir» (FJ 6).

¹⁷. Para un análisis detallado del devenir histórico de la potestad sancionadora local, hasta su configuración actual, véase ORTUÑO RODRÍGUEZ, 2009 (*op. cit.*).

Como dije con anterioridad, por razones de espacio y economía, en esta investigación solo me he centrado en aquellas ordenanzas municipales, de la gran cantidad de las aprobadas en los últimos años, que han alcanzado la vía jurisdiccional dados los recursos contra las mismas que se han podido interponer. Así, un breve repaso por las conductas nudistas tipificadas en estas infracciones daría el siguiente resultado.

La primera de las ordenanzas de civismo (al menos, de las aquí estudiadas) que sancionan la práctica del nudismo es, quizás, la única que superaría además, a mi entender, el juicio de taxatividad exigible a toda tipificación de una conducta infractora¹⁸. Se trata de la Ordenanza de San Sebastián de 2004, la cual establece en su art. 8.2 que «nadie puede, con su comportamiento en la vía pública, menospreciar los derechos de las demás personas, ni su libertad de acción, ni ofender las convicciones ni las pautas de convivencia generalmente admitidas, *no permitiéndose las actitudes exhibicionistas de los genitales*» (el énfasis es mío).

Sin embargo, a pesar de configurar en su art. 48 todas las contravenciones de las normas contenidas en la Ordenanza como «infracción», no la incluye en ninguna de las referidas en el art. 49, por lo tanto, ni como leve, grave o muy grave. Tan solo se configura como «grave» la «desobediencia a una orden dada por los Agentes de la Autoridad con relación a la exigencia de cumplimiento de las determinaciones de la presente Ordenanza, siempre que la misma no reúna la cualidad de infracción de carácter penal» (art. 49.4.4.º), tipo en el que podría encuadrarse, subsidiariamente, la conducta de mostrar los genitales en público, si se es requerido para cesar en ello. Ahora bien, merece desde estas líneas un claro reproche el hecho de que no se especifique qué tipo de infracción supone la vulneración de la prohibición estudiada¹⁹.

La Ordenanza de Cádiz, de 2009, prohíbe en su art. 14, párrafos 2.º y 3.º, «la práctica del nudismo en las playas que tengan la consideración de urbanas; en las playas clasificadas como naturales sin protección especial, se podrá practicar el nudismo siempre y cuando exista una zona habilitada para ello»; la contravención de esta prohibición es considerada, según lo dispuesto en el art. 30 de esa misma Ordenanza, una infracción leve. Otra normativa que ha tenido cierto recorrido jurisprudencial ha sido la aprobada en el municipio gerundense de Castillo-Playa de Aro, del mismo año 2009, y cuyo art. 9 establece que «las playas del municipio de Castillo-Playa de Aro *son de uso familiar* y no se permiten las actividades naturistas u *otras actividades que*

18. HERNÁNDEZ 2005, 174-179.

19. Técnica criticable, según GRACIA (2008, 120), además de atentatoria contra el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE (ORDUÑA 2016: 334).

fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo a menos que el Ayuntamiento lo indique expresamente» (las cursivas son mías). En este sentido, la correlativa sanción aparece establecida en el art. 37, con la categoría de grave, para la práctica del «nudismo en las playas donde no haya sido autorizada explícitamente».

Por su parte, algunas ordenanzas que en origen no contaban con una tipificación de estas conductas incluyeron con posterioridad modificaciones a las mismas en tal sentido. Las que siguen son un ejemplo de ello.

Así, la famosa Ordenanza de Barcelona de 2006 incluyó, en su modificación de 2011, una prohibición expresa de «andar desnudo o desnuda o casi desnudo o desnuda por los espacios públicos, salvo autorización para lugares públicos concretos, mediante Decreto de la Alcaldía» (74 bis), configurando la infracción de esta prohibición como leve (*ex art.* 74 ter). También la de Valladolid de 2004, siguiendo los pasos de la anterior (y parece que calcando su contenido), en el año 2012 incluyó una modificación, y su artículo 16 pasó a tener el siguiente tenor: «ninguna persona podrá estar desnuda o semidesnuda en los espacios y vías de uso público, salvo que cuente con autorización expresa del Ayuntamiento o realice actividades formalmente amparadas en el ejercicio de derechos fundamentales». A diferencia de la Ordenanza barcelonesa, la vallisoletana configura estas conductas como infracciones graves (art. 24).

Podemos agrupar estas prohibiciones, por lo tanto, en tres grupos distintos: i) aquellas que prohíben el exhibicionismo de los genitales; ii) las que prohíben la práctica del nudismo en las playas, y iii) las que prohíben el nudismo en toda la ciudad. Algunas establecen la posibilidad de que la autoridad municipal permita estas prácticas en determinados espacios o momentos, por ejemplo en determinadas playas.

Además, al configurar como infracción de las ordenanzas este tipo de conductas, algunas de las corporaciones municipales hacen un esfuerzo añadido a la hora de justificar el bien jurídico objeto de protección. De esta forma, las dos últimas ordenanzas incluyen expresamente lo que consideran título de justificación para la prohibición de estar desnudo en público: «atendiendo a las pautas mínimas de convivencia generalmente admitidas respecto a la forma de vestir de las personas que permanecen o transitan por los espacios públicos y a la protección del derecho de quienes comparten estos espacios a no sufrir molestias o perjuicios que sean consecuencia de la falta de respeto de las mismas, ninguna persona podrá estar desnuda» (art. 16.6 de la Ordenanza de Valladolid y, prácticamente en los mismos términos, art. 74 bis de la de Barcelona). Así, la Ordenanza de Barcelona no solo prohibía el nudismo, sino también el transitar en bañador o «pieza de ropa similar», salvo en los lugares donde este comportamiento sea habitual (playas, piscinas...).

3.3.4

Posibles sanciones administrativas

El art. 141 LBRL solo se refiere a los límites económicos de las eventuales sanciones de carácter pecuniario que puedan imponerse como consecuencia de la infracción de las ordenanzas locales. Por su parte, el legislador autonómico puede, en ejercicio de sus competencias sobre materias no básicas, configurar otras sanciones distintas como, de hecho, ha sucedido en el caso de Calviá, cuya ordenanza permite en su art. 84.3.º, respecto de la prostitución, una sanción de cesación de la conducta infractora, con la eventual imposición de multas coercitivas para hacer ejecutar tal sanción²⁰. Esta posibilidad deberá, no obstante, materializarse en cada una de las ordenanzas, indicando con precisión cuál será, en su caso, la consecuencia jurídica (sanción) derivada del incumplimiento de la prescripción normativa de tal ordenanza municipal.

Con la excepción de la Ordenanza de San Sebastián, única en la que no existe como tal, según se ha explicado, una consideración de infracción leve, grave o muy grave del mero hecho de estar desnudo (en particular, mostrar los genitales), el resto de las ordenanzas estudiadas sí determinan tal graduación.

Por lo tanto, la sanción que habrá de imponerse en los casos de práctica del nudismo en estas ciudades será la económica que, según la gradación correspondiente, sea determinada en el procedimiento sancionador que se instruya al efecto. Solo subsidiariamente, en caso de incumplimiento de la sanción, o de reiteración de esta, podría, si así lo prevé la ordenanza, imponerse un medio de ejecución forzosa. En caso de incumplimiento, sí quedaría expedita la vía penal. Este planteamiento tiene relevancia, pues la respuesta a algunos de estos comportamientos en ocasiones ha alcanzado, desproporcionadamente a mi juicio, la jurisdicción penal, como veremos más adelante.

4

La impugnación contenciosa de las prohibiciones de comportamientos nudistas por las ordenanzas

Así las cosas, retornamos al principio de esta historia. Si el lector recuerda, al comienzo de esta investigación, criticaba la distinta solución que el TS ofrece a lo que, a mi juicio, es un problema semejante. La FEN y otras asociaciones naturistas y nudistas de nuestro país, ante la aprobación de estas ordenan-

20. Sobre la admisibilidad de este tipo de sanciones de carácter no pecuniario, véase el FJ 1 de la SAP de Palma de Mallorca de 22 de julio de 2008.

zas municipales, decidieron en su momento impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la legalidad de las mismas, pues consideraban que estas infringían la reserva de ley orgánica para la regulación del derecho fundamental contenido en el art. 16 CE y que debía aplicarse, por analogía, la doctrina contenida en la STS de 23 de marzo de 2015 (relativa a la libertad religiosa).

Mas, como se comentó ya al inicio, el TS ventiló la cuestión previa acerca de la posibilidad de que el nudismo sea o pueda ser una manifestación de la libertad ideológica sin mayores discusiones y bajo una aparente simplicidad: «lo que hace la Ordenanza en este particular *es mucho más simple* [que condenar, restringir o limitar creencias y opiniones de los ciudadanos]: prohíbe la desnudez en los lugares de uso público general del territorio municipal y tipifica como infracción leve el incumplimiento de esa prohibición» (STS de 23 de marzo de 2015, FJ 3). Sin embargo, como ya se especificó, sí se planteó, como presupuesto, tal análisis en el caso del uso del velo islámico, aceptando incluso el hipotético caso de que, aunque no constituyese una manifestación de la libertad religiosa, sí lo sería de la ideológica (STS de 14 de febrero de 2013, FJ 8)²¹.

4.1

La afectación de derechos fundamentales: la analogía con la libertad religiosa

Aunque no es objeto de análisis en este estudio, dado el contraste que se realiza con las prácticas nudistas y la prohibición del velo islámico integral, es conveniente recordar que la Ordenanza de Lérida de 2007 fue modificada en 2010 para incluir, en los arts. 26 y 27, la prohibición de cubrirse completamente –antítesis de la conducta nudista–, especialmente con el «velo integral» islámico, a lo que hay que añadir la correspectiva sanción por infracción leve. Como sabemos y ya se ha comentado, el Alto Tribunal, en su STS de 23 de marzo de 2015²², anuló el inciso «velo integral», por considerar que este atuendo, aunque no necesariamente tenga que ser siempre y en todo lugar ex-

21. Podría haber argumentado en el primero de los casos en la misma forma simplista: «No se prohíbe una determinada manifestación religiosa sino algo más simple: llevar el rostro cubierto». Esta argumentación no fue empleada para el caso del velo islámico.

22. PARICIO (2014, 165) califica esta sentencia de «retroceso significativo», al limitar las competencias municipales. Ello no sería llamativo si este autor no fuera, además, magistrado del TSJ de Cataluña y, a la postre, ponente de la STSJ de Cataluña sobre el nudismo en Barcelona.

presión de una determinada creencia, sí que puede serlo y, por consiguiente, es una manifestación de la libertad religiosa consagrada en el art. 16 CE y solo limitable, *ex art.* 81 de la misma, por ley orgánica²³.

Respecto del nudismo, en una primera instancia, los TSJ de las distintas comunidades autónomas ofrecieron soluciones diversas. El de Cataluña, en su STSJ de 11 de febrero de 2013, no tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la eventual afectación del derecho a la libertad ideológica porque este no fue alegado por los recurrentes, y, por lo tanto, consideró simplemente un conflicto entre usos distintos de un mismo bien (las playas del municipio)²⁴. Pero en su posterior Sentencia de 25 de marzo de 2013 sí considera el Tribunal, lisa y llanamente, que estas prácticas podrían ser manifestaciones externas (el ya explicado *agere licere*) de una determinada creencia: «Sea como fuere, se puede admitir que, en efecto, se trata de una manifestación de la libertad de creencias amparada por el art. 16 CE; un derecho que incluye la libre expresión de la personalidad que el art. 10 CE reconoce [y que está] directamente vinculado a la misma dignidad humana», y concluye que «no hay duda que el nudismo es una creencia plenamente respetable como tal» (FJ 3)²⁵.

Sin embargo, y a pesar de esta contundente conclusión –a mi juicio, acertada–, el TSJ sostiene que no puede ser de aplicación la doctrina de la STS del

23. Durante la redacción de esta investigación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictado sendas sentencias como respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales belgas y franceses acerca de la admisibilidad en derecho de prohibir el uso de determinados «signos políticos, filosóficos o religiosos» por la normativa interna de las empresas (asuntos C-157/15, *G4S Secure Solutions*, y C-188/15, *Boungaoui y ADDH*, ambas dictadas el 14 de marzo de 2017). Considera el TJUE que no constituye, *per se*, una discriminación directa, si bien es competencia del juez nacional su examen en el caso concreto. Este pronunciamiento va a plantear serios problemas en cuanto a su articulación en el ordenamiento jurídico español, especialmente como consecuencia de la interpretación del TS en la Sentencia citada: si solo la ley orgánica puede entrar a regular estos aspectos y, por lo tanto, no una ordenanza municipal, ¿será admisible que una norma empresarial de ámbito interno o incluso un convenio colectivo prohíban esta manifestación externa de la libertad religiosa? Parece que ahora, más que nunca, se hace necesaria una acción por parte del legislador orgánico que clarifique esta situación y otorgue o restrinja, en su caso, competencias no solo a los entes locales sino, hipotéticamente, a las empresas.

24. En este caso, los argumentos de la parte recurrente giran en torno a los artículos 9, 14 y 103 CE, así como a la hipotética falta de competencia por tratarse del dominio público marítimo terrestre y, en concreto, las playas. Este último argumento ya ha sido discutido antes, a lo que me remito. Sin embargo, sí conviene referirse al pretendido «uso mayoritariamente familiar». Parece desconocer la Sentencia de instancia, y también la del TS que la confirma, que pueden existir y, de hecho, existen familias que practican el nudismo en comunidad y educan así a sus hijos. Efectivamente, comparto con la Sentencia el argumento de que no se está discriminando a un tipo de familia en concreto, pero no es menos cierto que este tipo de referencias excluyentes son, a mi juicio, carentes de toda oportunidad y reprochables desde un punto de vista de técnica jurídica.

25. El propio ponente reconoce en un artículo doctrinal (PARICIO 2014) que la cuestión era dudosa, a raíz de la STS del burka.

burka, citada antes: «no se puede considerar que el citado precedente vincule la resolución del caso que nos ocupa puesto que las situaciones y los valores en juego son de naturaleza e intensidad diversas» (FJ 3). De la conclusión primera debería haberse derivado, por analogía, que las ordenanzas locales no son instrumento normativo adecuado para la regulación del régimen de ejercicio de un (hipotético) derecho fundamental. Es más, la STS que casa esta del TSJ de Cataluña critica abiertamente esta solución: «si realmente fuera así [que el nudismo sea expresión del derecho contenido en el art. 16 CE], el Ayuntamiento de Barcelona no podría establecer la prohibición que nos ocupa, ni tipificar como tipo infractor la conducta que contraviene dicha prohibición, pues la manifestación externa de aquel derecho fundamental solo podría regularse por ley formal, que habría en todo caso de ser respetuosa, por exigencias constitucionales, con el núcleo esencial de tal derecho» (FJ 3 de la STS de 23 de marzo de 2015).

El TSJ de Castilla y León, en su STSJ de 8 de octubre de 2013, tampoco entra a determinar si la prohibición por la Ordenanza de Valladolid de transitar desnudo o semidesnudo atenta contra la libertad ideológica, pues el recurso se basa en la contravención del art. 10 CE. Sin embargo, la STSJ de Castilla y León de 18 de octubre de 2013 sí que tiene, entre los motivos de impugnación, la vulneración de tal derecho a la libertad ideológica. A pesar de ello, transita este Tribunal por tal cuestión simplemente indicando que «la referida doctrina [de nuevo, la relativa al uso del velo islámico], no [es] linealmente extrapolable al caso que hoy se juzga» (FJ 1, citando el FJ 12.7 de la STSJ citada inmediatamente antes). Ahora bien, ¿por qué no es «linealmente extrapolable»? No se argumenta en ninguna de las dos SSTSJ.

Merecen aquí destacarse los votos particulares que ante sendas SSTSJ formuló el magistrado Picón Palacio. Hace hincapié en su voto discrepante en el hecho de que, si bien la Administración local puede tipificar conductas como infractoras de sus ordenanzas, ello no implica que pueda tipificar todo lo no ya sancionado en un ámbito distinto: «la potestad reglamentaria se halla sometida a la competencia de la propia Administración (...); es antes la posibilidad de regular que la posibilidad de sancionar» (FJ 3). Continúa argumentando que existen limitaciones de orden no jurídico a la forma de aparecer en público, sobre lo que volveré después, para alcanzar el punto clave de su discrepancia al afirmar que «cuando una persona, pues, se muestra hacia fuera, se autodetermina, se desenvuelve en su personalidad, se desarrolla y ejercita la misma, así como su libertad individual» (FJ 4); y continúa diciendo que el hecho de que «la autoridad diga a un particular qué debe llevar o cómo debe ir no deja de ser una clara limitación en su libertad (...); con ello se inciden en su libertad, en su integridad física y moral y en su libertad de pensamiento que se reconocen en

los artículos 14 y siguientes de nuestra Carta Magna (...): porque determinar cómo debe aparecer, o cómo no, una persona afecta a sus derechos fundamentales» (FJ 5). De toda la argumentación que antecede y de los motivos adicionales que enumera en su voto, concluye este magistrado que solo podrá el legislador regular esta materia, *ex art. 53 CE*: «la Administración [local] quiere, cuando no puede, incidir en la libertad individual» (FJ 7).

Finalmente, la última de las SSTSJ que se refieren al nudismo en cuanto que eventual expresión del derecho a la libertad ideológica es la STSJ de Andalucía de 19 de diciembre de 2013. Reconoce este TSJ que «el hecho de estar en la playa desnudo, *puede o no ser un planteamiento ideológico, filosófico o moral*» (la cursiva es mía, FJ 2). Mismo comentario que la STSJ de Cataluña antes citada merecería esta otra sentencia: si, siquiera sea como posibilidad, el nudismo puede ser expresión de una ideología, la respuesta del TSJ debería haber sido, por analogía con la STS del burka, la declaración de nulidad de la Ordenanza o, cuando menos, una adecuada justificación de por qué no estamos ante una cuestión semejante. Reconoce esta STSJ que se pueden imponer límites a estas prácticas —«el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 CE, que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado [pues se debe] mantener el orden público protegido por la Ley», FJ 3—, conclusión esta que no merece reproche alguno; lo que, a mi juicio, no es adecuado, es que de esa premisa no se derive, sin justificación, que estas prácticas solo pueden ser reguladas por ley orgánica. De nuevo dice que la STS del burka «no cabe [ser] considera[da] de aplicación al caso por estar concernida a la libertad religiosa» (FJ 4), pero no trata de justificar esta pretendida distinción.

Impugnadas estas SSTSJ en casación ante el TS, el Alto Tribunal emitió en los años 2015 y 2016 las correspondientes sentencias anulando algunos preceptos que se explicarán después, pero sosteniendo que la consideración del nudismo como expresión de una ideología no es admisible ni siquiera a efectos dialécticos, fundamentalmente siguiendo la argumentación detallada antes y contenida en el FJ 3 de la STS de 23 de marzo de 2015. Sin embargo, se desprende del contenido de estas sentencias que ni el propio TS tiene del todo claro que no pueda ser el nudismo expresión de una ideología. Así, encontramos expresiones, como por ejemplo: «No puede compartirse la idea de que “estar desnudo” en cualquier espacio público constituya, *sin más*, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público» (FJ 3 de la STS de 23 de marzo de 2015; el resalte es mío); y también cuando dice que «el acto personal consistente en la desnudez

pública no puede considerarse, *en los términos propuestos*, una manifestación de la libertad ideológica» (FJ 5 de la misma STS; resalte propio). De lo expuesto se deduce, *sensu contrario*, que el propio TS considera, en palabras del magistrado ponente, que a pesar de que «sin más» o «en los términos propuestos» el nudismo no sea manifestación de una libertad ideológica, en otros términos y en supuestos distintos sí podría serlo.

Como vengo discutiendo desde el principio, no se atisba a comprender las razones que llevan al Alto Tribunal a ofrecer una solución distinta en un caso y otro, admitiendo para el velo integral la eventual hipótesis de que no fuese expresión de una libertad religiosa y admitiendo, aun así, que en tal caso sería expresión de una libertad de creencias, mas no procediendo de la misma forma para el caso de las expresiones nudistas, cortando de plano cualquier intento argumental en tal sentido. Este es, en definitiva, el principal reproche que aquí se plantea²⁶.

4.2

El nudismo como concepto jurídico indeterminado

A pesar del argumento principal que, a juicio de quien suscribe, debería haber implicado la casación de plano de las SSTSJ impugnadas, fue otro el principal motivo que prosperó: el de la indeterminación de determinados conceptos, que producía una inseguridad jurídica flagrante y que respondía a la pregunta básica de *qué es estar desnudo*.

El TS considera que las expresiones «casi desnudo», «otra prenda de ropa similar» al bañador (FJ 7 de la STS de 23 de marzo de 2015) y «semidesnuda» (FJ 7 de la STS de 9 de mayo de 2016), que contenían algunas de estas ordenanzas (en concreto, las de Barcelona y Valladolid, respectivamente), vulneraban la seguridad jurídica exigible a toda norma sancionadora, dada su laxitud, y, por lo tanto, debían ser anuladas. Ello es así puesto que, según sostiene el TS, no se puede «dejar al aplicador del precepto tan extraordinario margen de apreciación», y considera que se podría haber acudido a reglas

²⁶. Además, mientras que para el caso del burka acepta el TS como prueba de la realidad social del momento (*ex art. 3.1 del Código Civil*) el hecho de que no existan normas prohibitivas de tales conductas, amén de la aprobación por algún Parlamento autonómico de mociones a su favor o en su contra (FJ 2, apartado 1.3 de la STS de 14 de febrero de 2013), no parece que, en el caso del nudismo, los mismos hechos –a saber, la falta de norma estatal prohibitiva y las proposiciones no de ley aprobadas por los Parlamentos autonómicos– sean muestra de la misma realidad social en la que han de interpretarse las normas. En adición, PRIETO aboga por considerar estas prácticas manifestación de un derecho fundamental (PRIETO 2002, 102).

ejemplificativas o enunciativas que facilitasen la debida concreción (FJ 7). Solo este motivo casacional obtuvo una respuesta favorable por parte del TS.

En este sentido, como señalé antes, solo la Ordenanza de San Sebastián tipificaba abierta y directamente la conducta exhibicionista de los genitales, mientras que el resto condenaban las prácticas denominadas «nudistas» sin definir qué se había de entender por tales. Como señalé, la Ordenanza de San Sebastián es la única que superaría, desde una óptica estricta exigible a las normas de carácter sancionador, el principio de taxatividad, pues configura sin ambages cuál es la conducta prohibida. Para el resto de situaciones, ¿podríamos considerar que una persona que cubre todo su cuerpo con excepción de los órganos genitales o, en el caso de las mujeres, los pechos, está practicando el nudismo? Y viceversa, aquella persona que cubre exclusivamente sus genitales pero no su trasero, ¿está desnuda?

Insisto en que la única de las ordenanzas que deja meridianamente clara la conducta tipificada es la de San Sebastián y, a pesar del esfuerzo de concreción que supuso la anulación de los preceptos indicados antes por parte del TS, la seguridad jurídica sigue, a mi juicio, comprometida con el concepto jurídico indeterminado «estar desnudo». En todo caso, el genitalismo de que adolecen estas normas deja patente que, en realidad, se pretende reintroducir una concepción superada de nocividad –por el componente pretendidamente «inmoral» de determinadas partes del cuerpo y, singularmente, los órganos genitales–.

4.3

Las prácticas nudistas como libertad de expresión y de manifestación: referencia a las eventuales autorizaciones

Aun si se admitiese que las prácticas nudistas no son ni pueden ser una manifestación de la libertad ideológica y de creencias consagrada en el art. 16 CE, se plantearía la hipótesis de que estas fuesen encuadrables, en algunas ocasiones (o incluso todas), en el régimen del art. 20.1 CE, relativo a la libertad de expresión, y hasta en el del art. 21 CE, de la libertad de reunión y manifestación.

Como adelanté al principio, las SSTSJ de Navarra de 23 de junio de 2005 y de 27 de junio de 2006 resolvían sendos recursos especiales en materia de protección del derecho de reunión, al amparo de lo dispuesto en el art. 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). Concluían estas SSTSJ que, a pesar de no existir «normas legales impositivas o que sancionen su uso» (en referencia al nudismo,

FJ 2 de la primera sentencia), ello podría dar lugar a una alteración del orden público, dada la presencia de numeroso público infantil en tales fiestas de San Fermín, y, por consiguiente, procede autorizar solo la manifestación propuesta siempre que esta se realice en ropa interior, de suerte que «no afecte a las buenas costumbres ciudadanas y puedan provocar reacciones en las personas que vean esta manifestación ni en la población infantil, no preparada para escenas de esa naturaleza en la calle» (FJ 6 de la misma), entendiendo que esta eventual alteración del orden público no es una mera sospecha sino una clara convicción de que esta alteración se va a producir, dados los datos objetivos (FJ 3 de la segunda sentencia).

Al margen de la referencia moralista a las «buenas costumbres ciudadanas», no se llega a comprender ni de las sentencias se puede concluir de qué elementos de juicio objetivos se desprende la conclusión de que tal alteración del orden público, con eventuales riesgos para personas y bienes (según el tenor del art. 21 CE), vaya a producirse. No aplica, por lo tanto, el principio *in dubio pro libertate* (o *favor libertatis*) que el propio TSJ recuerda que es aplicable a estos casos. Ahora bien, dada la naturaleza de este proceso especial, y puesto que no cabe ulterior recurso (122.2 LJCA), no se pudo cuestionar en vía jurisdiccional ordinaria esta solución y ninguna de las partes interpuso, tampoco, recurso de amparo, concluyendo así esta causa.

Por otro lado, la STSJ de Castilla y León de 8 de octubre de 2013 anuló el inciso «salvo que cuente con autorización expresa del Ayuntamiento» (ninguna persona podrá estar desnuda en los espacios y vías de uso público) de la Ordenanza de Valladolid. Merece la pena reproducir aquí el esclarecedor tenor de dicha Sentencia (FJ 12):

Si se trata de una manifestación o reunión amparada en ese ejercicio [de un derecho fundamental] no cabe someterla a régimen de autorización, y fuera de este supuesto el ayuntamiento no puede autorizar a las personas a estar desnuda o semidesnuda en los espacios y vías de uso público, pues carece de competencia para ello y además vulneraría la Constitución Española, como se ha dicho.

Este tipo de autorizaciones, que contempla también la Ordenanza municipal de Barcelona, lo que persiguen es atribuir al ayuntamiento la potestad de autorizar eventualmente las prácticas nudistas en determinados y puntuales lugares y momentos. Ahora bien, como la propia STSJ de Castilla y León comprueba, existen auténticos problemas a la hora de incardinar esta pretendida potestad en cualquiera de las competencias que los entes locales tienen atribuidas por ley.

Sin embargo, incluso en el ejercicio de derechos fundamentales, este criterio del TSJ de Castilla y León parecería oponerse al adoptado por el TS

en una Sentencia posterior. La Ordenanza de Castillo-Playa de Aro, como he comentado ya, estableció la prohibición de llevar a cabo no solo «actividades naturistas», sino incluso «otras actividades que fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo a menos que el Ayuntamiento lo indique expresamente» (art. 9). A este respecto, la STS de 30 de marzo de 2015 confirmó la legalidad de tal precepto expresando, contra el criterio del recurrente, lo siguiente (FJ 2):

El discutido artículo 9.2 solo puede ser interpretado en el sentido de que la limitación, la restricción o la prohibición de las actividades a las que se refiere, o de su favorecimiento, fomento o difusión, únicamente pueden anudarse a que los interesados las realicen desnudos, pues este es el exclusivo comportamiento que el Ayuntamiento considera verdaderamente reprochable. Y, desde luego, no cabe entender que la necesidad de que el Ayuntamiento autorice esas prácticas afecte, derogue o deje sin efecto en las playas de su municipio el régimen general de los derechos de libre expresión de las ideas u opiniones, de reunión y de manifestación tal y como aparecen configurados en la Constitución y en las leyes orgánicas de desarrollo.

Efectivamente, estas prohibiciones de actos de proselitismo, expresión, manifestación o protesta («fomento, favorecimiento o desarrollo», según el tenor literal de la Ordenanza), solo pueden entenderse limitadas en tanto que se desarrollen «desnudo».

Ahora bien, a mi entender, esta interpretación del Alto Tribunal estaría desconociendo el hecho de que precisamente la desnudez en algunas protestas o expresiones públicas puede constituir, de hecho, una parte fundamental de las mismas, y dado que, con carácter general, la desnudez en público es una conducta atípica y no es ilícita, si esta está unida intrínsecamente al ejercicio de un inequívoco (en este caso sí) derecho fundamental, la protección de estas conductas debería ser la norma. En caso contrario, estaríamos permitiendo que el poder local regulase una parte sustancial del ejercicio de un derecho fundamental, que es precisamente el «cómo» no se puede ejercer tal derecho, siendo, sin duda, esta normativa inconstitucional. Por lo tanto, yerra a mi juicio el TS también en esta ocasión.

Hay que traer aquí a colación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 28 de octubre de 2014, caso *Gough contra Reino Unido*²⁷. En ella se sustancia la pretensión del recurrente, el ciudadano británico Gough, que considera vulnerado por el Reino Unido su derecho a

²⁷. Entre nosotros, y en el mismo sentido, la STC 177/2015, de 22 de julio, sobre la quema de retratos de los reyes (FJ 3.b).

la libertad de expresión dado que ha sido arrestado en distintas ocasiones por transitar desnudo en público, comportamiento penado por la ley de tal Estado. Este ciudadano, según se desprende del caso, «se adhiere a la firme y mantenida creencia de la inofensividad del cuerpo humano» (§ 6). A este respecto, y en lo que se refiere a si el mostrarse desnudo en público constituye o no una manifestación del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

El término «expresión» ha sido ampliamente discutido por el Tribunal de tal forma que cubra variadas y diferentes formas de expresión, incluyendo la expresión a través de palabras, imágenes, vídeo y conductas que tengan la intención de transmitir una idea o información. En el caso de este ciudadano, la decisión de no portar prendas fue una expresión directa de su visión y principios acerca del cuerpo humano. Su queja, por lo tanto, entra dentro del ámbito del art. 10 del CEDH (§ 147).

La protección del art. 10 se extiende no solo a la sustancia de las ideas e información expresadas sino también a la forma en que son transmitidas (Jersild c. Dinamarca, 23 de septiembre de 1994, § 31, serie A, núm. 298). El Tribunal acepta que el derecho a la libertad de expresión puede incluir el derecho de la persona a expresar sus ideas mediante su modo de vestir o su conducta (§ 149).

Su arresto, enjuiciamiento, condena y detención constituyen una medida represiva tomada como reacción a tal forma de expresión de las opiniones del recurrente. Por lo tanto, ha habido una interferencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (§ 150).

Cuestión distinta es si –y en qué medida– se puede restringir tal derecho a la libertad de expresión. Recuértese, como se dijo al principio de este estudio, que solo por ley, de acuerdo tanto con el CEDH como con la CE, podrán establecerse límites. Es más, el TEDH considera que, a pesar de que efectivamente estamos ante una manifestación de tal libertad, su limitación por la ley británica cumplía los requisitos del Convenio y, por consiguiente, era ajustada a derecho.

Lo que resulta relevante a los efectos que aquí nos importan es que, siguiendo la interpretación del TEDH cuya jurisprudencia vincula a nuestros tribunales²⁸: i) el nudismo puede ser manifestación externa de un derecho

28. El TC ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca del discutido valor de la jurisprudencia del TEDH en alguna ocasión. Así, por ejemplo, sostiene en su STC 303/1993, de 25 de octubre, que la jurisprudencia del TEDH (toda ella, es decir, no únicamente aquella recaída en procesos donde nuestro país haya sido parte) «no solo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamenta-

fundamental como es el de la libertad de expresión, y ii) solo por ley podrán regularse los límites a tal derecho, límites que, por supuesto, existen. Como corolario de lo anterior, siguiendo esta línea argumentativa, las ordenanzas municipales tendrían vedada la reglamentación de estas conductas, dada la reserva de ley existente.

Sin embargo, el TS tuvo ya conocimiento de la existencia de esta STEDH en el año 2015. Ante el mismo, fue planteado incidente de nulidad previo al recurso de amparo por la representación de la Asociación para la Defensa del Derecho a la Desnudez, tratando de incluir en el debate procesal del recurso resuelto por la STS de 23 de marzo de 2015 la eventual conculcación del art. 20 CE. Considera el TS que, dado que ninguno de los recursos se había fundamentado en la vulneración de dicho precepto constitucional, no procedía pronunciarse al respecto, señalando además que la recurrente no había puesto en conocimiento esta STEDH antes de la votación y fallo de la STS citada (ATS de 21 de mayo de 2015, FJ 2). En idéntico sentido y con los mismos motivos rechaza tal alegación en los autos de las posteriores SSTS de 9 y 11 de mayo de 2016 (nudismo en Valladolid y Barcelona).

Es cierto que los recursos planteados ante el TS y, antes, en sede de los TSJ, no se fundamentan en la vulneración de dicho art. 20 CE y, por consiguiente, constituiría una incongruencia *extra petita* el pronunciamiento por parte de las salas de lo contencioso-administrativo de dichos tribunales. No menos cierto es que algunos de estos recursos se referían a las libertades de los «artículos 14 y siguientes CE». Si el TS no se ha pronunciado acerca de la eventual vulneración del art. 20 CE es, precisamente, por la deficiente técnica de estos recursos. En todo caso, sí deja vislumbrar que, en su opinión, no nos hallamos ante supuestos semejantes, pues mientras las ordenanzas se refieren a una mera aparición desnudo en público, el caso resuelto por el TEDH implica una manifestación externa de ideas o pensamientos con un carácter comunicativo.

Estaríamos en presencia de una interpretación restrictiva del derecho a la libertad de expresión. Una extensiva, implicaría que «la conducta de estos naturistas se puede argumentar que sea “auto-expresiva”, dado que está imbuido de significado para sus identidades individuales» (Lincoln 2016, 21)²⁹. Al mostrarse desnudo en público se está manifestando una personalidad in-

les», sino que también «resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento» (GARBERÍ 2013). Sin embargo, y a pesar de la vinculación del art. 10.2 CE, el TC no siempre acoge con criterio pacífico esta doctrina. Por consiguiente, a pesar de que a mi juicio la misma sería plenamente aplicable, debe tomarse con reservas para el caso español.

29. Como dice el TC: «conducta expresiva» (STC 177/2015, FJ 3.b).

cluso cuando no existe un receptor externo de tal expresión³⁰. A pesar de que esta doctrina ha sido fundamentalmente desarrollada por los tribunales canadienses y, consecuentemente, es de difícil traslado al sistema español, sí que conectaría, a mi juicio, esta libertad de expresión con el libre desarrollo de la personalidad, añadiendo argumentos a favor de su conexión con la expresión de derechos fundamentales y, consecuentemente, su necesaria normación a través de la ley.

También en el año 2015, los tribunales han podido ya pronunciarse acerca de la compatibilidad de las ordenanzas municipales y las expresiones de derechos fundamentales desarrollados desnudos. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Cádiz, de 3 de junio de 2015, traída aquí a modo de ejemplo, viene a anular una sanción impuesta en aplicación de la Ordenanza de civismo de tal ciudad. La práctica nudista aquí enjuiciada se enmarcaba en una convocatoria nacional de la FEN para celebrar el «Día Internacional sin Bañadores» y protestar, precisamente, contra la Ordenanza sancionadora de tales conductas. Cabe destacar que esta anulación se produjera antes de la resolución del recurso de casación ya comentado, contra la STSJ de Andalucía que ratificaba la legalidad de la misma; ahora bien, la juzgadora trae ya a debate la doctrina sentada en las primeras SSTS sobre la prohibición del nudismo por las ordenanzas municipales. A pesar de todo, concluye que no puede sancionarse esta conducta por estar amparada por el «derecho de manifestación y expresión» (FJ 2) y, estimando el recurso contencioso-administrativo planteado por el sancionado, anula la sanción impuesta al recurrente y condena en costas al Ayuntamiento de Cádiz. No podemos conocer tampoco aquí (como sucedió en el caso de las manifestaciones de Pamplona) cuál sería la eventual respuesta en sede de recurso a esta solución, pues la sentencia es firme y contra ella no cabía recurso alguno (*ex art. 81.1.a LJCA*, al ser la cuantía del proceso de tan solo 200 euros). Lo que sí es cierto es que se aprecia una cierta incompatibilidad entre esta solución del Juzgado, correcta desde mi punto de vista, y la ofrecida por el TS para el caso de las prohibiciones en el municipio de Castillo-Playa de Aro, criticada antes.

Estar desnudo como tal, según la interpretación del TS puede no ser expresión de una determinada ideología (conclusión esta no compartida), pero lo que sí puede ser, en su caso, es expresión de otros derechos fundamentales como los aquí señalados. Se da, por lo tanto, la particularidad de que si una persona, en ejercicio de estos derechos de expresión y manifestación, protesta contra las ordenanzas municipales prohibitivas de estas conductas portando,

30. En sentido semejante, sobre el potencial expresivo de la mendicidad, véase MELERO 2016, 18.

por ejemplo, una pancarta, y se le sanciona por ello en aplicación de tales ordenanzas, es bastante probable que dicha sanción sea anulada por implicar el ejercicio de derechos fundamentales, materia vedada a la regulación local, a pesar de que el TS ha considerado que sí se pueden prohibir los actos que «fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo», siempre que se esté desnudo.

En todo caso, tampoco resulta extraño presenciar, con recurrencia anual en la mayor parte de los casos, manifestaciones ciclounudistas en nuestras ciudades, que, por otra parte, no suponen en modo alguno alteración del orden público, aun llevándose a cabo en lugares céntricos y en los que las personas no suelen mostrarse desnudas de manera habitual (por no decir nunca). De nuevo, estas expresiones nudistas resultarían, a mi juicio, atípicas en lo que se refiere a las ordenanzas municipales.

4.4

Consecuencias penales derivadas de la infracción de estas prohibiciones

El último de los argumentos en torno a los que giraban algunos de los recursos de casación interpuestos contra estas SSTSJ se refería a la reintroducción, *de facto*, del escándalo público a través de la desobediencia a estas ordenanzas, lo que algunos recurrentes han denominado «nuevo derecho consistente en “no ver lo que a uno no le gusta, como forma eufemística de referirse al escándalo público”» (FJ 6 de la STS de 23 de marzo de 2015). Sin embargo, continúa esta STS, «la Ordenanza que nos ocupa n[o] califica la desnudez como “escandalosa”» (*ib.*) y, por consiguiente, no se puede admitir el pretendido argumento, que desestima.

Comoquiera que sea y una vez admitida la potestad sancionadora de los entes locales en esta materia, aparecen los efectos derivados de la aplicación de estas ordenanzas y, en particular, sus consecuencias para los infractores que persisten en su comportamiento contrario a aquellas.

En virtud de la Ordenanza municipal de San Sebastián de 2004 que, como vimos, prohíbe la exhibición de los genitales, los policías locales ordenaron a distintos ciudadanos que se cubriesen, siendo desobedecidos por estos. Dos casos independientes llegaron en apelación a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, la cual, en sus sentencias (SAP) de 26 de marzo y 21 de septiembre de 2010, determinó que en ninguno de los dos supuestos concurrían los elementos del tipo delictivo de exhibición obscena (ni siquiera en uno de los casos en el que hubo un comportamiento de «realce de sus nalgas y genitales» dada la expectación generada por su desnudo), pues no se apreciaba

comportamiento sexual alguno. Sí condenó, en ambos casos, a los acusados como responsables de un ilícito penal (delito y falta, en uno y otro caso) de una desobediencia a la autoridad, puesto que considera la AP que sí existen los elementos objetivos suficientes para tal condena (en particular: un mandato expreso legítimo, una orden convenientemente notificada y una resistencia del requerido a su cumplimiento).

Algo más complicado se plantea el panorama en la aplicación de la Ordenanza de Barcelona de 2006 que, recordemos, hasta 2011 no incluía el nudismo como tipo infractor de la misma.

La SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2008 absuelve a un ciudadano que se encontraba desnudo en la citada ciudad de la falta de desobediencia a la autoridad por no cumplir la orden de la guardia urbana de cubrirse; considera la AP, a mi juicio acertadamente, que la orden no era legítima, pues no existía entonces norma prohibitiva alguna de la conducta llevada a cabo por el acusado, no pudiendo ser considerada subsumible la actitud de mostrarse desnudo en público en los conceptos jurídicos indeterminados que sí protegía (y protege) la norma municipal: «menospreciar los derechos de las demás personas» o «atentar contra su dignidad».

Sin embargo, la SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2009, a pesar de llegar a semejante conclusión que la anterior (a saber, la absolución de la falta de desobediencia por carecer la orden de legitimidad al no existir la prohibición expresa de ir desnudo), contiene argumentos sutilmente diferentes. Plantea, efectivamente, que «puede entenderse justificada la denuncia administrativa en tanto en cuanto practicar nudismo en las calles de la ciudad pudiera infringir las ordenanzas municipales»; sin embargo, concluye el Tribunal, «una vez formulada la denuncia administrativa, no cabe exigir al nudista otro comportamiento, basta sancionarlo conforme a las ordenanzas» (FJ 1).

Para terminar de enmarañar la situación, la SAP de Barcelona de 25 de enero de 2011 (por consiguiente, también esta anterior a la introducción del tipo infractor del «nudismo» en la Ordenanza) confirma la condena por desobediencia a la autoridad por hechos similares a los anteriores (aquí, el ciudadano rechaza cubrirse con una manta cuando los agentes de la autoridad se lo indican).

La situación que se plantea en este punto reviste más trascendencia de la que, a simple vista, pudiera parecer que tiene. Si bien *de iure* la potestad reglamentaria y sancionadora de los entes locales y la función legislativa penal y su coerción operan en planos distintos, en este caso asistimos, *de facto*, a una *transmutación* de una infracción administrativa en otra penal.

A este respecto la línea jurisprudencial emprendida por la AP de Palma de Mallorca a partir del año 2008 y continuada por otras es, a mi entender, la

adecuada. Las SSAP de Palma de 22 de julio de 2008 y de 18 y 21 de diciembre de 2009 son las pioneras en este sentido (seguidas, entre otras, por las de 11 de mayo de 2010 y 30 de marzo de 2011, que se refieren a las primeras). En todas ellas se plantea el caso de la eventual comisión por unas prostitutas de una falta o delito de desobediencia, por negarse a cesar en tal actividad. En primer lugar, el Tribunal se plantea la legitimidad de la orden de cesación como sanción frente al incumplimiento de la Ordenanza. Concluye que, a pesar de que la LBRL no contempla sino sanciones de carácter pecuniario, la Ley autonómica sí ofrece cobertura legal suficiente para la configuración de esta medida como sanción en la Ordenanza.

Una vez superado este presupuesto, la AP considera el segundo y fundamental motivo de apelación, a saber, que el incumplimiento de la sanción impuesta a las recurrentes (en concreto, su no cesación en la conducta llevada a cabo) es, o debería ser a juicio de estas, penalmente irrelevante. Da la razón en todas estas sentencias la AP a las apelantes sobre la base de los siguientes argumentos, que, por su importancia, merecen ser transcritos (FJ 1, SAP de Palma de Mallorca de 22 de julio de 2008):

Se corre el riesgo o peligro de que a través de la infracción administrativa de determinadas conductas y su encaje a través del tipo penal de la desobediencia cuando el sujeto sancionado no la cumpla voluntariamente y persista en su actitud de no acatamiento, se busque y persiga su punición, pese a que el legislador penal no ha querido contemplarlas expresamente como un tipo penal autónomo e independiente (...). No pasa de constituir más que el incumplimiento de una sanción administrativa, sin alcanzar la consideración de desobediencia a la autoridad ni a sus agentes y por tanto no es merecedora de reproche penal, por cuanto ha de precisarse que el Ayuntamiento para ejecutar dicha sanción de cesación no agotó los mecanismos de intervención directa que frente a la administrada sancionada preveía la propia Ordenanza infringida, la cual contempla la posibilidad de establecer multas coercitivas (...). Resulta a todas luces contrario al principio de mínima intervención del derecho penal, que la Administración municipal pretenda derivar el incumplimiento de una sanción administrativa a la órbita penal, cuando ella misma en vía administrativa no ha agotado, ni hecho efectivos, los mecanismos de ejecución e incluso de sanción directa que la propia norma incumplida establece para el restablecimiento de la legalidad infringida.

De seguirse hasta el extremo el criterio municipal llegaríamos al absurdo de que cualquier incumplimiento de una sanción administrativa por ejemplo estacionar un vehículo en vado reservado en va-

rias ocasiones, tirar la basura fuera del horario que establezca la Ordenanza o incumplir la normativa en materia de venta ambulante o del botellón, por la sola y única circunstancia de que la sanción impuesta fuera la de cesación de dicho comportamiento, supondría su transmutación en un ilícito penal, aunque el legislador penal ha huido de castigar dicha conducta a través de un tipo penal autónomo, dándose la paradójica circunstancia de que la multa coercitiva, que pudo y debió de haberse establecido por el Ayuntamiento denunciante para forzar la ejecución forzosa de dicha sanción y evitar así su no acatamiento, finalmente sea declarada por un tribunal penal y no por el órgano administrativo sancionador, a quien en su caso le competía y correspondía hacerlo.

Sin embargo, otras Audiencias vienen siguiendo un criterio más ambiguo. Así, hacen depender la existencia de un ilícito penal de desobediencia del tiempo transcurrido entre la orden de cesación y la reiteración de la conducta contraria a las ordenanzas: «el problema surge cuando el denunciado en un primer momento parece hacer caso a la orden y deja de aparcar pero vuelve al poco rato» (FJ 3 SAP de Cádiz de 10 de junio de 2004, posteriormente reiterado por SAP de Alicante de 23 de febrero de 2012).

En definitiva, la STS de 23 de marzo de 2015 tiene razón en cuanto que afirma que no se tachan de escandalosas estas conductas, si bien yerra en el hecho de que, *de facto*, la infracción de estas ordenanzas se está persiguiendo penalmente, como acabamos de ver en los ejemplos. La solución que los juzgados de lo penal y las Audiencias Provinciales deberían dar en respuesta a las acusaciones de desobediencia ante la negativa a cumplir una ordenanza municipal no ha de ser penal, sino la de su reenvío al ámbito administrativo sancionador, para evitar la peligrosa transmutación de una infracción administrativa en otra penal, línea interpretativa iniciada por la AP de Palma; en caso contrario, además, estaríamos dando carta de naturaleza al poder local para actuar como legislador orgánico tipificando veladamente comportamientos delictivos, competencia que, palmariamente, excede de sus potestades regulatorias.

Además, frente a la contravención de una ordenanza municipal, el poder local va a contar con medios coercitivos, como son la imposición de sanciones pecuniarias y otras previstas en cada una de ellas, que permitirán castigar tales infracciones. Lo que resulta inadmisibles es que, ante la mínima infracción de una ordenanza, se den órdenes en un determinado sentido, cuando tales órdenes exceden de las competencias municipales.

5

Consideraciones finales

5.1

Sanciones sociales y morales, mas no jurídicas

¿Cabe el establecimiento de límites a las prácticas nudistas? En mi opinión, como he argumentado a lo largo de todo el artículo, debe ser el legislador orgánico el que los establezca, siempre dentro de los límites de los arts. 16 CE y 9 CEDH, teniendo en cuenta que estamos ante un caso semejante al del uso del velo islámico. Ahora bien, si seguimos la argumentación del TS y consideramos que no pueden ser consideradas estas prácticas expresión de una ideología y, consecuentemente, aceptamos que los ayuntamientos pueden normarlas mediante ordenanzas municipales, ello no implicará que este poder local no esté sujeto a los principios de la potestad sancionadora consagrados por el ordenamiento (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad, según los arts. 25 a 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público).

Pero hay que recordar que, si bien la inmoralidad es un presupuesto necesario para establecer una sanción –penal, administrativa, disciplinaria, etc.–, no es condición suficiente para tal hipotética penalización (Ríos 2007, 3-4). En otras palabras, no toda inmoralidad merece una sanción por parte del Estado de Derecho. Además, hay que tener en cuenta que el bien jurídico protegido en estos casos es el «sentimiento individual del espectador en cuanto es obligado a percibir lo que no quiere ni acepta, atentándose a su libertad individual, lo cual a la manera de ver (...) del individualismo sería insuficiente para punir una conducta (...) porque no hay daño relevante» (Ríos, citando a HART, *ib.*, 6). En efecto, el pudor o las buenas costumbres, *per se*, no parecen bienes jurídicos que deban ser antepuestos a eventuales expresiones de derechos fundamentales o, si no se acepta este extremo, al menos a la libre voluntad de ir vestido o desvestido como se quiera en los lugares que son de todos.

Además, el ánimo de regular la vida privada de los ciudadanos que estas ordenanzas parecen tener implica un cierto desconocimiento del sistema moral como ámbito normativo: existen sanciones morales que son o pueden ser tan potentes o más que las jurídicas. «La sanción de las normas de moral social tiene carácter externo (repulsa social, pérdida de prestigio, etcétera), pero carece en general de la posibilidad de recurrir a la fuerza física (aunque en ocasiones la otra fuerza pueda ser incluso más persuasiva)», según ATIENZA (2012, 77). En el caso del nudismo, es paradigmático el argumento del voto particular ya comentado del magistrado Picón Palacio:

En la forma de mostrarse ante los demás –recuérdese que se está hablando en términos generales, no en supuestos concretos– hay limitaciones; límites que se imponen por razones térmicas, de moda, de sentir social, etc., pero son límites incoercibles y por ello no estrictamente jurídicos. (...) Cuando una persona, pues, se muestra hacia fuera, se autodetermina, se desenvuelve en su personalidad, se desarrolla y ejercita la misma, así como su libertad individual (FJ 4 del voto particular a la STSJ de Castilla y León de 18 de octubre de 2013).

No puede desconocerse que la realidad social en la que vivimos acepta con ciertos reparos la muestra del cuerpo desnudo; si bien la permisividad de estas conductas es infinitamente superior a la de hace no muchos años, no es ni de lejos una práctica generalizada. De ahí que ante un eventual comportamiento en este sentido, el rechazo moral fuese comprensible (lo cual no quiere decir que el que suscribe este artículo lo comparta), si bien estas conductas no pueden suponer mayor reproche que el ético. La AP de Barcelona reconoció, en este sentido, para el caso de un ciudadano que hacía uso de prestaciones de carácter social y, después, fue acusado de desobediencia por ir desnudo, lo siguiente (la redonda es mía; FJ 2.2 de la SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2008):

Lo que no es aceptable éticamente, si se ha asumido el hecho de vivir en sociedad, es aprovecharse de esos beneficios sociales y rehusar al propio tiempo el cumplimiento de los compromisos concomitantes. (...) Por cuanto antecede, se podría formular un claro reproche ético al denunciado, hoy recurrente, por su escaso compromiso con la sociedad que le alberga y tutela.

En definitiva, dado que el bien jurídico que se pretende tutelar no parece vencer, en un juicio de proporcionalidad, la eventual autodeterminación pacífica y sin graves perjuicios a terceros, solo caben, a mi juicio, eventuales reproches morales que no han de superar el plano de lo ético para llegar al terreno de lo jurídico.

Además, y siguiendo con los argumentos expuestos en apartados anteriores acerca de la oportunidad y necesidad de estas restricciones por las ordenanzas municipales, me pregunto si superarían estos reglamentos el test de oportunidad de la nueva regulación de la actividad normativa incluida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en concreto, los arts. 127 y ss., ya vigentes anteriormente en otra Ley). ¿Es tan imperativa una regulación en este sentido? ¿Acaso es una práctica tan generalizada? Incluso si lo fuese, ¿afectaría tanto a nuestros sentimientos el ver un cuerpo desnudo? Parece que algunos preceptos de estas ordenanzas, por otra parte, no han sido del gusto de todos,

pues en fechas recientes se ha hablado de la posibilidad de modificar algunas de estas controvertidas prohibiciones³¹.

Un problema añadido, que fue argüido en los distintos recursos, admitido para el caso del velo islámico mas no así para el del nudismo, es el de la variable delimitación de los derechos a lo largo del territorio nacional, teniendo hasta ocho mil posibles regulaciones sobre una misma materia (FJ 7, STS de 14 de febrero de 2013). Si aceptamos la argumentación del TS, no habrá objeciones a que cada uno de los ayuntamientos de este país regule del modo que estime adecuado lo que ha de entender por convivencia, en tanto que estamos ante una manifestación democrática (PEMÁN 2010, 47). Ahora bien, dado que aquí se discute la postura del TS, considero que esta variable anatomía de las prohibiciones de las prácticas nudistas solo perjudica a los propios ciudadanos, en este caso a los profesos de esta ideología o filosofía, pues parece que, si desean desarrollar los postulados de su pensamiento en un punto u otro de la geografía nacional, habrán de consultar previamente la normativa local.

5.2

El régimen competencial como cuestión clave

En definitiva, y concluyendo, si dejamos al margen todo contenido sexual de estas conductas –pues en tal caso estaríamos ante una eventual conducta delictiva si hay presentes menores o incapaces, o de seguridad ciudadana, en el resto de los casos–, no parece claro que en la sociedad actual la muestra de los órganos genitales en público suponga atentado alguno contra bienes jurídicos dignos de protección.

Si tenemos en cuenta, además, que estas prácticas pueden constituir, como he tratado de demostrar, actos subsumibles en el ejercicio de derechos fundamentales (el de libertad ideológica, expresión o manifestación), no parece que la postura del TS de rechazar de plano esta posibilidad sea adecuada, máxime si tenemos en cuenta que, para un caso similar (el de la STS del burka), apreció sin ambages tal posibilidad.

31. A la fecha de redacción de este artículo, el Ayuntamiento de Valladolid está desarrollando una consulta pública sobre la necesidad y oportunidad de modificación de la ordenanza de civismo de tal capital castellana, «con fines de actualizar la regulación e introducir una perspectiva más integradora y social» (*Documento informativo para la consulta pública previa*, Ayuntamiento de Valladolid). En el mismo sentido, se han podido leer en prensa idénticas pretensiones para otros ayuntamientos, como el de Barcelona, aunque todavía no han alcanzado, hasta donde sé, la efectividad del caso de Valladolid.

En todo caso, dos son las eventuales soluciones que el ordenamiento permite: por una parte, la derogación de los preceptos más controvertidos y, en buena medida, innecesarios de estas ordenanzas; y, por otra, la clarificación del orden competencial y, especialmente, la problemática derivada de la regulación de aspectos accesorios de los derechos fundamentales por los entes locales, superando así la denominada «pereza legislativa» (EMBID 2010, 138). Lo que no creo que sea conveniente ni ajustado a derecho es que sean los ayuntamientos los que regulen cuestiones que afectan directamente a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Estamos ante dos soluciones alternativas: o bien se reconoce que las ordenanzas pueden incidir en la regulación incidental y accesorio de los derechos fundamentales, o bien, como dice el TS, esta regulación está, en todo caso, reservada a la ley orgánica. Desde una perspectiva garantista de los derechos fundamentales como principal razón del Estado de Derecho, me inclino por la segunda.

6

Bibliografía

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014). «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador». *Revista de Administración Pública* (195), 135-167.
- ANTELO MARTÍNEZ, A. R. (2016). «Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015». *REALA* (6), 105-121.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009). «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo». *InDret - Revista para el análisis del Derecho* (2), 1-32.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2012). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (2001). El delito de exhibicionismo. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (8), 11-35.
- CASINO RUBIO, M. (2011). Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia. *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici* (4), 743-771.
- COTINO HUESO, L. (2007). *Derecho constitucional II: derechos fundamentales*. Valencia: Universidad de Valencia.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.^a (2008). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas.
- EMBID IRUJO, A. (2010). *La potestad reglamentaria de las Entidades Locales*. Madrid: Iustel.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2015). El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local. *Revista de Administración Pública* (196), 229-269.
- FRIEDMAN, L. (2016). Law, Technology, and the Butterfly Effect. *REDES - Revista eletrônica Direito e Sociedade*, 4 (1), 1-20.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2013). La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Diario La Ley* (8178).
- GARCÍA URETA, A. (2013). Signos religiosos, autonomía municipal y derechos fundamentales: comentarios sobre la STS de 14 de febrero de 2013 (prohibición de uso del velo integral). *Revista de Administración Pública* (191), 201-221.
- GRACIA RETORTILLO, R. (2008). Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona. *Cuadernos de Derecho Local* (17), 99-133.
- HENRÍQUEZ SALIDO, M. DO C., ALAÑÓN OLMEDO, F., ORDÓÑEZ SOLÍS, D., OTERO SEIVANE, J., & RABANAL CARBAJO, P. F. (2014). La fórmula *in dubio* en la jurisprudencia actual. *Revista de Lengua i Dret* (62), 5-22.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2005). La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Administración Pública* (166), 169-199.
- IBÁÑEZ PICÓ, M. (2008). Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia. *REALA* (307), 143-181.
- LINCOLN, L. (2016). Public nudity and the right to freedom of expression: balancing competing interests. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 1-53.
- MELERO ALONSO, E. (2016). Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo. *REALA* (6), 7-26.
- MERINO ESTRADA, V. (2006). Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana. *REALA* (300-301), 485-510.
- MUÑOZ CONDE, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- NIETO, A. (2007). Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivizador del Derecho Administrativo Sancionador. *Cuadernos de Derecho Local* (14), 7-13.
- ORDUÑA PRADA, E. (2016). *Ordenanzas Municipales de Convivencia Ciudadana, Sanciones y Democracia Local*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ORTUÑO RODRÍGUEZ, A. E. (2009). La potestad sancionadora de las entidades locales. Especial referencia a las ordenanzas cívicas. *Cuadernos de Derecho Local* (20), 23-52.

- PARICIO RALLO, E. (2014). Las ordenanzas municipales y la jurisprudencia reciente. *Cuadernos de Derecho Local* (36), 161-173.
- PEMÁN GAVÍN, J. M.^a (2010). La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (36), 11-51.
- PEMÁN GAVÍN, J. M.^a (2007). Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* (305), 9-55.
- PÉREZ SÁEZ, R. (2016). Ordenanzas. Competencia municipal. Nudismo en playas urbanas. La determinación de qué debe entenderse por convivencia pacífica y su protección corresponde a la Corporación municipal, como órgano democrático, al no estar en liza ningún derecho fundamental. *La Administración Práctica* (7), 121-128.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. de la (2013). Ley, derechos fundamentales y libertades económicas: la intervención local en servicios y actividades. *Revista de Administración Pública* (192), 53-97.
- RÍOS VEGA, L. E. (2007). Moralidad sexual y Derecho: moralismo, individualismo y garantismo. *Universitas - Revista de Filosofía, Derecho y Política* (6), 3-27.
- ROLLNERT LIERN, G. (1998). Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos* (99), 227-256.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2006). El principio democrático en la Administración Local: la elección directa del alcalde y las potestades de autoorganización y sancionadora. *REALA* (302), 185-2010.
- VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. (2002). El uso común y libre del litoral. Playas nudistas y competencia municipal (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, 22 de febrero de 1999). *Práctica Urbanística* (7), 38.
- VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. (2015). Playas, nudismo... y Ayuntamientos (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2015). *El Consultor de los Ayuntamientos* (21), 2587.

QDL45

**Ponencias,
crónicas
y notas**

De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función

ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

*Fiscal delegado de la Sección de Medio Ambiente y
Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Barcelona*

1. **Introducción**
2. **Gestión interesada en la actuación pública o en actuaciones respecto de determinados patrimonios**
3. **Realización de actividades profesionales incompatibles**
4. **Uso de secretos o información privilegiada**
5. **Abusos sexuales aprovechando la gestión de lo público**
6. **Bibliografía**

Resumen

En el presente trabajo se exponen diversas infracciones penales que aparecen recogidas en un mismo Capítulo del Código Penal y donde su autor, normalmente una autoridad o funcionario público, realiza actos en los que, aprovechándose de su cargo, lesiona o pone en riesgo el principio de imparcialidad y objetividad que ha de presidir la actuación de los poderes públicos. Los delitos que se comentarán reúnen conductas heterogéneas, pero que están caracterizadas por la aparición de intereses particulares que se inmiscuyen en lo público y que se tratan de aprovechar por el sujeto activo, apartándose así de su obligación de respeto a esos principios esenciales de objetividad e imparcialidad.

Tales delitos obligan a reforzar las normas administrativas destinadas a evitarlos y a procurar un correcto funcionamiento de la Administración,

Artículo recibido el 29/08/2017; aceptado el 29/09/2017.

especialmente incrementadas en los últimos años ante el aumento de los casos de corrupción política aparecidos ante la opinión pública de nuestro país, que parecen inacabables, y la consiguiente mayor sensibilidad que los ciudadanos van adquiriendo ante el abuso en el ejercicio de la función pública por parte de algunos, sensibilidad esta que suele ir acompañada de una cierta sensación de impunidad.

Palabras clave: *imparcialidad; objetividad; incompatibilidad; abstención; abuso del cargo público.*

About the prohibited negotiations and activities of civil servants and the abuse of office

Abstract

This article describes several criminal infractions in which the author, normally a public authority or a civil servant, carries out actions in which, taking advantage of his/her authority, damages or injures the principles of impartiality and objectivity. The crimes commented in the article are related to heterogeneous conducts, but they are characterized for private interests interfering public affairs and a subject taking advantage of his/her position leaving aside the principles above mentioned.

These crimes oblige to reinforce the administrative rules aimed at preventing them and to pursue the proper functioning of the Administration. These crimes have raised in recent years because of the increase of corruption, a corruption that seems not to have and end, sensitizes public opinion and projects a sense of impunity.

Keywords: *impartiality; objectivity; incompatibility; abstention; abuse of public authority.*

1

Introducción

En estos delitos, previstos en el Capítulo IX del Título XIX del Código Penal, dedicado a los delitos contra la Administración pública, la autoridad o funcionario público se aprovecha de su cargo o función para tratar de obtener un beneficio, con manifiesta infracción de la normativa administrativa re-

guladora de las obligaciones de abstención o sobre incompatibilidades. Este ánimo lucrativo que preside la mayor parte de los delitos de negociaciones prohibidas, actividades y abusos provoca en la práctica la problemática de diferenciar estas infracciones de otros delitos cometidos por funcionarios públicos en los que se busca también esa finalidad lucrativa por el autor, como sucede con los delitos de cohecho o con el de tráfico de influencias, que están regulados en el mismo Título.

Se pretende con estas figuras delictivas asegurar que los servidores públicos actúen en todo momento conforme a los principios de objetividad, imparcialidad, legalidad, y buscando siempre la defensa del interés público (art. 103 de la Constitución). Este sería el principal bien jurídico protegido por los distintos preceptos de este Capítulo, que aparece también en otros delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos. Se trata de evitar que por parte de la autoridad y el funcionario público se busque la obtención de un lucro económico o una relación sexual abusando de su posición dentro de la Administración pública, lo cual implica una lesión o puesta en peligro de ese bien jurídico que ha de presidir la actuación administrativa. Además, en estos delitos no se requiere que el autor haya obtenido el beneficio pretendido o que haya causado una lesión o puesta en peligro del patrimonio público, ni una alteración del regular funcionamiento de la Administración.

La descripción de los tipos de las negociaciones, actividades prohibidas y abusos en el ejercicio de la función pública es bastante farragosa, lo cual dificulta su estudio y recordar después las particularidades de cada figura delictiva. Además, en ocasiones es fácil la superposición de algunos de estos delitos entre sí, como puede suceder con la infracción del art. 439 con la del 441, que es más benévola, y como se ha indicado arriba también con otros delitos situados en otros capítulos del Código penal, como puede suceder con el cohecho pasivo, donde el funcionario solicita para sí o para un tercero una dádiva, retribución o remuneración de cualquier clase para hacer un acto justo o injusto en el ejercicio de su cargo (arts. 419 y ss. del Código Penal), o con la malversación de caudales públicos (arts. 432 y ss.), donde la autoridad o funcionario se lucra apoderándose de los bienes o caudales públicos o gestiona el patrimonio público excediéndose de sus facultades, causando un perjuicio patrimonial a la Administración pública.

Como sucede en otros delitos, entiendo que la regulación penal prevista en los delitos de negociaciones prohibidas de los arts. 439 y 441 del Código Penal está en buena medida motivada por el evidente fracaso a la hora de aplicar, controlar y sancionar, desde la vertiente administrativa, la dispersa

normativa sobre la abstención e incompatibilidades de las autoridades y funcionarios públicos. Muestra de ello es que, en caso de absolución por estos delitos y a pesar de constar en los hechos probados una evidente infracción de esa normativa por parte del acusado absuelto, poco interés suele tener después la Administración competente para sancionar la infracción cometida por la autoridad o funcionario que se ha librado de la sanción penal. A ello hay que añadir el triste papel que en ocasiones juega en estos procedimientos penales la Administración en la que se producen este tipo de delitos, más cercano a la defensa de los responsables públicos acusados que a la defensa del interés público mediante el esclarecimiento de los hechos.

La normativa administrativa ha tratado tradicionalmente de evitar que la actividad pública a desarrollar por el personal al servicio de las distintas Administraciones se vea comprometida por el ejercicio paralelo por aquel de actividades de carácter privado, de acuerdo con lo establecido en el art. 103 de la Constitución antes referido. Con esta finalidad de asegurar que aquel busque siempre la satisfacción del interés público por encima del suyo particular o el de un tercero, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, establece claramente que los servidores públicos no podrán ejercer actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en asuntos en que estén interviniendo, hayan intervenido en los dos últimos años o tengan que intervenir por razón del puesto público. Además se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público (art. 12, apdo. a).

Igualmente con el fin de prevenir esas situaciones de conflicto entre lo público y lo privado, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula la obligación de abstención de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en determinadas circunstancias, en su art. 23. En este precepto se establece la obligación que tienen aquellos de abstenerse de intervenir en el procedimiento administrativo en situaciones en las que fácilmente el servidor público podría acabar dando preferencia a intereses particulares. Así, entre otros, se contemplan supuestos como tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquel; ser administrador de sociedad o entidad interesada; tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado, o tener determinados vínculos familiares con las personas con interés en el asunto en el que intervenga. Dicho precepto dispone también que la no abstención, en los casos en que concurra alguna de las circunstancias que la exigen, dará lugar a la responsabilidad «que proceda», que puede ser la disciplinaria o la penal.

Por otra parte, el art. 95 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, considera en su apartado j) como falta muy grave la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro.

La creciente preocupación que en los últimos años ha mostrado la sociedad española por el incorrecto ejercicio de la función pública, que se ha manifestado especialmente a través de abundantes casos de corrupción política y administrativa, ha motivado la adopción por parte del legislador de nuevas normas tendentes a asegurar que los servidores públicos respeten siempre los principios de objetividad, imparcialidad y búsqueda del interés público sobre el particular. Así, destaca la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que exige expresamente a los altos cargos de la Administración General del Estado el cumplimiento de una serie de principios éticos y de actuación que deben regir su labor. Así, se exige expresamente dentro de esos principios de buen gobierno (art. 26) que dichos altos cargos, entre otras obligaciones, deberán actuar con transparencia y con el objetivo de satisfacer el interés general, ejerciendo sus funciones con dedicación al servicio público, manteniendo un criterio independiente y ajeno a todo interés particular, asegurando un trato igual y sin discriminaciones en el ejercicio de sus funciones, y respetando la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses. Vemos, pues, que la idea de búsqueda del interés público en el ejercicio de la función pública con exclusión de los intereses particulares se halla bien presente, estableciendo la referida Ley sanciones disciplinarias para el caso de incumplimiento de esos principios de buen gobierno por parte de dichos altos cargos.

En ese deseo de una mayor transparencia en el ejercicio de la función pública y evitar que intereses ajenos a esta puedan acabar influyendo en las decisiones de los cargos públicos, el art. 75 núm. 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción conforme a la reforma de 2015, establece que los representantes locales, así como los miembros no electos de las Juntas de Gobierno local, deberán formular declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos. Para ello se exige que deben formular una declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, que deberá realizarse antes de la toma de posesión, con ocasión de cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias declaradas. Esas declaraciones de bienes deberán ser publicadas anualmente y, en todo caso, al finalizar el mandato, y además se inscribirán en los registros de intereses, que tendrán carácter público, destinado uno de ellos a hacer constar las causas

de posible incompatibilidad y las actividades económicas, y siendo el otro Registro el relativo a la declaración de bienes y derechos, denominado Registro de Bienes Patrimoniales de la entidad local. Para acceder a los datos contenidos en el Registro de intereses será preciso acreditar la condición legal de interesado legítimo directo, con arreglo a la legislación aplicable (art. 32 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).

A continuación, una vez hechas las anteriores consideraciones, procederemos a comentar cada una de las distintas figuras delictivas reguladas bajo la denominación de negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de la función.

2

Gestión interesada en la actuación pública o en actuaciones respecto de determinados patrimonios

El art. 439 del Código Penal regula esta modalidad de negociaciones del siguiente modo: «La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años».

Además, en el art. 440 del mismo Código se prevé una conducta similar realizada por determinadas personas que no realizan propiamente funciones públicas, pero que están encargadas de gestionar bienes ajenos: «Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeran del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, y los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años, salvo que esta conducta esté sancionada con mayor pena en otro precepto de este Código».

En relación con el art. 439 antes transcrito destacamos los siguientes elementos:

- **Autor será la autoridad o funcionario público**, de modo que tendremos que acudir al concepto establecido en el art. 24 del Código Penal, que hace una definición de tales figuras mucho más amplia que la prevista en la normativa administrativa. A los efectos penales y conforme a la interpretación de dicho precepto efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, será funcionario público aquel que se halle ejerciendo funciones públicas de modo efectivo. Una de las cuestiones que suelen plantearse es el carácter que tienen los responsables de las empresas mixtas, es decir, aquellas que suele crear la Administración pública y que están formadas por capital de origen público y privado. Además, sus órganos de administración tienen también esa composición heterogénea. El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de febrero de 2014, consideró en el caso enjuiciado que la empresa mixta tenía una clara función pública, y de ahí que considerara que su director gerente, que fue nombrado por un consejo de administración formado por representantes públicos y privados, tenía la condición de funcionario público a efectos penales, y máxime cuando su nombramiento se produjo a propuesta de la Administración pública representada en esa sociedad, condenando al mismo por un delito de negociaciones prohibidas. En este supuesto tal director gerente adquirió mediante un tercero una sociedad a la que después adjudicó contratos con esa sociedad mixta, beneficiándose de ese modo.
- Aquel **debe intervenir, por razón de ese cargo o función pública, en una determinada actuación administrativa**. Será en esta actuación pública, que el tipo penal describe como «contrato, asunto, operación o actividad», donde se buscará por el autor la obtención del beneficio. El intervenir es un término amplio, que supone tanto el informar en ese asunto administrativo como el resolverlo, bien como órgano unipersonal bien como formando parte de uno colegiado. El informe emitido delictivo tanto podrá ser vinculante como no, pues lo que importa es que se intervenga o participe en ese asunto administrativo con el propósito de obtener la ventaja. Esta intervención es la que va a ser aprovechada por la autoridad o funcionario para procurarse alguna ventaja patrimonial. Antes de la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, este delito no sancionaba a aquel responsable público que debía intervenir en un asunto público, sino solo a aquel que

debía informar. Conforme al principio de legalidad tal defectuosa redacción dejaba sorprendentemente fuera de este precepto penal a aquellos que resolvían el asunto administrativo para obtener así cualquier forma de participación.

- **Esa circunstancia se aprovecha por el funcionario o la autoridad para «forzar o facilitarse» cualquier forma de participación en tales negocios o actuaciones públicas.** Por tanto, hay un aprovechamiento de la situación al intervenir aquel en una actuación administrativa. Se halla el autor en una posición que le permite obtener un beneficio económico no admitido, pues supone una infracción de las normas administrativas sobre la obligación de abstención de las autoridades y funcionarios públicos en determinados asuntos públicos. En este sentido tiene interés lo previsto, entre otros, en los arts. 26 y 29 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; el Estatuto Básico del Empleado Público previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril; el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), o la Ley de Bases del Régimen Local, normas en las que se contempla una obligación de abstenerse por parte de la autoridad o el funcionario cuando existe una colisión entre los intereses públicos y los particulares de aquel.
- El precepto se refiere a que la acción destinada a obtener la participación puede consistir en «forzar», que viene a equivaler a que el autor realiza actos de presión sobre otras personas para poder así participar de manera interesada en esa actuación administrativa. No obstante, también se contempla junto a esa acción la de «facilitarse» cualquier forma de participación, lo cual equivale a realizar cualquier acto destinado a lograr esa finalidad lucrativa.
- Se trata de un delito que se ha de cometer mediante dolo, sin que se halle prevista la comisión por imprudencia grave, pues el sujeto activo se aprovecha de modo consciente de su situación, y desde la misma debe buscar el forzar o el facilitarse cualquier forma de participación, de modo que el redactado del delito no permite su comisión culposa.
- Esa participación pretendida podrá ser **directa o por persona interpuesta**. Es decir, el autor ha de pretender obtener él ese beneficio, bien de modo directo o bien mediante la interposición de un tercero, que puede ser otra u otras personas físicas que obren en connivencia con la autoridad o funcionario público, y que permitirán ocultar la participación en esa actuación administrativa del

responsable público. Esa participación suele realizarse utilizando empresas, vinculadas con la autoridad o funcionario que trata de obtener ese lucro prohibido de manera disimulada. Suele ser normal la creación de empresas «*ad hoc*» por parte del autor de este delito cuando llega a tener conocimiento de que se va a realizar determinada operación administrativa, para así beneficiarse económicamente a través de la misma. Es la manera habitual de evitar que se detecte ese enlace entre el servidor público autor del delito y su interés económico en el asunto público. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que si la Administración, debido a esa actuación de aprovechamiento de la autoridad o funcionario público, satisface unas cantidades por unos servicios inexistentes a favor de un tercero, en ese caso no estaríamos ante un delito de negociaciones sino ante un delito de malversación de caudales públicos, pues el objetivo buscado es que la Administración satisfaga unas cantidades por un servicio, obra o suministro que no ha recibido, causándose un daño al erario público.

- No es necesario para consumar este delito que se llegue a obtener el beneficio económico pretendido por el autor gracias a la participación en ese asunto público en que tenía la obligación de intervenir. Bastará que se aproveche de esa circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, sin necesidad de lesión alguna en el patrimonio público. Como establece la STS de 13 de noviembre de 2013, «basta que el funcionario se inmiscuya para lograr un beneficio. Se está en presencia de un delito de mera actividad y por tanto de consumación anticipada por lo que es difícil la producción de formas imperfectas y todo ello porque la lesión a la credibilidad e imparcialidad de la actuación pública se lesiona con el solo intento de obtener, prevaleciéndose del cargo y en razón del mismo, de alguna ventaja». Además se cometerá este delito aunque la operación en la que se haya aprovechado o intentado aprovechar la autoridad o funcionario público sea o pueda resultar beneficiosa para la Administración (así, STS de 17 de julio de 1998). Por otro lado, tampoco se exige que el procedimiento o las resoluciones que se dicten en el curso del asunto en el que se produce el aprovechamiento sean contrarios a derecho, pues pueden ser perfectamente impecables desde el punto de vista jurídico, al margen siempre de la infracción de la norma de incompatibilidad o abstención. En caso contrario, podría concurrir junto al delito de negociaciones un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal, que sanciona a la auto-

- ridad o funcionario público que dictare a sabiendas de su injusticia una resolución en asunto administrativo.
- Podrá ser habitual que el autor del delito alegue en el procedimiento penal que ha sufrido un error de prohibición, al creer que podía actuar de ese modo y que la norma administrativa lo permitía, o bien que desconocía las normas de abstención. La STS de 29 de octubre de 1998 desestimó esa alegación en el caso enjuiciado, por tratarse de «una ilicitud tan patente ínsita en los principios más elementales del más puro derecho natural».
 - En la práctica podemos hallar distintas cuestiones:
 - Como se ha indicado antes, será normal que el autor trate de evitar la detección de su ilícita actuación mediante la creación de sociedades que creará él u otro a su ruego después de ostentar el cargo público o al surgir la oportunidad administrativa de enriquecimiento. Esa sociedad será la que se beneficiará por el autor, lucrándose así este a través de la misma. Suele ser normal, pues, la participación de terceras personas en este delito, las cuales responderán como cooperadoras necesarias del mismo, siendo consideradas como «*extraneus*» si no tienen la condición de autoridad o funcionario público a los efectos de la sanción penal de su intervención (art. 65 núm. 3 del Código Penal).
 - Adjudicación de obras o servicios a empresas o negocios de la autoridad o funcionario público o de sus familiares más próximos. Si no se beneficia la autoridad o funcionario público de manera directa o indirecta, sino solamente un tercero, entonces no será de aplicación este delito.
 - Se ha planteado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que este delito de negociaciones no se trata de un delito formal consistente en la mera infracción del deber de abstención por parte de la autoridad o funcionario público en los asuntos en que intervenga y en que exista un conflicto de intereses. Sin embargo, la redacción del tipo penal tampoco deja mucho margen para solucionar esta cuestión sobre cuándo estaremos ante una infracción disciplinaria por quebranto de esa infracción y cuándo ante este delito. Lo relevante será determinar el modo en que se ha obtenido esa participación para poder diferenciar la infracción disciplinaria de la penal, teniendo en cuenta que el precepto hace referencia a aprovecharse de su posición para forzar o facilitarse cualquier forma de beneficio. El Tribunal Supremo, en SSTS de 27 de noviembre de 2000, 21 de octubre de 2002, 13 de noviembre de 2012 y 26 de septiembre de

2013, no considera delictivas acciones que entendió que suponían un mero incumplimiento de los deberos de abstención, al considerar que no tenían relevancia en el ámbito penal ni había detrimento del interés general o daño a la Administración. Se trataba de supuestos en que se acusó a alcaldes que acordaban la adjudicación de determinados suministros municipales a favor de empresas que les pertenecían. Sin embargo, y contrariamente a ese posicionamiento, el mismo Alto Tribunal había entendido antes que el supuesto clásico de aprovechamiento del cargo en este delito era el de la autocontratación, en que «el funcionario asume el doble papel de representante de la Administración local en este caso y de contratante» (SSTS de 11 de noviembre de 1998 y de 29 de octubre de 1998). Alguna STS entiende que la autoridad o funcionario público realiza mediante este tipo delictivo «una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública» (STS de 16 de mayo de 2001), a pesar de que el delito examinado no exige expresamente que el autor se prevalga de su condición de servidor público.

- Es interesante la más reciente STS de 7 de febrero de 2017. En esta se confirma la condena por un delito continuado de gestión interesada del art. 439 del Código Penal y de prevaricación del art. 404 del mismo Código a un alcalde que contrata la floristería de su mujer mediante sucesivos contratos menores de suministro de plantas y flores para el Ayuntamiento, a pesar de las advertencias reiteradas del secretario municipal en las que se le ponía de manifiesto la nulidad de dicha contratación por la prohibición de contratar que concurría en la esposa del alcalde conforme a la legislación de contratos de las Administraciones públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Dichas adjudicaciones alcanzaron entre el año 2007 y el 2011 un importe total de 25 169 euros. En esta sentencia se hace una referencia a esa posibilidad del concurso entre el delito de prevaricación y el de gestión interesada, considerando que estábamos en ese caso ante un concurso ideal del art. 77 del Código Penal y no un concurso real. Se establece en la sentencia: «Aunque sean en esencia unos mismos hechos los cometidos por el mismo autor, ambos tipos aplicados protegen bienes jurídicos diferentes, lo que entra de lleno en el concurso ideal de infracciones a que se refiere el art. 77 núm. 1 y 2 de Código Penal. De todos modos aunque entenderíamos que el presupuesto fáctico de ambas infracciones no fue-

ra absolutamente idéntico, el delito de prevaricación, hallándonos ante un concurso medial o instrumental de infracciones, igualmente demandaría la aplicación del art. 77 del Código Penal». En ese supuesto enjuiciado, la mujer del alcalde fue condenada también, pero como cooperadora necesaria del delito continuado de gestión interesada. En cuanto a su participación, el Tribunal Supremo considera en esa sentencia que «En relación al aspecto subjetivo del delito o dolo duplicado, la recurrente confunde el conocimiento del delito cometido por su marido, pero no referido a la prevaricación, por el que no se condena a la recurrente, sino por la contratación ilegal, en la que su comportamiento se ha calificado de cooperación necesaria, y es lo cierto que fue determinante su intervención en el hecho, que sin tan concurso, no se hubiera podido cometer el delito. El dolo de la acusada fluye con naturalidad del relato de hechos y se justifica en los fundamentos de derecho. La conducta es de tal descaro y arbitrariedad, que cualquier ciudadano de la población percibía el escandaloso abuso de cargo que ostentaba el acusado para beneficiar a su esposa, y que es tanto como un intento de obtener un beneficio propio. Es de general conocimiento la incompatibilidad en la adjudicación e un contrato, que se hace de forma directa por su escasa cuantía, a la persona del cónyuge del alcalde, que es quien autoriza el gasto».

El art. 440 sanciona también a determinadas personas que no han de tener la condición de autoridad o funcionario público, cuando actúan de la manera indicada en el art. 439 respecto de determinados bienes que se quieren proteger de una manera especial. Se trata de personas que deben actuar siempre con total imparcialidad en la gestión de particulares intereses patrimoniales ajenos, como son los peritos en relación con los bienes a tasar, los árbitros y contadores partidores respecto de los bienes a partir o adjudicar, los tutores o curadores sobre los bienes de sus pupilos, los albaceas en relación con los bienes hereditarios y, finalmente, los administradores concursales, añadidos estos expresamente por la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, respecto de los bienes de la masa del concurso que administren.

Se exige en este delito que el autor se comporte del modo previsto en el art. 439 del Código Penal. Por tanto, se exigirá que se aproveche de esa tarea para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en relación con esos bienes sobre los recae su cargo. Según el Tribunal Supremo, en estos casos se procede a la instrumentalización de ese cargo para obtener una ventaja (STS de 28 de diciembre de 1999).

Conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, los delitos de negociaciones prohibidas anteriores previstos en los arts. 439 y 440 del Código Penal deberán ser tramitados en principio conforme a lo establecido por esa Ley y, por tanto, su enjuiciamiento corresponderá al Jurado popular previsto en esa norma. No obstante, no será competencia del Jurado y conocerá del asunto un órgano judicial formado únicamente por jueces o magistrados (normalmente el Juzgado de lo Penal) si alguno de esos delitos de negociaciones concurre con un delito de prevaricación, lo cual puede ser bastante normal, o bien si es de aplicación la compleja regla sobre la conexión con otros delitos prevista en el número 2 del art. 5 de la Ley del Jurado.

3

Realización de actividades profesionales incompatibles

El art. 441 del Código Penal establece: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años».

Mediante estas penas se pretende evitar que la autoridad o el funcionario obtengan algún beneficio patrimonial a través del ejercicio de una actividad económica paralela a su actividad pública y que suponga un claro conflicto de intereses. Tal situación puede fácilmente suponer una quiebra del principio de imparcialidad de la actuación administrativa. Las SSTS de 25 de abril de 2014 y de 25 de enero de 2010 consideran que este tipo penal protege «el deber de imparcialidad del funcionario público cuando la misma es puesta en peligro por una actividad vulneradora no solo de la legislación específica de incompatibilidades, sino cuando esa situación de incompatibilidad se vertebra sobre los propios asuntos que son competencia del funcionario público».

Se producirá en esa infracción una vulneración patente de la normativa administrativa en materia de incompatibilidades de la función pública por parte del autor. En este sentido será de gran interés tener en cuenta, entre otras, la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/1984, de 26 de diciembre), así como la referida

Ley de Transparencia de 2013, pues en estas normas se fija el marco legal de aquellas actividades lucrativas que no puede hacer el funcionario «fuera de su horario», y el referido precepto penal exige que esa actividad reprochable ha de estar prohibida por la normativa sobre incompatibilidades de la función pública. No obstante, no será suficiente con que la autoridad o funcionario realice una actividad incompatible para cometer este tipo penal, sino que esta ha de recaer o desplegarse sobre los asuntos que le competen como servidor público. Se ha de producir ese conflicto entre lo privado y lo público. Como indica la STS de 4 de febrero de 2003, este art. «contempla aquellos supuestos en los que el funcionario no llega a verse realmente influido de forma negativa en el modo de desempeño de su actividad pública, sino que únicamente se pone en riesgo de que eso suceda, por el solapamiento de aquella con otra de interés particular relativa al mismo ámbito. Es decir el funcionario se limita a poner su capacidad técnica, en abstracto, al servicio de un sujeto no oficial».

Los elementos de este delito son:

- Autor será una **autoridad o un funcionario público**.
- **Que realice, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o particulares.** Las posibilidades de realización de la actividad incompatible delictiva son muy amplias como se desprende de la descripción típica, pues el legislador penal es consciente de que quien va a cometer esa acción puede realizar la actividad de manera personal y sin ocultación alguna, pero también será normal que el autor trate de evitar que esa actividad prohibida sea detectada, por lo que empleará el artificio de alguna sociedad a nombre de terceros o buscará el auxilio de otras personas. Además, el reproche penal es el mismo tanto si la actividad incompatible es regular como si es esporádica y, además, habrá de ser prestada a favor de entidades privadas o particulares. No exige expresamente el tipo un específico ánimo de lucro por parte del autor ni que esa actividad incompatible sea retribuida, a pesar del uso del término «profesional». La STS de 4 de noviembre de 2014 considera que «esta modalidad delictiva no exige un especial móvil sino que basta con la conciencia de que se está comprometiendo la rectitud e imparcialidad de la función pública».
- **Esa actividad profesional o de asesoramiento incompatible:**
- **a) Puede tener relación con un asunto en que deba intervenir o haya intervenido la autoridad o funcionario por razón de su cargo.** En este caso se genera un peligro concreto para la función pública, pues el autor se pone a disposición de los particulares inte-

resados en una cuestión administrativa en la que ha de intervenir o ya ha intervenido. Supone dar a aquellos por parte de la autoridad o funcionario público un especial trato de privilegio para poder resolver su asunto del modo más favorable.

Podemos encontrar en la jurisprudencia supuestos de condena de arquitectos u otros técnicos municipales que acaban siendo condenados por este delito al intervenir en procedimientos administrativos, especialmente para el otorgamiento de licencias municipales de obras, cuyos proyectos a autorizar han sido confeccionados por ellos mismos actuando paralelamente como arquitectos o técnicos particulares. Aquí el funcionario informa en ese expediente –lógicamente de modo favorable– en el que tiene una relación de servicio directo con la persona promotora del mismo e interesada en el otorgamiento de la licencia (así, STSJ Madrid de 13 de enero de 2014, STS de 25 de enero de 2010 o STS de 4 de noviembre de 2014). Ha de tenerse en cuenta que en esos supuestos, si ese informe emitido por el funcionario público hace referencia al otorgamiento de licencias urbanísticas y fuera favorable, y sabiendo que el mismo es contrario a la normativa aplicable, se cometería también por aquel el delito de prevaricación urbanística del art. 320 núm. 1 del Código Penal, castigado con una penalidad muy superior.

La STS de 14 de octubre de 1997 sanciona por este delito a un alcalde que participa en el expediente de otorgamiento de licencia de obras a favor de una sociedad de la que era accionista, emitiendo voto a favor de esa concesión.

La STS de 13 de julio de 2012 hace referencia a distintos supuestos de aplicación de este precepto ya analizados por ese órgano judicial: «Así, ha considerado autor del tipo previsto en el art. 441 del Código Penal a un aparejador municipal que trabajaba para promotoras en el mismo término municipal, llegando incluso a atender en el Ayuntamiento visitas relacionadas con su actividad profesional privada (STS de 22 de septiembre de 2003). También ha aplicado este precepto a funcionarios que desempeñan puestos de dirección en la Administración autonómica, emitieron informes sobre la viabilidad de proyectos redactados por ellos mismos o por empresas de las que formaban parte (STS de 1 de febrero de 1999). El mismo precepto fue invocado para condenar a un concejal titular de una empresa dedicada al movimiento de tierras, por asumir la ejecución de obras contratadas por el propio Ayuntamiento en el que desempeñaba sus funciones corporativas (STS de 9 de diciembre de 1998)».

- **b) O bien puede tener relación con un asunto de aquellos que se tramitan, informan o resuelven en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa.** En este caso la actividad incompatible paralela no afecta a asuntos públicos en que el autor deba intervenir o haya intervenido personalmente, sino que versará sobre asuntos que se ventilan en el organismo público en que la autoridad o funcionario se halla integrado, lo cual también supone otorgar una ventaja inaceptable al particular beneficiado por los servicios que aquel servidor público proporcionará. La STS de 11 de julio de 2008 confirma la condena a un inspector de trabajo que asesoró a una empresa para que la misma pudiera hacer frente a la inspección de que era objeto. En ese caso asesoró a una empresa, fuera del ejercicio de su función pública y sin apoyo legal alguno, en relación con unos expedientes no asumidos por ese inspector condenado, pero que se tramitaban por la Inspección Provincial de Trabajo en la que estaba destinado aquel. Un supuesto similar se recoge en la STS de 25 de abril de 2014, en la que se condena a un magistrado que aconsejó de forma continuada a particulares interesados en asuntos judiciales que tenían que ser resueltos en el Tribunal que presidía. No obstante, la STS de 25 de enero de 2010 consideró en un caso parecido que no se cometió este delito por un magistrado que manifestó a un coimputado unos consejos para que se los trasladara a su abogado sobre el modo de actuar este en una vista. Se entendió que ese asesoramiento prestado carecía de relevancia a los efectos de este delito, pues hacía referencia a cuestiones que entendió el Alto Tribunal que eran banales, como que el abogado fuera claro y breve en su exposición en el juicio oral y que ofreciera una fianza.

Al igual que sucede con las negociaciones del art. 439 antes referido, se trata de un delito de mera actividad, que no requiere un concreto resultado lesivo para los intereses públicos. La STS de 15 de marzo de 2012 considera que «el tipo no exige la producción de ningún resultado, salvo que por tal se tenga la producción de aquel peligro, quedando consumado desde el momento de la realización de tal actividad. Por ello no requiere ni la obtención de beneficios económicos en el sujeto activo ni que se deriven perjuicios para la Administración en la que está encuadrada su función. Menos aún se exige perjuicio para terceros». Si el autor al cometer este delito contribuye a sabiendas de su injusticia al dictado de una resolución, entonces este delito de negociaciones concurrirá con el delito de prevaricación administrativa.

Lógicamente estaremos ante un delito eminentemente doloso, sin que sea punible la imprudencia grave. En relación con esta cuestión la STS de 4 de noviembre de 2014 admite el dolo eventual en este delito, estableciendo: «El tipo subjetivo viene constituido por el dolo, conocimiento y voluntad de que se asesora o actúa profesionalmente en relación con un asunto que, en nuestro caso, debía resolverse y aprobarse en el propio Ayuntamiento al que pertenecían los acusados. Tan es así que ellos mismos como arquitectos municipales intervinieron en la tramitación administrativa de aprobación de los proyectos de ejecución que como arquitectos privados habían elaborado. Solo es punible la conducta dolosa. Cabe el dolo eventual, lo que convierte en dolosa la conducta de quien asume la posibilidad de que el asunto en el que asesora o actúa sea más que probable que se acabe decidiendo en la oficina o centro directivo al que pertenece el funcionario».

Se trata de un delito que se consuma por la realización de esa actividad incompatible, sin que sea necesario que se cause un quebranto del servicio público o la consecución del beneficio económico pretendido por el autor con la prestación ilícita en favor del particular.

Muchas veces el autor de este delito puede contar con la connivencia expresa o tácita de otras autoridades o funcionarios públicos, que pueden conocer el ejercicio de esa actividad incompatible y su colisión con la función pública y, no obstante, nada hacen para evitarlo, pudiendo hacerlo en atención a sus responsabilidades. En estos casos se puede plantear si aquellos pueden participar en el delito como cooperadores necesarios por comisión por omisión, especialmente cuando es clara su posición de garantía para evitar fácilmente esa situación antijurídica, por ejemplo, requiriendo al infractor para que cese en el ejercicio de la acción incompatible o que se abstenga de intervenir en ese asunto público. En este sentido la STS de 15 de marzo de 2012 considera que al tratarse este de un delito de mera actividad y no de resultado no sería posible la participación delictiva por comisión por omisión, y entiende por ello que no es partícipe del delito el alcalde que no impide la realización de esa actividad delictiva incompatible por sus concejales. Además considera el Alto Tribunal que no existe un deber genérico del alcalde de evitar el ejercicio de actividades particulares por sus concejales.

A diferencia de lo que sucede con las negociaciones prohibidas del art. 439, en este precepto no se sanciona al autor con pena de prisión. Tampoco se contempla en este delito la pena de inhabilitación especial para ejercicio o cargo público, que es particularmente aflictiva para toda autoridad o funcionario, sino la pena de suspensión de empleo o cargo público que no implica su definitiva pérdida. Tal diferencia penológica entre ambos preceptos entiendo que no tiene demasiada lógica, pues la acción prevista en el art. 441 no se presenta menos

grave que la del art. 439. Incluso en ocasiones muchas conductas podrán subsumirse en ambos delitos, pues quien realiza la actividad incompatible a que se refiere el art. 441 normalmente se estará también aprovechando de que ha de intervenir en un asunto público para facilitarse la participación en el mismo, conforme al art. 439. Por esta razón esa diferencia tan importante de penalidad no está justificada, pues ambos delitos entiendo que presentan el mismo reproche y la misma lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

4

Uso de secretos o información privilegiada

El art. 442 del Código Penal establece:

La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas de prisión de uno a tres años, multa del tanto al séxtuplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cuatro a seis años.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años. A los efectos de este artículo se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

En este delito se regula una acción en la que la autoridad o funcionario público se aprovecha de un secreto o de una información privilegiada conocida por razón de ese cargo público. El autor buscará obtener él mismo o bien que un tercero logre un beneficio económico mediante el uso de esos datos que están reservados.

Aquí encontramos estos elementos:

- **El autor será la autoridad o funcionario público.**
- **Que ha tenido conocimiento, por razón de su cargo u oficio, de una información privilegiada o de un secreto.** En la práctica pue-

de no ser fácil determinar cuándo estamos ante un secreto o ante una información privilegiada. No obstante, el legislador en ese precepto facilita una interpretación auténtica sobre qué ha de entenderse por información privilegiada, para tratar de solucionar posibles problemas en la aplicación del precepto. Según esa definición legal será aquella información que sea específica, no vaga o genérica, que únicamente se conozca por el autor a causa de su función pública y que no se haya divulgado. Es indiferente que se haya obtenido esa información por el autor de manera lícita o ilícita (STS de 13 de septiembre de 2012).

- **Que haga uso de ese secreto o información con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero.** Por tanto, el uso ha de ser con esa finalidad lucrativa a obtener por la autoridad o funcionario autor del delito, o bien para que sea un tercero el que lo obtenga. Se ha de tener en cuenta que si aquel simplemente revela el secreto o la información, sin esa finalidad lucrativa, será de aplicación el delito de violación de secretos del art. 417 del Código Penal, que se halla dentro del mismo Título XIX de los delitos contra la Administración Pública. Ese beneficio pretendido o conseguido es el que servirá para determinar la pena de multa a imponer, que abarcará del doble al triple de aquel. Además, si ese beneficio se consigue, las penas de multa e inhabilitación serán superiores y se añadirá también la pena de prisión, no prevista cuando el lucro no se logra. Ese tercero beneficiado, que actúe conociendo el origen ilícito de ese secreto o información reservada, puede responder como cooperador necesario.

Podemos hallar diversos supuestos que han sido objeto de condena por los tribunales, como la obtención de datos personales de pacientes de un centro público de salud (STS de 4 de diciembre de 2012), los datos del fichero de vehículos de la Jefatura de Tráfico, la futura recalificación de terrenos que no sea de conocimiento público, o la oferta hecha por un licitador en una subasta antes de la apertura de las plizas (STS de 13 de septiembre de 2012).

Se contempla un supuesto agravado cuando al cometer el anterior delito de uso de secreto o información privilegiada con ánimo de lucro se cause un resultado lesivo, consistente en la producción de un grave daño para la causa pública o para un tercero. En este caso la pena de prisión puede llegar hasta los seis años, sin que se entienda cómo es que para el legislador tiene la misma repercusión penal si el daño afecta a lo público o si afecta simplemente a un particular.

También estamos aquí ante un delito doloso, que excluye la negligencia. Además se exige un elemento subjetivo específico en el autor como es el áni-

mo de que se logre un beneficio económico mediante el uso del secreto o la información. Por tanto, se requiere el ánimo de lucro.

5

Abusos sexuales aprovechando la gestión de lo público

El art. 443 del Código Penal regula otra modalidad de aprovechamiento ilícito de la función pública para tratar de obtener una relación sexual, del siguiente modo:

1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.*
2. *El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años.*
3. *En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a esta de forma estable por análoga relación de afectividad.*

Como indica la STS de 14 de diciembre de 1992, son «dos bienes jurídicos los protegidos por el precepto, uno que afecta al interés público y otro a un interés individual o particular». Se protege, según la STS de 28 de enero de 2014, la correcta actuación de la Administración a través de sus funcionarios y la indemnidad sexual de la persona solicitada, tratando de corregir penalmente situaciones de abuso de poder de un funcionario público.

En este caso:

- El autor deberá ser **autoridad o funcionario público**.
- **Ha de resolver un asunto administrativo, ha de informar en él o ha de elevar consulta a su superior respecto del mismo.** Exige el tipo que el autor tenga una relevante intervención en ese asunto. No obstante, tampoco se exigirá que exista un procedimiento en curso

mediante la pertinente instancia, pues, como indica la STS de 18 de octubre de 2004, «basta la realidad de cualquier aspiración o expectativa –obtención de un logro tangible o evitación de un mal, ligado a la actuación de servicio del funcionario– en cuyo resultado pudiera ejercer apreciable influjo la favorable o adversa disposición del agente». Lo fundamental será que la intervención del funcionario pueda llegar a ser decisiva de hecho, y ello aunque no incumbe reglamentariamente al funcionario la intervención en ese caso (SSTS de 14 de diciembre de 1992 y 1 de octubre de 2013).

- **Y aprovecha esa circunstancia y el interés que en ese asunto tienen la persona a la que se solicita el servicio sexual o determinadas personas allegadas a aquella solicitada.** Se reprocha penalmente el hecho de aprovecharse de la posición que tiene el servidor público en relación con el asunto administrativo –pues en el mismo ha de intervenir de un modo relevante– para obtener relaciones sexuales de terceros que tienen interés en ese asunto. Basta con solicitar sexualmente a ese tercero, lo cual equivale a realizar una propuesta clara y explícita, sin que sea necesario para la consumación del delito que se acepte la solicitud ni que esa relación con contenido sexual de cualquier índole se llegue a producir (SSTS de 14 de diciembre de 1992 y 18 de octubre de 2004). Bastará, pues, para consumir este delito la mera solicitud dirigida a ejecutar cualquier acto de contenido sexual. No obstante, es evidente que habrá de ser al menos una proposición manifiesta y clara, sin necesidad de que sea reiterada e insistente (STS de 9 de julio de 1997).

Tampoco exige el tipo que se llegue a realizar esa intervención en el asunto administrativo como medio o resultado de la solicitud sexual, pues únicamente se exige esa petición a una persona que tiene interés en aquel asunto o cuyo interés lo tienen determinadas personas próximas a aquella.

Se pena de forma más grave esa acción de solicitud si el autor es un funcionario de Instituciones Penitenciarias o de Centro de Protección o Corrección de Menores, cuando la solicitud en esas condiciones se dirige a las personas internas o en situación de guarda, teniendo en cuenta la mayor repulsa que tiene esa acción debido a la particular situación vulnerable en que se hallan las personas afectadas por esa solicitud del funcionario.

A pesar de no ser propiamente funcionarios públicos, en ese precepto se sanciona con esa misma penalidad agravada a las personas encargadas de la guarda de otras cuando dirijan los actos de solicitud sexual sobre los ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad en los mismos grados de la persona sujeta a guarda o bien sobre su cónyuge o

persona ligada de modo estable por análoga relación de afectividad. En esta modalidad delictiva se entiende que el guardador se aprovechará de esa tarea para intentar procurarse una relación sexual con persona ligada con la que es objeto de la guarda.

El art. 444 del Código Penal completa el anterior precepto estableciendo lo siguiente: «Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

Dado que el delito del art. 443 no requiere que se llegue a producir la relación sexual propuesta para su consumación, en caso de producirse esta podría ser constitutiva del correspondiente delito contra la libertad sexual, que será sancionado como delito independiente mediante la figura del concurso real. Ahora bien, si el contacto sexual se produce con el consentimiento de la víctima requerida mayor de dieciséis años no estaremos, en principio, ante un delito contra la libertad sexual (arts. 181 y ss. del Código Penal).

6

Bibliografía

- PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en *La corrupción pública en la reforma del Código Penal de 2015*, Civitas, Cizur Menor, 2015.
- JAREÑO LEAL, Ángeles, *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (dir.), *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanc, 6.^a ed., 2016.
- MORALES GARCÍA, Óscar (dir.), *Código Penal con Jurisprudencia*, 2.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, «Delitos contra la Administración Pública (IX). Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función. Disposición común», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2016.

QDL45

Jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 1 de enero a 30 de junio de 2017)

ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2017, de 2 de febrero, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalitat y de los Gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Abogado del Estado contra el art. 19, apartado 6, de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalitat y de los Gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica, que modificó el art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, aprobatorio del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, por denunciada vulneración del art. 149.1.18 de la Constitución.

Ponente: don Antonio Narváez Rodríguez.

Extracto de doctrina

[...]

2. [...]

[...]

En suma, el art. 19.6 de la Ley 16/2015, que es objeto del presente proceso constitucional, modifica el art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003, redu-

ciendo los plazos del procedimiento de creación de entes descentralizados y simplificando la mayoría exigida para aprobar las alegaciones presentadas en el trámite de información pública. Con ello, el texto del art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003 que queda en vigor es el siguiente:

«1. Las concentraciones de población que dentro de un municipio constituyan núcleos separados pueden constituirse en entidades municipales descentralizadas, de acuerdo con las reglas siguientes:

a) La iniciativa corresponde indistintamente a la mayoría de los vecinos interesados o al ayuntamiento correspondiente.

b) En el primer caso, el ayuntamiento debe adoptar el acuerdo en el plazo de un mes a contar desde la presentación de la petición en el registro municipal.

c) El acuerdo municipal sobre constitución de la entidad municipal descentralizada debe determinar las competencias que, de acuerdo con el artículo 82, tiene que asumir la entidad, y el sistema de participación en los ingresos del ayuntamiento. El acuerdo debe someterse al trámite de información pública por un plazo de un mes; una vez transcurrido este plazo, debe remitirse al departamento competente en materia de Administración local, junto con la resolución de las alegaciones presentadas, la cual debe adoptarse con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de los miembros de la corporación. También debe realizarse la remisión cuando el expediente se ha iniciado a instancia de los vecinos, aunque el acuerdo municipal no sea favorable.

d) La entidad tiene que contar con un órgano unipersonal ejecutivo de elección directa y con un órgano colegiado de control, que tienen que escogerse una vez finalizado el procedimiento que establece el artículo 81 de esta Ley, como requisito para la constitución válida de la entidad municipal descentralizada.

2. No puede constituirse como entidad municipal descentralizada el núcleo donde tiene la sede el ayuntamiento».

3. Una vez expuesto el contenido normativo del precepto impugnado, hemos de señalar que los términos en los que se plantea la controversia entre las partes no dejan lugar a dudas acerca del encuadramiento competencial del art. 19.6 de la Ley 16/2015, que tanto el Abogado del Estado como los letrados de la Generalitat y del Parlamento de Cataluña relacionan con los arts. 86, 151 y 160 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), señalando, a continuación, todos ellos que estamos ante preceptos que han de situarse dentro del marco establecido por la legislación básica del Estado en materia de régimen local (art. 149.1.18 CE).

En este punto, ha de señalarse que el art. 19.6 de la Ley 16/2015, al ser una norma que se limita a reformar el tenor del art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003, en relación con la constitución de los entes locales menores, tiene, a todas luces, un encaje normativo inmediato en el art. 86.7 EAC, precepto que dispone lo siguiente:

«Las concentraciones de población que dentro de un municipio constituyan núcleos separados pueden constituirse en entidades municipales descentralizadas. La ley debe garantizarles la descentralización y la capacidad suficientes para llevar a cabo las actividades y prestar los servicios de su competencia».

La norma estatutaria reproducida se sitúa sistemáticamente dentro del capítulo IV («El Gobierno local») del título II EAC, capítulo del que este Tribunal ha declarado que «ha de ajustarse, necesariamente, a la competencia que sobre las bases de la misma corresponde al Estado ex art. 149.1.18 CE, por lo 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» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 36). No existe, pues, ninguna duda sobre el encuadramiento competencial del precepto ni se plantea sobre este punto controversia específica entre las partes, que centran, más bien, su discrepancia en la validez y el alcance interpretativo de la norma estatal que, al amparo del art. 149.1.18 CE, aparece configurada como legislación básica en relación con la constitución de los entes locales de ámbito territorial inferior al municipio.

4. Entrando ya en el examen de la concreta norma que el Abogado del Estado entiende vulnerada, debe señalarse que el art. 24 bis LBRL se enmarca en el contexto de una amplia reforma de la Ley de bases de régimen local, operada por la Ley 27/2013, que afecta, entre otros muchos aspectos y en lo que a este proceso constitucional interesa, al régimen normativo de los llamados «entes locales menores». En relación con estos, la Ley 27/2013 se caracteriza por introducir una regulación de carácter dual:

(i) De un lado, la Ley 27/2013 deroga la normativa contenida en el previo art. 45 LBRL, salvaguardando, no obstante, el carácter descentralizado y la personalidad jurídica propia de las diversas entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio que han llegado a constituirse al amparo de dicha norma (disposición transitoria cuarta). Al tiempo, la Ley 27/2013 permite (disposición transitoria quinta) que los núcleos de población que, antes del 1 de enero de 2013, hubieran iniciado los trámites para constituirse como entidades locales, puedan culminar dicho proceso adquiriendo, igualmente, personalidad jurídica propia de acuerdo con lo previsto en la correspondiente legislación autonómica.

En relación con este primer marco de regulación, aplicable a los entes ya constituidos o en proceso de constitución, hemos señalado en nuestra STC 41/2016, de 3 de marzo, que la regulación introducida por la Ley 27/2013 no sólo mantiene el régimen jurídico de la normativa precedente sino que llega incluso a ensanchar el margen de disposición previamente otorgado a las comunidades autónomas y a los entes locales, ya que, con la derogación del art. 45 LBRL, pierden su eficacia «las previsiones básicas que este contenía sobre la denominación (apartado 1) y los acuerdos sobre disposición de bienes, operaciones de crédito y expropiación forzosa de las entidades locales menores [apartado 2 c)]». Por ello, concluimos en la citada STC 41/2016 que «respecto del régimen básico de las entidades locales menores ya creadas (o en proceso de creación antes de determinada fecha), el legislador estatal no solo no ha invadido las competencias de las comunidades autónomas, sino que, al reducir en alguna medida la regulación básica, ha aumentado correlativamente el espacio que puede ocupar la normativa municipal sobre organización interna y la autonómica sobre régimen local» [FJ 7 b)].

(ii) De otra parte, y en relación con los entes locales menores que se constituyan desde el 1 de enero de 2013, la Ley 27/2013 introduce en la Ley reguladora de las bases de régimen local un precepto de nuevo cuño, el art. 24 bis, que dispone lo siguiente:

«1. Las leyes de las comunidades autónomas sobre régimen local regularán los entes de ámbito territorial inferior al municipio, que carecerán de personalidad jurídica, como forma de organización desconcentrada del mismo para la administración de núcleos de población separados, bajo su denominación tradicional de caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y otros análogos, o aquella que establezcan las leyes.

2. La iniciativa corresponderá indistintamente a la población interesada o al ayuntamiento correspondiente. Este último debe ser oído en todo caso.

3. Solo podrán crearse este tipo de entes si resulta una opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados de acuerdo con los principios previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Este segundo ámbito de regulación, aplicable a los entes locales menores que se constituyan a partir de la entrada en vigor de la reforma, también ha sido examinado por este Tribunal en la aludida STC 41/2016, en la que hemos destacado que el art. 24 bis LBRL «incluye reglas sobre la iniciativa de creación, denominación y objeto (la administración de núcleos de población separados) sustancialmente coincidentes con las previstas en el

derogado art. 45 LBRL, sobre cuya legitimidad constitucional y carácter básico ya se pronunció la STC 214/1989, FJ 15, letras a) y b)». De este modo, hemos advertido que el nuevo precepto «sigue sin incluir reglas precisas sobre creación, organización y competencias (art. 24 bis LBRL)», por lo que «los propios municipios y, en su caso, las comunidades autónomas habrán de establecerlas» [FJ 7 b)]. Más concretamente, hemos puesto de manifiesto, en relación con el único elemento de la nueva regulación que difiere del régimen jurídico precedente, que «la sola previsión de que estos entes carecen de personalidad jurídica no elimina amplios espacios de desarrollo autonómico y autoorganización local», pues «la personalidad jurídica propia o régimen de descentralización administrativa no implica un estatuto sustancialmente distinto, que garantice amplias esferas de autonomía a las entidades locales menores» [STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 7 b)].

De este modo, el régimen jurídico de los entes locales menores que han iniciado su proceso de constitución con posterioridad al 1 de enero de 2013, se sitúa en una clara línea de continuidad respecto del anteriormente previsto en el art. 45 LBRL, con la sola excepción de la concreta configuración subjetiva de los entes, elemento que, como queda dicho, hemos entendido que no priva a estos de la misma sustancia jurídica que antes tenían. En otras palabras, pese a la nueva investidura formal que, en el plano subjetivo, otorga el art. 24 bis LBRL a los entes locales menores, en el plano material la sustantividad de estos y el amplio margen de regulación que el derogado art. 45 LBRL otorgaba a las comunidades autónomas permanecen inalterados.

Finalmente, cabe destacar que nada dice la nueva base estatal sobre el procedimiento de constitución de los entes locales menores, limitándose a señalar al respecto, en su apartado segundo, que «[l]a iniciativa corresponderá indistintamente a la población interesada o al ayuntamiento correspondiente» y que este último «debe ser oído en todo caso».

5. [...]

[...]

En suma, el art. 24 bis LBRL es una norma formal y materialmente básica a la que debe ajustarse la normativa autonómica de desarrollo y a la que, por tanto, debe acomodarse también el precepto que es objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, lo que nos obliga a realizar el pertinente juicio de contraste entre ambas normas, determinando así si la impugnada incurre o no en inconstitucionalidad mediata.

6. *Para realizar el juicio de contraste entre la norma básica del Estado y la norma autonómica impugnada, ha de recordarse, en primer lugar, cuál*

es la tesis sostenida por el Abogado del Estado en el recurso de inconstitucionalidad.

Según el Abogado del Estado, el nuevo art. 24 bis LBRL introducido por la Ley 27/2013 ha producido una suerte de petrificación del contenido normativo del art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003, que impide cualquier modificación de las reglas contenidas en dicho precepto. De acuerdo con tal tesis, la regulación del art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003, al referirse en su literalidad a entes descentralizados, habría quedado privada, tras la entrada en vigor de la nueva base estatal incluida en el art. 24 bis LBRL, de cualquier virtualidad aplicativa que no sea la expresamente prevista en la disposición transitoria quinta de la Ley 27/2013, esto es, la de ser el cauce formal transitorio de los procedimientos de constitución de entes descentralizados que ya se encontraban abiertos el 1 de enero de 2013. La reforma del precepto realizada por el art. 19.6 de la Ley 16/2015, en cuanto innovación del ordenamiento jurídico con vocación de disciplinar situaciones jurídicas futuras, no sería, por ello, admisible, ya que partiría de un presupuesto radicalmente contrario a lo prescrito en la nueva regulación básica, como es la posibilidad de constituir ex novo entes locales menores de carácter descentralizado y con personalidad jurídica propia. Sería, por ello, irrelevante que el precepto impugnado se limite a regular aspectos formales de procedimiento, pues el procedimiento mismo solo habría pervivido como mera legislación histórica, con un ámbito de aplicación acotado y con vocación de agotarse tras un cierto lapso de tiempo.

Esta tesis del Abogado del Estado se opone, sin embargo, a la línea esencial de interpretación del art. 24 bis LBRL que, como ya hemos señalado, ha establecido este Tribunal en la STC 41/2016, de 3 de marzo, y ha reiterado en la STC 168/2016, de 6 de octubre. En dichas resoluciones, al examinar el carácter formal y materialmente básico del art. 24 bis LBRL, remarcamos, según se ha expuesto, el alcance limitado que la nueva base estatal ha tenido en la configuración jurídica de los entes locales menores, en los que ha producido lo que entonces definimos como un mero cambio de «subjetividad» que no afecta, sin embargo, a la sustantividad jurídica de tal figura. En efecto, tal y como declaramos en la primera de las dos resoluciones citadas «[l]a personalidad jurídica propia o régimen de descentralización administrativa no implica un estatuto sustancialmente distinto, que garantice amplias esferas de autonomía a las entidades locales menores. Así lo declaró la STC 214/1989, FJ 15 b), refiriéndose a las facultades de tutela atribuidas al municipio, que las comunidades autónomas podían precisar y aumentar (art. 45.2 LBRL, ahora deroga-

do). Ciertamente, la ausencia de personalidad jurídica propia remite al sistema de imputación y control de actos característico de las relaciones interorgánicas. No obstante, las concretas tareas que correspondan a estas “formas de organización desconcentrada” así como las facultades de control y supervisión que el municipio desarrolle respecto de ellas siguen dependiendo esencialmente de las opciones organizativas que adopten los propios entes locales en el marco de la legislación autonómica sobre régimen local y de las bases ex art. 149.1.18 CE» [STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 7 b)].

Siendo, pues, claro que el simple cambio de subjetividad de los entes locales de ámbito inferior al municipio no afecta a la sustantividad de estos, hemos considerado que las bases del Estado siguen dejando un amplio espacio de regulación al legislador autonómico. De ahí que pueda entenderse que, tras la entrada en vigor del art. 24 bis LBRL, el art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003 devino incompatible con las bases estatales solo en lo relativo a la concreta consideración subjetiva de tal instituto como ente con personalidad propia y que dicho precepto siguió contemplando, en lo demás, una misma institución del régimen local, la del «ente local menor». Dicho en otras palabras, la nueva base estatal no privó a los entes locales menores de la amplia capacidad de autoorganización que la legislación anterior les otorgaba, circunstancia que determinó que este tipo de ente, por su singularidad jurídica, conservara un cauce formal específico de constitución. Tras la entrada en vigor del art. 24 bis LBRL, el art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003 siguió, pues, regulando pro futuro el procedimiento de constitución de estas organizaciones, resultando, desde ese momento, incompatible con las bases del Estado en materia de régimen local solo en aquellos puntos en los que se refería a su configuración subjetiva como entes «descentralizados» con personalidad jurídica propia, aspectos sobre los que, como ha quedado expuesto, en nada incide el precepto ahora impugnado (art. 19.6 de la Ley 16/2015). El art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003 siguió siendo, pues, el cauce de desarrollo normativo de los entes a los que alude expresamente el art. 86.7 EAC, estando a disposición del legislador autonómico dotarlos, tal y como dicho precepto estatutario prescribe, de un amplísimo grado de autonomía.

De este modo, puede entenderse sin mayor dificultad, en la línea de lo argumentado por la Abogada de la Generalitat, que el art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003 mantuvo su vigencia no solo como «legislación histórica» aplicable a los entes descentralizados que estaban en vías de constitución antes del 1 de enero de 2013, sino también como cauce procedimental específico para la constitución, con posterioridad a dicha fecha,

de los entes locales menores que, al amparo del art. 86.7 EAC, siguen siendo expresión, en su sustantividad como figura del régimen local, de un amplio poder de autoorganización. De ahí que la reforma operada a través del precepto ahora impugnado (art. 19.6 de la Ley 16/2015) no pueda considerarse incompatible, en lo que constituye el núcleo de su innovación normativa, con las bases estatales, pues no incide propiamente en la dimensión subjetiva de los entes de ámbito inferior al municipio, limitándose, como se ha visto, a simplificar el procedimiento de constitución.

Ahora bien, resulta evidente que la Ley reformadora, al retocar las reglas de procedimiento, utiliza un adjetivo que conlleva la caracterización subjetiva que ha devenido incompatible con las nuevas bases. En efecto, en la nueva redacción dada a las reglas procedimentales del apartado c) del art. 79.1 del Decreto Legislativo 2/2003, este incluye de forma expresa el adjetivo «descentralizada» para referirse a la entidad local menor objeto de constitución. Debe, por ello, declararse inconstitucional y nula, por su contradicción con la base estatal, esa concreta referencia. Tal declaración de inconstitucionalidad y nulidad ha de ser extendida, por conexión (art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), al resto de referencias que a dicho vocablo se contienen en el art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003, en particular las que se hacen en la rúbrica del precepto, en el encabezamiento del apartado 1 del mismo («descentralizadas»), en el texto de la letra d) del mismo apartado («descentralizada») y en el texto del apartado 2 del aludido precepto («descentralizada»), toda vez que, si bien no han sido formalmente recurridas por venir contenidas en la anterior redacción de la del Decreto Legislativo 2/2003 que no ha sido modificada, las citadas expresiones, que se ajustaban a la legislación básica anterior, han devenido incompatibles con la normativa básica estatal ahora en vigor. La referencia que el texto del art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003 hace, tras esta declaración de nulidad, a las «entidades locales» o la «entidad local» ha de entenderse referida a los entes locales menores de naturaleza desconcentrada y sin personalidad jurídica a que alude el art. 24 bis LBRL, salvo en aquellos casos en los que sea de aplicación la disposición transitoria quinta de la Ley 27/2013 por tratarse de entes que iniciaron su proceso de constitución antes del 1 de enero de 2013.

Finalmente, sobre una posible incompatibilidad de esa configuración procedimental novedosa con el tenor del art. 24 bis LBRL nada dice el Abogado del Estado en el recurso de inconstitucionalidad, existiendo sobre tal cuestión una ausencia absoluta de carga alegatoria que nos exime de cualquier indagación adicional sobre ese concreto punto, ajeno al debate planteado en el presente proceso constitucional.

Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2017, de 27 de abril, sobre diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados contra los arts. 1, apartados 3, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 16, 17, 21, 30, 31, 36 y 38; 2, apartados 2 y 3; las disposiciones adicionales octava, novena, undécima y decimoquinta; y las disposiciones transitorias primera, segunda, tercera, cuarta y undécima de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Ponente: don Fernando Valdés Dal-Ré.

Extracto de doctrina

[...]

3. *La disposición adicional novena LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.36 de la Ley 27/2013, se impugna por vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada.*

La disposición controvertida incluye una regulación que puede reducirse a dos órdenes de previsiones, tal como hemos apreciado ya al descartar la vulneración de la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 135.5 CE (STC III/2016, FJ 4). Hay, por un lado, normas «generales» destinadas a racionalizar la Administración instrumental de las corporaciones locales. Se trata, en particular, de una doble prohibición. Conforme a la primera, los entes instrumentales («organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes») adscritos o vinculados a (o dependientes de) las corporaciones locales no pueden adquirir, constituir ni participar en la constitución de nuevos entes instrumentales. En consonancia con esta prohibición, las corporaciones locales tienen la obligación de alterar el régimen de adscripción de las entidades instrumentales que estén efectivamente vinculadas a otras entidades instrumentales; todas las entidades de ese tipo han de depender directamente de la corporación local (apartados 3 y 4, primer párrafo). La otra prohibición consiste en que las corporaciones locales no pueden adquirir, constituir ni participar con carácter general en la constitución de nuevos entes instrumentales durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste (apartado 1). Hay, por otro lado, una serie de medidas «coyunturales» asociadas a este régimen general. Tales medidas, en resumen, obligan a que, a determinada fecha, estén disueltas las entidades instrumentales que no se hallen adscritas o

directamente vinculadas a las corporaciones locales, así como las que hayan sido incapaces de corregir su situación de desequilibrio financiero; de otro modo, la supresión se produce automáticamente por ministerio de la ley (apartados 2 y 4).

La doble prohibición encerrada en la disposición adicional novena LBRL (apartados 1, 3 y 4, primer párrafo) interfiere en la capacidad de organización que ha de corresponder a los municipios, provincias e islas (arts. 137, 140 y 141.1 CE), pero lo hace legítimamente. Que los entes instrumentales vinculados a las corporaciones locales no puedan crear ni participar en la creación de otros entes instrumentales no supone, en rigor, la proscripción de la descentralización funcional como técnica organizativa; supone que la decisión de emplear esta técnica debe corresponder necesariamente a los órganos de gobierno de la corporación y, entre ellos, al pleno [art. 85 bis a) LBRL]. La otra prohibición de creación de entes instrumentales pesa ya, directamente, sobre la propia corporación (disposición adicional novena LBRL, apartado 1), pero está configurada como una consecuencia del incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; tal prohibición rige solo «durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste». No se produce, en consecuencia, la vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141.1 CE).

En cuanto a las medidas «coyunturales» (disposición adicional novena LBRL, apartados 2 y 4), la STC 41/2016, FFJJ 7 c), 8 b) y 11 c), examinó ya otros preceptos que prevén también la extinción de estructuras de diverso tipo (entes locales menores, mancomunidades, instrumentos de cooperación) ante el incumplimiento de determinadas obligaciones (presentación de cuentas, adaptación de sus estatutos a la LBRL, obligaciones de estabilidad presupuestaria: disposiciones transitorias cuarta y undécima y adicional novena de la Ley 27/2013). A través de ellos y del precepto ahora examinado (en relación con «organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes»), el Estado no impone por sí, directamente, la supresión de entidades de diverso signo. Configura la desaparición como una consecuencia jurídica ope legis asociada al incumplimiento o como una potestad que pueden ejercer las comunidades autónomas o los propios entes locales, según los casos, una vez apreciado el señalado incumplimiento.

Cabe descartar, en consecuencia, que las previsiones impugnadas de la disposición adicional novena LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.36 de la Ley 27/2013, vulneren la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141.1 CE).

4. *Se impugna el artículo 218 del texto refundido de la Ley de haciendas locales, en la redacción dada por el art. 2.3 de la Ley 27/2013, por vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada. Conforme a este artículo, el órgano interventor informará al Tribunal de Cuentas (apartado 3) y al pleno –en «un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria»– de las resoluciones del presidente de la corporación local «contrarias a los reparos efectuados», así como de las «principales anomalías detectadas en materia de ingresos», ciñendo su informe a «aspectos y cometidos propios del ejercicio de la función fiscalizadora, sin incluir cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones que fiscalice» (apartado 1, párrafos primero y segundo). Por su parte, el presidente de la corporación, si lo estima conveniente, puede justificar su actuación ante el pleno (apartado 1, párrafo tercero) y elevar la resolución de las discrepancias al «órgano de control competente por razón de la materia de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera» (apartado 2).*

Según lo ya razonado, las funciones de control interno, en sus distintas modalidades (intervención, control financiero, incluida la auditoría de cuentas, y control de eficacia), son perfectamente compatibles con la garantía constitucional de la autonomía local (STC 111/2016, FJ 5). La STC 143/2013, de 11 de julio, FJ 10, al abordar el control de eficacia que el artículo 136 LBRL atribuye al interventor municipal, declaró que ni el control interno «ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE». Por lo demás, la STC 41/2016, FJ 14, se ha apoyado en este argumento para descartar, igualmente, que la nueva redacción del artículo 85.2 LBRL vulnere el artículo 137 CE por prever un informe del interventor local sobre sostenibilidad financiera.

El impugnado artículo 218.1, párrafo primero, del texto refundido de la Ley de haciendas locales se refiere a la función interventora, precisando que no alcanza a las «cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones que fiscalice». Queda expresamente prohibido, por tanto, que el órgano interventor ponga reparos a las opciones políticas o discrecionales de los órganos de gobierno de la corporación, que son quienes cuentan con legitimidad democrática inmediata. En todo caso, los diversos apartados del art. 218 del citado texto refundido no amplían estrictamente las funciones fiscalizadoras del órgano interventor.

Se limitan a facilitar el desarrollo de los controles ya previstos en otras normas del ordenamiento jurídico mediante técnicas de transparencia y comunicación del órgano interventor con el pleno de la corporación y el Tribunal de Cuentas, por un lado, y del presidente con el pleno y la Comunidad Autónoma o el Estado, por otro. Se trata de relaciones de colaboración (interorgánicas e interadministrativas) y, más precisamente, de mecanismos informativos –no decisorios– destinados a permitir el control –y la eventual exigencia de responsabilidades políticas– por parte del órgano representativo de la corporación y, en general, la fiscalización en términos de legalidad, eficacia y eficiencia de las cuentas locales. A este respecto, hemos señalado, al referirnos al art. 213 del texto refundido de la Ley de haciendas locales, en la redacción dada por el art. 2.2 de la Ley 27/2013, que «la simple obligación de remitir un informe no puede vulnerar la garantía constitucional de la autonomía local (art. 137, 140 y 141 CE), como tampoco la previsión de aquellos controles internos» (STC 111/2016, FJ 5).

El art. 218.2 del texto refundido, en particular, regula una relación de colaboración voluntaria entre dos Administraciones de distinto nivel territorial, más que una relación interadministrativa de control. La Comunidad Autónoma o el Estado –según quien tenga atribuida la tutela financiera– intervienen, no estrictamente para controlar a la entidad local, sino para cooperar con ella precisamente porque esta, a través de su presidente, ha solicitado su colaboración. Se trata de que la Administración autonómica o estatal coadyuve a la superación de las divergencias suscitadas entre dos órganos de un ente local, uno de intervención y otro de gobierno –el presidente–, que es quien recaba el auxilio o colaboración. No se está, pues, estrictamente, ante un control externo de legalidad que, en cuanto tal, deba estar regulado con precisión y tener por objeto actos que involucren intereses supralocales [STC 154/2015, FJ 6 b), que sistematiza la doctrina de las SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, y 14/1981, de 29 de abril, FJ 6]. Se trata de un desarrollo del principio constitucional de colaboración «consustancial al Estado autonómico» (por todas, STC 200/2009, de 28 de septiembre, FJ 5).

Consecuentemente, el precepto impugnado en modo alguno regula tutelas sobre el presidente de la corporación local inconciliables con su legitimación democrática ni mucho menos supone la subordinación del pleno a las decisiones de otras Administraciones públicas. Procede, en consecuencia, desestimar la impugnación del art. 218 del texto refundido de la Ley de haciendas locales, en la redacción dada por el art. 2.3 de la Ley 27/2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2017, de 27 de abril, sobre diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía contra los apartados 3, 5, 8, 9, 10, 16, 17, 21, 25, 30, 31, 36, 38 del artículo 1, los apartados 2 y 3 del artículo 2, así como disposiciones adicional decimoquinta y transitorias primera a cuarta y undécima de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, por vulneración de las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma, de la autonomía local constitucionalmente garantizada y de otros preceptos constitucionales y estatutarios.

Ponente: don Andrés Ollero Tassara.

Extracto de doctrina

[...]

3. *Se impugna el artículo 92 bis LBRL (en la redacción dada por el artículo 1.25 de la Ley 27/2013), que establece una regulación sobre los «funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional» sustitutiva del régimen de «funcionarios con habilitación de carácter estatal» previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, que queda expresamente derogado (disposición derogatoria de la Ley 27/2013). Vulneraría la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141.1 CE) e invadiría las competencias estatutarias de ejecución de las comunidades autónomas.*

a) La LBRL transformó los clásicos cuerpos nacionales de secretarios, interventores y depositarios –luego tesoreros– en «funcionarios con habilitación de carácter nacional» y funciones de secretaría, comprensiva de la fe pública y del asesoramiento legal preceptivo, así como de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, contabilidad, tesorería y recaudación (art. 92.3). El Estado se reservó buena parte de las competencias relativas a este colectivo funcional, incluidas las de carácter ejecutivo: «la selección, formación y habilitación» de estos funcionarios «corresponde al Instituto de Estudios de Administración Local, conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente» (art. 98.1). No obstante, admitió la descentralización territorial de las pruebas de selección para el acceso a los cursos de formación, así como la delegación de

esta formación en los institutos o escuelas de funcionarios de las comunidades autónomas (art. 98.1). A su vez, la convocatoria de los concursos «anuales» (ahora concursos «ordinarios») para la cobertura de las vacantes correspondía a las comunidades autónomas, si bien el Estado «determinará la fecha» de esa convocatoria y efectuará por sí, «supletoriamente», las que «no se realicen según lo previsto en esta Ley por las comunidades autónomas» (art. 99.2).

Reformas sucesivas ampliaron en alguna medida los márgenes de intervención de las propias entidades locales y las comunidades autónomas (disposición adicional octava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre; Ley 10/1993, de 21 de abril, y disposición adicional novena de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre). La disposición adicional segunda LEEP acabó reconociendo a las segundas prácticamente todas las tareas de ejecución no encomendadas a las primeras: aprobación de la oferta de empleo público, convocatoria y realización de las pruebas selectivas (ajustada a los títulos académicos requeridos y programas mínimos aprobados reglamentariamente por el entonces Ministerio de Administraciones Públicas), nombramiento provisional, acumulaciones, comisiones de servicios y nombramientos de personal interino y accidental, inscripción de nombramientos e incidencias en registros propios, así como resolución de los procedimientos disciplinarios, salvo los tramitados respecto de funcionarios situados en una comunidad distinta de la que incoó el expediente (apartados 4, párrafos primero y segundo, 5.3 y 6, primer párrafo). Reservó al entonces Ministerio de Administraciones Públicas, además de la resolución de esos concretos procedimientos disciplinarios, únicamente la convocatoria del denominado concurso «supletorio» (ahora denominado «unitario»), remitiendo su régimen al desarrollo reglamentario e indicando que, en todo caso, las bases deberán incorporar los méritos generales, los de valoración autonómica y los que las comunidades autónomas hayan establecido con relación al conocimiento de la lengua; así como la recepción de «la relación de funcionarios nombrados» por las comunidades autónomas para su «acreditación» e «inscripción» en el «registro de funcionarios con habilitación de carácter estatal», que «integrará las inscripciones practicadas en los registros propios de las comunidades autónomas» (apartado 4, párrafos segundo y tercero). El artículo 92 bis LBRL ha invertido claramente la tendencia indicada con el objetivo de «garantizar la profesionalidad y la eficacia del control interno» de la actividad local, así como «reforzar» la «independencia de los funcionarios con habilitación de carácter nacional

«respecto a las entidades locales en las que prestan sus servicios» (exposición de motivos de la Ley 27/2013). Mediante la reordenación de competencias (y la introducción de mayores restricciones a la libre designación como sistema de provisión), pretende asegurar la independencia de estos órganos de control respecto de las corporaciones controladas y, en general, alejar lo más posible del ente local la toma de decisiones sensibles relacionadas con secretarios e interventores, todo ello para asegurar su despolitización, así como unas condiciones mínimas de igualdad en el régimen de unos funcionarios «habilitados» con carácter «nacional». No obstante, la nueva regulación no llega a retomar el anterior sistema de cuerpos nacionales ni siquiera el régimen originario de la Ley de bases del régimen local sin que, por tanto, haya recentralizado el conjunto de tareas ejecutivas relativas a este colectivo funcional.

Establece, por un lado, que la «aprobación de la oferta de empleo público, selección, formación y habilitación de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional» vuelve a corresponder «al Estado, a través del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente» (apartado quinto). El Estado sigue convocando el concurso «unitario», cuyo régimen queda por completo remitido al desarrollo reglamentario (apartado 6, párrafo tercero); autoriza a partir de ahora la cobertura por el procedimiento de libre designación de puestos de trabajo reservados a este colectivo funcional que tengan asignadas funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera, contabilidad, tesorería o recaudación (apartado 6, párrafo cuarto); informa con carácter preceptivo el cese de los funcionarios que tengan asignadas las funciones apenas mencionadas (apartado 6, párrafo quinto); en circunstancias excepcionales, efectúa nombramientos provisionales (apartado octavo); sigue llevando el registro de este colectivo funcional, que integrará las inscripciones practicadas en los registros propios de las comunidades autónomas (apartado noveno); incoa los procedimientos disciplinarios, aunque solo «cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves, tipificadas en la normativa básica estatal» [apartado décimo, letra c)]; e impone sanciones disciplinarias, «cuando la sanción que recaiga sea por falta muy grave, tipificada en la normativa básica estatal» [apartado undécimo, letra a)].

Por su parte, las comunidades autónomas retienen las siguientes competencias con relación a los «funcionarios de administración local de

carácter nacional»: fijación de los méritos correspondientes a especialidades de la Comunidad Autónoma (cuya puntuación podrá alcanzar hasta un 15 por 100; apartado sexto, segundo párrafo); recepción y publicación en su diario oficial de las convocatorias de concursos «ordinarios» (que vuelven a ser de ámbito estatal) efectuadas por las corporaciones locales (apartado sexto, tercer párrafo); nombramientos provisionales, comisiones de servicios, acumulaciones, así como nombramientos de personal interino y accidental (apartado séptimo); inscripción en sus registros propios de los nombramientos, situaciones administrativas, tomas de posesión, cese y demás incidencias (apartado noveno); incoación de los procedimientos disciplinarios respecto a funcionarios de corporaciones locales de su ámbito territorial, salvo cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves tipificadas en la normativa básica estatal [apartado décimo, letra b)]; e imposición de sanciones disciplinarias de suspensión de funciones y destitución que no correspondan al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por recaer sobre una falta muy grave tipificada en la normativa básica estatal [apartado undécimo, letra b)].

b) Según el letrado autonómico, el artículo 92 bis LBRL vulneraría la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141.1 CE). Esta obliga al legislador a graduar el alcance o intensidad de la intervención local en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales en el asunto de que se trate (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 9; y 51/2004, de 13 de abril, FJ 9). El legislador debe, por tanto, asegurar a los entes locales niveles de capacidad decisoria tendencialmente correlativos a la intensidad de los intereses locales implicados [entre otras, SSTC 154/2015, FJ 6 a), 41/2016, FFJJ 9, 11 b), 111/2016, FFJJ 9 y 12 c)]. La STC 152/2016, de 22 de septiembre, FJ 6, lo expresa del modo siguiente: para valorar si el legislador ha vulnerado la indicada garantía «corresponde determinar: i) si hay intereses supralocales que justifiquen [...] esta regulación; ii) si el legislador [...] ha ponderado los intereses municipales afectados; y iii) si ha asegurado a los ayuntamientos implicados un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses. Todo ello sobre la base de que [el legislador] puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración a la hora de distribuir funciones, pero garantizando el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración».

Consecuentemente, hemos de tomar en consideración la relación existente entre intereses locales y supralocales para valorar si el artículo 92 bis LBRL, al sustraer del ámbito local relevantes decisiones administrativas atinentes a los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional, ha respetado la garantía constitucional de la autonomía local.

El legislador estatal ha diseñado un sistema de controles internos destinado a asegurar la independencia y profesionalidad de los secretarios e interventores –los órganos de control– respecto de las corporaciones locales –las entidades controladas–. Nuestro ordenamiento viene desarrollando este modelo al exigir que el «personal controlador» de las corporaciones locales actúe «con plena independencia» (arts. 222 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales y 92.3 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.24 de la Ley 27/2013) y mediante una serie de normas que tratan de instrumentar este objetivo. Entre otras, la reserva a «funcionarios de carrera» de ese tipo de funciones «para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia» en su ejercicio (art. 92.3 LBRL) y, en particular, la reserva a funcionarios «con habilitación de carácter nacional» de las tareas de secretaría e intervención, «necesarias en todas las corporaciones locales» (art. 92 bis, apartado primero, LBRL, añadido por el art. 1.25 de la Ley 27/2013).

Entre esas normas, se hallan, precisamente, las que alejan del nivel local determinadas decisiones relacionadas con el reclutamiento, formación y sanción de los funcionarios con habilitación de carácter nacional. El legislador básico viene encomendando al Estado y a las comunidades autónomas las más relevantes decisiones relacionadas con aquellos aspectos para evitar que quien las tome sea la corporación local que aquellos funcionarios han de controlar. La centralización de esas decisiones en el Estado o las comunidades autónomas sirve de este modo a los principios constitucionales de legalidad (arts. 9, apartados 1 y 3, 103.1 y 133.4 CE), eficiencia y economía (art. 31.2 CE), asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE), subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE), estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) y control (art. 136 CE). Resultan así más que evidentes los intereses o bienes de alcance supralocal que justifican que no corresponda a los entes locales la serie anteriormente expuesta de tareas que el artículo 92 bis LBRL atribuye al Estado. Otro tanto cabe afirmar respecto de las tareas que tampoco corresponden a los entes locales por tenerlas atribuidas las comuni-

dades autónomas, a las que hemos hecho ya referencia también. Por lo demás, el artículo 92 bis LBRL no ha excluido por completo la participación de los entes locales en las tareas de selección, formación y disciplina relativas a los funcionarios con habilitación nacional llamados a controlar su actividad. El precepto impugnado atribuye algunas competencias ejecutivas a las corporaciones locales: la fijación de los «méritos correspondientes a las especialidades de la Corporación local», la aprobación de las bases del «concurso ordinario» y la cobertura de puestos de trabajo reservados a estos funcionarios por el procedimiento de libre designación (posible solo excepcionalmente en determinados entes locales) del apartado sexto, así como la instrucción y resolución de determinados procedimientos disciplinarios (apartado 10).

A la vista de todo lo razonado, cabe apreciar, en lo que atañe a la selección y a las tareas administrativas relacionadas con los funcionarios con habilitación de carácter nacional (art. 92 bis LBRL), que el legislador básico no ha vulnerado la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141.1 CE). No suprime por completo la capacidad decisoria local; la restringe. Ciertamente, la capacidad decisoria efectivamente reconocida está muy limitada; el precepto controvertido eleva a los niveles autonómico y estatal la mayor parte de las decisiones administrativas relativas a estos funcionarios. No obstante, tales límites son tendencialmente correlativos a la intensidad de los intereses de alcance supralocal que el legislador básico trata de proteger. Por lo demás, este Tribunal ha tenido ya oportunidad de señalar que los controles internos de la actividad local –como mecanismos de fiscalización articulados en el seno de la propia corporación con garantías específicas de independencia y profesionalidad– son perfectamente compatibles con la autonomía local constitucionalmente garantizada [SSTC 143/2013, FJ 10; 41/2016, FJ 14, y 111/2016, FJ 5 b)].

Consecuentemente, corresponde descartar que el artículo 92 bis LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.25 de la Ley 27/2013, vulnere la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141.1 CE).

c) Resta determinar si el artículo 92 bis LBRL invade las competencias autonómicas de ejecución en materia de régimen local, tal como denuncia el Parlamento territorial recurrente. A tal fin, corresponde previamente precisar y encuadrar la controversia competencial planteada.

Las normas destinadas a asegurar la independencia y profesionalidad de los secretarios e interventores –los órganos de control– respecto de las corporaciones locales –las entidades controladas–, hallan cobertura en el artículo 149.1.18 CE como bases en materia de función pública local (STC 32/2002, de 14 de febrero, FFJJ 5 y 8). A su vez, cabe reconducir a la competencia normativa plena sobre haciendas locales (art. 149.1.14 CE) el «régimen de controles internos de la actividad local destinado a proteger la integridad de los caudales públicos, así como la legalidad, eficacia y eficiencia en su gestión». Así lo ha declarado recientemente, sin perjuicio del alcance necesariamente circunscrito de este título competencial, la STC 111/2016, FJ 5 b), que aplicó a este respecto la doctrina sentada en las SSTC 130/2013, de 4 de junio, FJ 5, y 135/2013, de 5 de junio, FJ 3 b). Se afirma en este sentido que el artículo 149.1.14 CE da cobertura a regulaciones sobre «la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE); asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE); estabilidad presupuestaria (art. 135 CE; STC 134/2011, de 20 de julio); y control (art. 136 CE)».

En ejercicio de las competencias legislativas ex artículo 149.1.14 y 18 CE, el Estado puede también atribuir a los entes locales tareas de gestión, administración o ejecución respecto de los controles de la actividad local, incluyendo las relativas a los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional. La STC 111/2016, FJ 5, declaró en este sentido que puede resultar «compatible con aquella competencia autonómica [la tutela financiera de los entes locales como competencia ejecutiva] que el Estado atribuya tareas ejecutivas relacionadas con la actividad local económico-financiera, no a las comunidades autónomas, sino a los propios entes locales». A este respecto, el artículo 92 bis LBRL atribuye algunas competencias ejecutivas a las corporaciones locales, según hemos visto.

El recurso de inconstitucionalidad no ha puesto en cuestión esta opción político-legislativa favorable a la independencia y profesionalización de los secretarios e interventores ni reivindica para las comunidades autónomas el régimen jurídico de los controles internos económico-financieros y de legalidad de la actividad local. Tampoco cuestiona que el Estado haya atribuido a los entes locales determinadas tareas de gestión o administración. Discute solo las funciones

ejecutivas que el Estado ha atraído para sí en los apartados 5 y 6 del nuevo artículo 92 bis LBRL. Si en esta materia la Constitución atribuye al Estado únicamente competencias normativas, la recentralización señalada supondría la extracción a las comunidades autónomas de funciones ejecutivas que les corresponden por virtud de los estatutos de autonomía.

d) El régimen local (art. 149.1.18 CE) y las haciendas locales (art. 149.1.14 CE) son, en efecto, materias respecto de las que el Estado tiene atribuidas competencias de diversa índole (compartida y plena, respectivamente), pero, en todo caso, competencias legislativas; carecen de cobertura, con carácter general, las tareas estatales de gestión o administración en esas materias. Lo ha reafirmado la STC 111/2016, FJ 12 d), refiriéndose al artículo 149.1.18 CE: la competencia estatal «alcanza solo a la regulación, y ni siquiera toda ella; está limitada a las bases»; de modo que la «función ejecutiva» corresponde a las comunidades autónomas que la tengan estatutariamente atribuida. Ello implica que, por virtud de la atribución estatutaria de competencias ejecutivas en materia de régimen local, corresponden, en principio, a las comunidades autónomas todas las tareas de administración relacionadas con los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional que el Estado no haya atribuido a los propios entes locales. Ahora bien, resulta igualmente cierto que el Estado puede llegar a atribuirse tareas de ejecución que, en principio, corresponden a las comunidades autónomas. Las competencias estatales de carácter normativo pueden llegar a dar cobertura a tareas de simple ejecución, sin perjuicio de que ello solo quepa en supuestos limitados y excepcionales. Según declaró la STC 147/1991, de 4 de julio, FJ 4 C, los «actos que merezcan la calificación de básicos no pierden tal consideración», aunque se «dificulte o impida» la «adopción de determinados actos de ejecución» por parte de las comunidades autónomas, en «aquellos casos en los que la actuación estatal venga justificada por alguna de las razones que se dejan expuestas u otras de igual o análogo sentido y alcance excepcionales». La enumeración no taxativa de supuestos «muy excepcionales» que recoge la Sentencia es la siguiente: «cuando el acto de ejecución afecta a intereses de varias comunidades autónomas o comporte márgenes amplios de discrecionalidad que solo puedan ser encomendados a instancias generales –SSTC 1/1982 y 44/1982–; se produzcan situaciones de urgencia y sea preciso evitar daños irreparables o se trate de preservar la normativa de una institución considerada básica y por vía de conexión –STC 75/1983–, pronunciándose

en el mismo sentido las SSTC 48/1988 y 49/1988, en la primera de las cuales se establece que “excepcionalmente pueden considerarse básicos ciertos actos de ejecución, cuando por la naturaleza de la materia resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases”, diciéndose en la segunda de dichas sentencias, “que las bases pueden contener regulaciones detalladas de materia, aspectos concretos e incluso actos de ejecución” “cuando sean realmente imprescindibles para el ejercicio efectivo de competencias establecidas”». La Sentencia concluye que «deberá, en cada caso concreto, examinarse si» «el acto de ejecución realizado por instancias centrales goza de cobertura justificativa suficiente por responder a la necesidad de asegurar los fines de unidad normativa mínima que legitima la competencia básica estatal».

En relación con la materia que aquí interesa, cabe contar entre aquellos supuestos limitados y excepcionales varios controles sobre la actividad local; la titularidad autonómica de las competencias de gestión no llega a impedir la ejecución por parte del Estado de ciertos controles. Así, algunos relacionados con la deuda local (STC 120/2012, de 4 de junio, FFJJ 6 a 8, citando las SSTC 56/1983 y 57/1983, ambas de 28 de junio) y el ejercido por el Tribunal de Cuentas sobre las cuentas locales (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 28, citando la STC 187/1988, de 17 de octubre, FFJJ 8 y 9). También los controles de legalidad de la actividad local que la Ley de bases del régimen local atribuye a la Administración General del Estado [por todas, STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 b)]: la suspensión acordada por el Delegado del Gobierno, previo requerimiento infructuoso al ente local, de actos que atenten gravemente contra el interés general de España, seguida de su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 67 LBRL); la sustitución del ente local por parte de la Administración estatal por incumplimiento que afecte gravemente a las competencias estatales de las obligaciones legalmente impuestas que cuenten con cobertura económica garantizada (art. 60 LBRL); y la disolución de los órganos de la corporación local, acordada por el Consejo de Ministros a iniciativa propia y con conocimiento del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma correspondiente o a solicitud de este y, en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado, en el supuesto de que la gestión de dichos órganos sea gravemente dañosa para los intereses generales y suponga un incumplimiento de sus obligaciones constitucionales (art. 61 LBRL).

Los controles de la actividad local a los que se refiere el nuevo artículo 92 bis LBRL los ejecuta, no la Administración General del Estado, sino funcionarios de la propia corporación local. Por eso las leyes califican estos controles de «internos» [arts. 92 bis, apartado 1 a), LBRL y 213 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales]. La actividad estatal de gestión o administración no se produce mediante el ejercicio en sí del control; se refiere a facultades relacionadas con la selección, formación y régimen disciplinario de los funcionarios locales que disponen de la «habilitación de carácter nacional» para llevarlo a cabo; facultades que ha asumido el Estado con la finalidad de que el control, no por interno, deje de ser propiamente control, esto es, para que la fiscalización corra a cargo de funcionarios especializados e independientes.

Corresponde, pues, determinar si el Estado puede apoyarse en los números 18 y 14 del artículo 149.1 CE para, por excepción, atraer competencias que de otro modo corresponderían a las comunidades autónomas por virtud de sus estatutos y, más precisamente, para instrumentar una política de profesionalización e independencia de los secretarios e interventores basada en el máximo alejamiento de los entes locales (y centralización consecuente) de relevantes funciones de gestión relacionadas con el reclutamiento, la formación y la disciplina de estos funcionarios.

e) Este Tribunal se pronunció específicamente sobre esta cuestión en los primeros años del sistema constitucional, cuando la democracia local era incipiente y el Estado de las Autonomías estaba aún desplegándose. Antes de la aprobación de la Ley de bases del régimen local, cuando existían solo unas pocas comunidades autónomas, se plantearon los conflictos competenciales tramitados con los números 223-1981 y 228-1981, que obligaron a este Tribunal a «decidir si la selección de funcionarios pertenecientes a los cuerpos nacionales de Secretarios, Interventores y Depositarios de Fondos de Administración Local y su adscripción a plazas determinadas, pertenece o no al núcleo de las “bases” de la regulación de la materia indicada» (STC 25/1983, de 7 de abril, FJ 4).

El Tribunal admitió que «la convocatoria y la resolución de los concursos para cubrir plazas de funcionarios pertenece al marco de la ejecución de la normativa vigente» y, por tanto, que esa decisión corresponde, en principio, por virtud de sus estatutos, a las comunidades autónomas; el Estado podría atribuírsela solo «si de algún modo tuviera que entenderse incardinada en las “bases”». Concluyó que en

este caso los señalados actos de aplicación o ejecución podían reputarse básicos: «Al resolver esta cuestión manejando el concepto de la jurisprudencia de este Tribunal que antes recordamos, tenemos que establecer que ha de considerarse como básica dentro del ordenamiento jurídico actualmente vigente la existencia de los cuerpos de funcionarios citados como cuerpos de carácter nacional y la selección de los funcionarios dentro de los citados cuerpos. Puede, asimismo, considerarse como básico que el sistema utilizado para la adscripción de tales funcionarios a plazas concretas sea el de concurso de carácter nacional, pues ello otorga a los funcionarios en cuestión una igualdad de oportunidades y permite una valoración objetiva de los méritos, garantizando asimismo los derechos de los administrados en la misma forma en todo el territorio nacional. Todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de una institución considerada como básica, debe ser entendido asimismo como básico por vía de consecuencia o de conexión. De esta manera, si hemos considerado que es básica en el ordenamiento jurídico vigente la existencia de un cuerpo de funcionarios de alta cualificación, tiene que ser cierto que ha de poseer la misma connotación todo aquello que preserve la existencia de ese cuerpo y ello permitirá proscribir lo que lo haga desaparecer o lo menoscabe» (STC 25/1983, de 7 de abril, FJ 4).

Superada esta etapa inicial, cabe apreciar a este respecto, en primer lugar, que no ha resultado indiferente la definitiva implantación del Estado autonómico ni que las comunidades autónomas hayan asumido y vengán ejerciendo las competencias ejecutivas en materia de régimen local. Teniendo en cuenta estas competencias estatutarias, así como la autonomía, tanto de las «nacionalidades» y «regiones» (art. 2 CE) como de los entes locales (arts. 139, 140 y 141.1 CE), el Estado ha excluido definitivamente el sistema de cuerpos nacionales, asumiendo a lo largo de los años más o menos competencias ejecutivas relativas a este colectivo funcional; competencias que, en consecuencia, vienen repartiéndose (entre las corporaciones locales, las comunidades autónomas y el propio Estado) en diversas formas y proporciones. Así, la Ley de bases del régimen local, además establecer el sistema de funcionarios locales con habilitación de carácter nacional, dejó de atribuir al Estado las facultades de convocatoria de plazas, publicación de esta y nombramiento en el País Vasco, pasando a corresponder a las instituciones forales de los territorios históricos, «de conformidad con la disposición adicional primera de la Constitución y los artículos 10.4 y 37 del Estatuto de Autonomía del País Vasco» (disposición adi-

cional segunda, apartados 7 y 8); previsión cuya inconstitucionalidad descartó este Tribunal (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 26). A su vez, según ha quedado ya expuesto, la disposición adicional segunda LEEP dejó de centralizar la mayor parte de estas competencias, pasando el conjunto de las comunidades autónomas, por virtud de sus atribuciones estatutarias, a ejercer prácticamente todas las tareas de ejecución no conferidas a los entes locales sin que ello suscitase controversias competenciales ante este Tribunal.

Cabe constatar, en segundo lugar, que todavía hoy subsisten las razones constitucionales que aconsejaron entonces admitir la no inconstitucionalidad de una política estatal favorable al máximo alejamiento de las corporaciones locales en cuanto a la toma de determinadas decisiones relativas a este colectivo funcional. De ahí que la doctrina constitucional de la STC 25/1983, FJ 4, haya sido reiterada en las SSTC 214/1989, FJ 25, y 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 9, que abordaron ya el nuevo sistema de funcionarios locales de carácter nacional, refiriéndose a aspectos tales como la formación y el régimen disciplinario.

A la vista de todo ello, cabe insistir en que todas las tareas de ejecución relacionadas con los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional corresponden, en principio, a las comunidades autónomas por virtud de sus estatutos, que les atribuyen las competencias de ejecución relacionadas con el régimen local. No obstante, el Estado puede por excepción llegar a atraer algunas de estas tareas al amparo de los números 18 y 14 del artículo 149.1 CE. Tales títulos dan cobertura, no solo a la aprobación de un régimen jurídico de los controles internos de la actividad local; autorizan también una política que, destinada a realizar los principios constitucionales de legalidad (arts. 9, apartados 1 y 3, 103.1 y 133.4 CE), eficiencia y economía (art. 31.2 CE), asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE), subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE), estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) y control (art. 136 CE), centralice determinados controles o facultades de selección, formación y sanción de los funcionarios locales con habilitación nacional para llevarlos a cabo, pero solo por excepción, sin impedir los controles de las propias comunidades autónomas y sin excluir que estas intervengan en el reclutamiento, formación y sanción de ese colectivo funcional.

Cabe apreciar que el artículo 92 bis LBRL refuerza las competencias estatales sin rechazar un desarrollo autonómico de relevantes tareas

administrativas que trae causa en última instancia de la atribución estatutaria de competencias ejecutivas. Según se ha visto, corresponde a las comunidades autónomas la recepción y publicación en su diario oficial de las convocatorias de concursos «ordinarios» efectuadas por las corporaciones locales (apartado 6, tercer párrafo); nombramientos provisionales, comisiones de servicios, acumulaciones, así como nombramientos de personal interino y accidental (apartado 7); inscripción en sus registros propios de los nombramientos, situaciones administrativas, tomas de posesión, cese y demás incidencias (apartado 9); incoación de los procedimientos disciplinarios respecto a funcionarios de corporaciones locales de su ámbito territorial, salvo cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves tipificadas en la normativa básica estatal [apartado 10 b)]; e imposición de sanciones disciplinarias de suspensión de funciones y destitución que no correspondan al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por recaer sobre una falta muy grave tipificada en la normativa básica estatal [apartado 11 b)].

Consecuentemente, en lo concerniente a las funciones ejecutivas relacionadas con los funcionarios locales con habilitación nacional, el artículo 92 bis LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.25 Ley 27/2013, no ha llegado a desbordar el artículo 149.1, números 18 y 14, CE sin que, por tanto, haya invadido las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas.

4. Se impugna asimismo la disposición transitoria undécima de la Ley 27/2013, por limitar el objeto de las mancomunidades, haciéndolo coincidir con actividades reconducibles a las competencias y servicios enumerados en los artículos 25 y 26 LBRL (en la redacción dada por los apartados 8 y 9, respectivamente, del artículo 1 de la Ley 27/2013). Según el letrado del Parlamento de Andalucía, esta previsión, además de invadir las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma –queja ya desestimada por remisión a la STC 41/2016, FJ 8 b)–, vulneraría el derecho fundamental de asociación de los municipios (art. 22 CE) y el principio general de coordinación (art. 103 CE).

Ciertamente, la Carta Europea de la Autonomía Local y la LBRL hacen referencia al «derecho de asociación de las entidades locales» «para la realización de tareas de interés común» (artículo 10.1 de la Carta europea de la autonomía local) o al «derecho» de los municipios «a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia» (art. 44.1 LBRL). A su vez, el modo en que el legislador básico configura

este derecho cobra, indudablemente, relevancia constitucional. Ahora bien, la configuración legislativa de este «derecho de asociación» resulta constitucionalmente relevante bajo la óptica de la garantía de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). El derecho a promover la gestión mancomunada de los servicios públicos es, simplemente, una expresión o desarrollo de la autonomía que tienen constitucionalmente reconocida los municipios (arts. 137 y 140 CE). De este modo una regulación de este «derecho de asociación» podría vulnerar, en su caso, no el artículo 22 CE, sino los artículos 137 y 140 CE, que son los que garantizan al poder público municipal ámbitos de decisión relativos a su propia organización y a la gestión de los asuntos que le incumben.

A la vista de la STC 41/2016, FJ 8 b), cabe desestimar el motivo de impugnación que plantea el Parlamento andaluz en el marco del artículo 22 CE –e invocando genéricamente el artículo 103 CE–, aun entendido más propiamente como una denuncia de vulneración de la garantía constitucional de la autonomía local. Allí hemos señalado que «el examen de los artículos 25 y 26 LBRL permite afirmar que los ámbitos en los que los ayuntamientos pueden mancomunarse son suficientemente amplios y que el legislador autonómico conserva dentro de ellos (en particular, en los descritos en el artículo 25.2 LBRL que pueden reconducirse a sus atribuciones estatutarias) la competencia para conferir y regular las competencias propias municipales». En el contexto de una regulación afirmada como básica, la ausencia de precisión en la enunciación de materias y servicios (artículos 25 y 26 LBRL) debe interpretarse como un reconocimiento de márgenes de configuración [en parecido sentido, respecto de otros preceptos de la Ley 27/2013: SSTC 41/2016, FJ 7 c); 111/2016, FFJJ 12 a) y c); y 180/2016, FJ 7]. Habrán de ser las comunidades autónomas quienes definan precisamente aquellas materias y servicios a fin de concretar esta restricción del derecho de los municipios a asociarse entre sí en mancomunidades (art. 44.1 LBRL). Más aún, no puede desdeñarse el relevante papel que han de tener los propios municipios en cuanto a la definición del régimen de las mancomunidades: «las técnicas organizativas y los instrumentos de cooperación forman parte, de entrada, de la potestad de autoorganización local y de las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las comunidades autónomas» [STC 41/2016, FJ 8 b)].

Corresponde, en consecuencia, desestimar estos motivos de impugnación de la disposición transitoria undécima de la Ley 27/2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2017, de 11 de mayo, sobre diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de Cataluña contra la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, por vulneración de las competencias de la Generalitat, su autonomía financiera, la autonomía local, las reservas de ley orgánica y otros preceptos constitucionales y estatutarios.

Ponente: don Santiago Martínez-Vares García.

Extracto de doctrina

[...]

3. Se impugnan el artículo 27 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.10 de la Ley 27/2013) y las disposiciones adicional novena.1 y transitoria undécima de la Ley 27/2013 por vulneración de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE).

a) La impugnación parte de una determinada interpretación del artículo 25.2 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.8 de la Ley 27/2013). Según el letrado del Parlamento de Cataluña, este artículo permitiría la atribución de competencias propias municipales únicamente en determinadas materias. En cualesquiera otras, las comunidades autónomas, si quisieran involucrar a los municipios, habrían de hacerlo de otro modo, singularmente mediante la técnica de la delegación (art. 27 LBRL), que presupone la titularidad autonómica del servicio a la vez que permite la aplicación de técnicas de control de la actividad local incompatibles en esencia con el ejercicio de competencias propias.

El artículo 27 LBRL, al regular la delegación de competencias en los entes locales, confirmaría esta interpretación, vulnerando con ello la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). El listado de competencias incluido en artículo 27.3 LBRL vendría a concretar aquella prohibición de atribución de competencias propias. El precepto impugnado pretendería especificar, no ya competencias que pueden atribuirse por delegación, sino competencias que en ningún caso pueden atribuirse como propias. Al fijar un elenco de competencias delegables, la Ley 27/2013 no solo confirmaría aquella interpretación del artículo 25.2 LBRL; también impediría que las comunidades autónomas delegasen

cualesquiera otros servicios. De modo que los listados de materias incluidos en los artículos 25.2 y 27.3 LBRL vendrían a «cerrar» el sistema de competencias municipales, impidiendo que las comunidades autónomas puedan atribuir a los ayuntamientos competencias propias distintas de las previstas en el artículo 25.2 LBRL y competencias delegadas distintas de las recogidas en el artículo 27.3 LBRL.

La disposición adicional novena.1 de la Ley 27/2013, interpretada a la luz de los artículos 25.2 y 27.3 LBRL, vulneraría igualmente la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). Impone la adaptación a las previsiones de la Ley 27/2013 de los «convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos» con «toda clase de entidades locales» que «lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio» de «competencias delegadas o competencias distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27» LBRL. Esta obligación de adaptación sería incompatible con la autonomía local constitucionalmente garantizada por confirmar el criterio de que las comunidades autónomas no están autorizadas a atribuir a los municipios competencias propias distintas de las previstas en el artículo 25.2 LBRL ni competencias delegadas distintas de las recogidas en el artículo 27.3 LBRL.

La disposición transitoria undécima de la Ley 27/2013 sería contraria a la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) por razones similares. La previsión confirmaría la interpretación propuesta de los artículos 25.2 y 27.3 LBRL al establecer que los municipios solo pueden mancomunarse para gestionar conjuntamente las competencias que aquel precepto enumera, además de los servicios previstos en el artículo 26 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley 27/2013). La razón de ser de este límite sería la «política de recentralización» que la Ley 27/2013 ha querido operar sobre las atribuciones municipales, concretada en la voluntad de acotar las competencias propias al ámbito estricto de los artículos 25 y 26 LBRL.

b) El Parlamento de Cataluña ha impugnado el artículo 27.3 LBRL y las disposiciones adicional novena.1 y transitoria undécima de la Ley 27/2013, en resumen, porque al concretar y desarrollar la prohibición general de atribución de competencias propias que entiende incluida en el artículo 25.2 LBRL, vulneraría la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). Para dar respuesta a esta impugnación, es preciso abordar con carácter previo el significado y alcance del nuevo artículo 25.2 LBRL.

El artículo 25.2 LBRL es nada más que «una garantía legal (básica) de autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) a través de la cual el legislador

básico identifica materias de interés local para que dentro de ellas las leyes atribuyan en todo caso competencias propias en función de ese interés local». Así lo ha declarado la STC 41/2016, FJ 10, que insistió en que el artículo 25.2 LBRL no impide que las comunidades autónomas atribuyan competencias propias fuera de las materias enumeradas; pretende que los municipios dispongan de competencias propias al menos («en todo caso») en esas materias. Consecuentemente, «en los ámbitos excluidos del listado del artículo 25.2 LBRL, las comunidades autónomas pueden decidir si, y hasta qué punto, los municipios deben tener competencias propias, pero sujetándose a las exigencias de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 LBRL; además de a las garantías de autonomía local previstas en la Constitución y, en su caso, en los estatutos de autonomía» [STC 41/2016, FJ 10].

Tal interpretación «resulta del tenor literal del artículo 25.2 LBRL» y de otras previsiones (arts. 2.1 y 7.1 LBRL). No es solo que «fluya con naturalidad»; «es que la opuesta que propone el recurso es imposible en ausencia de una determinación legal inequívoca en ese sentido y, además, manifiestamente contraria al sistema constitucional de distribución competencial»: el Estado solo puede prohibir la atribución de competencias propias en el nivel local «cuando tenga la competencia en la materia o sector de que se trate»; «en materias de competencia autonómica, solo las comunidades autónomas pueden [...] prohibir que el nivel local las desarrolle» [STC 41/2016, FFJJ 10, 12 a) y 13 c)].

Comoquiera que el artículo 25.2 LBRL no ha establecido la prohibición general de atribución de competencias municipales propias a la que hace referencia el recurso, la impugnación del artículo 27.3 LBRL y de las disposiciones adicional novena.1 y transitoria undécima ha quedado desprovista de fundamento en buena medida, tal como razonamos a continuación.

c) El apartado tercero del artículo 27 LBRL se limita a enumerar una serie de competencias que «la Administración del Estado y las de las comunidades autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos» con «el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos».

El tenor del precepto impugnado en modo alguno admite la interpretación de que las únicas competencias delegables son las específicamente enumeradas en su apartado tres. Tal como subrayó la STC 41/2016, FJ 11 a), el artículo 27 LBRL «recoge un listado detallado de competencias que el Estado y las comunidades autónomas “podrán delegar” (aparta-

do 3), pero no impone la delegación ni impide que se produzca en otras materias».

Del mismo modo, la literalidad del precepto impugnado impide interpretar que las comunidades autónomas «deben» delegar las competencias enumeradas, sin posibilidad de atribuir las como propias. Afirma terminantemente que «pueden» delegarlas, sin establecer la prohibición de descentralización a que hace referencia el recurrente. A su vez, si el artículo 25.2 LBRL no encierra la prohibición general de atribución de competencias propias que denuncia el Parlamento de Cataluña, el artículo 27.3 LBRL no puede interpretarse sistemáticamente como una especificación de esa prohibición general, esto es, como una suerte de acotación de materias en que queda prohibida la descentralización de tareas en los municipios. El artículo 27 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.10 de la Ley 27/2013, no impide que el Estado y las comunidades autónomas habiliten el ejercicio municipal de competencias propias y delegadas en cualesquiera ámbitos o materias por lo que no incurre en la vulneración denunciada de la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137 y 140 CE). Procede, pues, desestimar este motivo de impugnación.

d) La disposición adicional novena.1 de la Ley 27/2013 establece una obligación de adaptación a «esta Ley» de los «convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación» que «lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio de las competencias locales delegadas» o «distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27» LBRL. Tales convenios, acuerdos o instrumentos «quedarán sin efecto» si el Estado y las comunidades autónomas no han cumplido la obligación de adaptación antes del 31 de diciembre de 2014.

Esta disposición es altamente imprecisa, tal como ha destacado la STC 41/2016, FJ 11 c). A fin de aislar su sentido como presupuesto del análisis de constitucionalidad que demanda el Parlamento territorial recurrente, cabe realizar dos precisiones. En primer lugar, las competencias que la previsión impugnada menciona como «distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27» LBRL son las que el artículo 7.4 LBRL califica como «distintas de las propias y de las atribuidas por delegación». Se trata, más precisamente, de las competencias que este Tribunal ha denominado competencias «propias generales» (STC 41/2016, FJ 10).

A la vista de la nueva ordenación básica, cabe afirmar que las competencias «propias generales» «se distinguen de las competencias propias del artículo 25 LBRL, no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas» (STC 41/2016, FJ 10). Son las habilitadas mediante cláusula general. El régi-

men de esta modalidad competencial ha cambiado sustancialmente. La Ley 27/2013 ha modificado la redacción del artículo 25.1 LBRL, con el fin de que los municipios no puedan apoyarse en él para entenderse autorizados a promover cualesquiera actividades y servicios relacionados con las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. A su vez, ha derogado expresamente en paralelo el artículo 28 LBRL, conforme al que los municipios podían «realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente». En «sustitución de aquellas reglas habilitantes generales», la Ley 27/2013 ha establecido otra que permite a las entidades locales ejercer cualesquiera competencias, pero con sujeción a las «exigentes condiciones materiales y formales» que exige el artículo 7.4 LBRL (STC 41/2016, FJ 10).

De modo que los instrumentos de cooperación a los que hace referencia la disposición adicional novena.1 de la Ley 27/2013 son los relativos a competencias, tanto ejercidas por el ente local a título de delegación, como las atribuidas como propias mediante cláusula general; quedan al margen las competencias «propias específicas», esto es, las que el Estado y las comunidades autónomas hayan atribuido específicamente mediante norma de rango legal (art. 25 LBRL).

Acotadas así las competencias a las que se refiere la disposición adicional novena.1 de la Ley 27/2013, hay que señalar, en segundo término, que la norma «está evidentemente destinada a asegurar que las comunidades autónomas y el propio Estado cumplan el principio de suficiencia financiera de los entes locales (art. 142 CE), en general, y el artículo 27.6 LBRL, en particular» [STC 41/2016, FJ 11 c)]. Este último establece 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 Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación».

Sobre esta base, cabe afirmar que la disposición adicional novena.1 de la Ley 27/2013, lejos de minar la autonomía municipal constitucionalmente garantizada, viene a potenciarla. Aunque de modo harto indefinido, dinamiza la suficiencia financiera de los entes locales (art. 142 CE) al exigir la adaptación de determinados acuerdos, convenios e instrumentos a la exigencia de que toda delegación de competencias vaya acompañada de la financiación correspondiente con la consiguiente dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante (art. 27.6 LBRL).

En cualquier caso, a fin de dar respuesta a la impugnación, lo más relevante es que la disposición adicional novena.1 de la Ley 27/2013 no impone ni confirma una prohibición de atribución de competencias propias o delegadas fuera de enunciados materiales taxativos, tal como sostiene el recurso. Si los artículos 25.2 y 27.3 LBRL no encierran esa prohibición, según hemos razonado ya, la disposición controvertida en modo alguno puede interpretarse como una confirmación contraria a la autonomía local. No impide que el Estado y las comunidades autónomas atribuyan competencias municipales propias y delegadas en cualesquiera materias por lo que no puede vulnerar los artículos 137 y 140 CE.

Procede, pues, desestimar la impugnación por vulneración de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) de la disposición adicional novena.1 de la Ley 27/2013.

e) La disposición transitoria undécima de la Ley 27/2013 limita el objeto de la mancomunidad, haciéndolo coincidir con actividades reconducibles a las competencias y servicios enumerados en los artículos 25 y 26 LBRL. La STC 41/2016, FJ 8 b), destacó que «el examen de los artículos 25 y 26 LBRL permite afirmar que los ámbitos en los que los ayuntamientos pueden mancomunarse son suficientemente amplios y que el legislador autonómico conserva dentro de ellos (en particular, en los descritos en el artículo 25.2 LBRL que pueden reconducirse a sus atribuciones estatutarias) la competencia para conferir y regular las competencias propias municipales». A su vez, «en el contexto de una regulación afirmada como básica, la ausencia de precisión en la enunciación de materias y servicios (arts. 25 y 26 LBRL) debe interpretarse como un reconocimiento de márgenes de configuración» [STC 45/2017, FJ 4, citando las SSTC 41/2016, FJ 7 c), y 111/2016, FFJJ 12 a) y c); 180/2016, FJ 7]. De modo que «habrán de ser las comunidades autónomas quienes definan precisamente aquellas materias y servicios a fin de concretar esta restricción del derecho de los municipios a asociarse entre sí en mancomunidades (art. 44.1 LBRL)» (STC 44/2017, FJ 4). Más aún, «no puede desdeñarse el relevante papel que han de tener los propios municipios en cuanto a la definición del régimen de las mancomunidades: “las técnicas organizativas y los instrumentos de cooperación forman parte, de entrada, de la potestad de auto organización local y de las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las comunidades autónomas”» [STC 45/2017, FJ 4, citando la STC 41/2016, FJ 8 b)].

En todo caso, a fin de dar respuesta a la impugnación, procede insistir, nuevamente, en que la disposición controvertida no corrobora ni reitera la injerencia en la autonomía municipal constitucionalmente garantiza-

da (arts. 137 y 140 CE) en que habría incurrido el artículo 25.2 LBRL por prohibir con carácter general la atribución de competencias propias, permitiéndola solo dentro de una enumeración taxativa de materias. Según hemos razonado ampliamente, el artículo 25.2 LBRL no establece esa prohibición general, por lo que tampoco en este caso puede entenderse que la disposición controvertida la confirma o reitera. La norma se limita a ordenar la creación de una modalidad de entidad local (mancomunidad) con el fin de introducir criterios de racionalidad. Tal como señaló la STC 41/2016, FJ 8 b), «esta previsión, con independencia de su virtualidad real, se presenta como una directriz básica que pretende evitar la proliferación de mancomunidades y los riesgos que se entiende que ello supone para los principios de eficacia (art. 103.1 CE), eficiencia en el gasto público (art. 31.2 CE) y estabilidad financiera (art. 135 CE)». En consecuencia, la disposición transitoria undécima de la Ley 27/2013 no produce la injerencia en la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141 CE) que denuncia el Parlamento autonómico recurrente. Procede, pues, desestimar este motivo de inconstitucionalidad.

4. Se impugnan los artículos 75 bis, 75 ter y 104 bis LBRL, introducidos por los apartados 18, 19 y 28, respectivamente, del artículo 1 de la Ley 27/2013.

a) El artículo 104 bis LBRL pretende contener el número de puestos de personal eventual ocupados por trabajadores no permanentes o de confianza en el ámbito local. A tal fin, distingue siete tramos poblacionales (y tres subtramos más) fijando para cada uno el número máximo de puestos de trabajo de personal eventual que los ayuntamientos pueden incluir en sus plantillas (apartado 1). El tope máximo en diputaciones provinciales se establece por referencia a la escala anterior (apartado 2, primer inciso). Para los cabildos y consejos insulares, se establece específicamente que el número máximo «no podrá exceder de lo que resulte de aplicar el siguiente criterio: en las islas con más de 800 000 habitantes, se reduce en 2 respecto al número actual de miembros del Cabildo, y, en las de menos de 800 000 habitantes, el 60 por 100 de los cargos electos en cada Cabildo o Consejo Insular» (apartado 2, segundo inciso). Para el «resto de entidades locales o de sus organismos autónomos» se prohíbe directamente que sus plantillas incorporen puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual (apartado 3). Por otra parte, el personal eventual de ayuntamientos, diputaciones, cabildos y consejos insulares «tendrá que asignarse siempre a los servicios generales de las entidades locales en cuya plantilla aparezca consignado»; la asignación «con carácter fun-

cional» a otros servicios o departamentos cabe «solo excepcionalmente», si «así lo reflejare expresamente» el «reglamento orgánico» (apartado 4). El artículo 75 ter LBRL persigue reducir los niveles de profesionalización política en el ámbito municipal distinguiendo catorce tramos poblacionales y fijando para cada uno el número máximo de miembros que podrán prestar sus servicios en régimen de dedicación exclusiva (apartado 1). El tope máximo en diputaciones provinciales se establece por referencia a la tabla anterior («será el mismo que el del tramo correspondiente a la corporación del municipio más poblado de su provincia»; apartado 2). Para los cabildos y consejos insulares, se establece específicamente que «el número máximo de miembros que podrán prestar sus servicios en régimen de dedicación exclusiva se determinará en función del siguiente criterio: en las islas con más de 800 000 habitantes se reduce en 2 respecto al número actual de miembros del Cabildo, y en las de menos de 800 000 habitantes el 60 por 100 de los cargos electos en cada Cabildo Insular» (apartado 3). Por otra parte, para los municipios de población inferior a 1000 habitantes se prohíbe directamente que sus miembros tengan dedicación exclusiva, admitiendo la parcial solo excepcionalmente (apartado 1, último párrafo).

El artículo 75 bis pretende «una ordenación responsable de las retribuciones del personal al servicio de las corporaciones locales, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de su relación con la Administración» (preámbulo de la Ley 27/2013). Distingue nueve tramos poblacionales fijando para cada uno el tope máximo de las retribuciones totales que hayan de percibir los cargos electos (apartado 1). Partiendo de la señalada tabla, establece topes retributivos específicos para «los presidentes de las diputaciones provinciales o entidades equivalentes», así como de cabildos y consejos insulares (apartado 2). Los presupuestos generales del Estado, «atendiendo entre otros criterios a la naturaleza de la corporación local» y a la tabla indicada, «determinarán el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las corporaciones locales» (apartado 1).

Según el Parlamento recurrente, las previsiones indicadas contendrían una regulación sumamente precisa y detallada sobre topes máximos (de personal eventual, trabajadores con dedicación exclusiva y retribuciones) que no puede calificarse de «básica». Llega incluso a prohibirse que entidades locales como las comarcas cuenten con personal eventual. El detalle y concreción se extiende incluso a la definición de las tareas que puede realizar el personal eventual. Cercenarían los necesarios márgenes de desarrollo autonómico, vulnerando con ello las competencias de la Generalitat. El artículo 104 bis LBRL vulneraría, además, la autonomía local

constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE), dada la estrecha relación entre el personal eventual (pensado para funciones de confianza y apoyo directo a los cargos representativos y, por tanto, a la acción política que los ciudadanos legitiman mediante las urnas) y el principio de autoorganización.

Antes de examinar estas impugnaciones, conviene realizar dos precisiones. En primer lugar, nada se alega sobre otros contenidos de estos artículos, en particular, sobre los apartados quinto y sexto del artículo 104 bis, así como los apartados 2, último párrafo, 3 y 4 del artículo 75 bis. Estas normas habrán de quedar, pues, al margen de nuestro enjuiciamiento. En segundo lugar, la STC 111/2016, FJ 6 b) abordó algunas de estas previsiones, pero bajo una perspectiva completamente distinta: al resolver el único motivo de impugnación razonado entonces por la Junta de Andalucía, descartó que el régimen de dedicación y retribuciones establecido para municipios de menos de 1000 habitantes [arts. 75 bis, segundo párrafo, y 75 ter, apartado 1 a) LBRL] vulnerase el derecho fundamental de participación política (23.1 CE) porque no «impide ajustar las remuneraciones a la carga que supongan las tareas concretamente realizadas por el miembro de la corporación».

b) La organización de los entes locales corresponde primariamente a los propios entes locales, por virtud de su autonomía constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141.1 CE). No cabe excluir, ciertamente, el juego de otra legislación, pero esta «ha de ser, en principio, autonómica»: «las técnicas organizativas y los instrumentos de cooperación forman parte, de entrada, de la potestad de autoorganización local y de las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las comunidades autónomas» [STC 41/2016, FFJJ 5 y 8 b)]. Por eso, en este ámbito, la extensión de las bases debe ser reducida, limitada a un «núcleo» de elementos «comunes» o «uniformes» en función de los intereses generales a los que sirve el Estado, y «sin que quepa agotar todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organización y funcionamiento interno de los órganos» [STC 103/2013, FJ 5 e), que sintetiza la doctrina de las SSTC 32/1981, FJ 5; 214/1989, FJ 6, y 50/1999, FJ 3].

Los artículos 75 bis, 75 ter y 104 bis LBRL conectan con los principios constitucionales de eficiencia en los recursos públicos y estabilidad presupuestaria y hemos dicho que «el artículo 149.1.18 CE ampara sin lugar a dudas normas básicas tendentes a introducir criterios de racionalidad económica en el modelo local español con el fin de realizar los imperativos de los artículos 31.2 y 103.1 CE y la estabilidad presupuestaria como

norma de conducta a la que están sujetas las entidades locales (art. 135.2 CE)» [STC 41/2016, FJ 3 a)]. Estas disposiciones limitan el número de trabajadores eventuales y con dedicación exclusiva en las corporaciones locales, así como las retribuciones, dejando abiertos ciertos márgenes que pueden ocupar los entes locales y las comunidades autónomas. Unos u otras pueden concretar de diversos modos (o establecer condiciones adicionales a la fijación de) la cantidad de personal eventual, trabajadores con dedicación exclusiva y retribuciones en las corporaciones locales siempre que respeten un tope máximo estatalmente determinado.

Las normas recurridas, en principio, no fijan un tope único absoluto; determinan una larga serie de ellos a partir de umbrales poblacionales y reglas singularizadas para diputaciones, cabildos y consejos insulares. No obstante, respecto de los cabildos y consejos insulares, la propia Ley 27/2013 especifica que la «aplicación de esta Ley» «se realizará en los términos previstos en su legislación específica y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera» (disposición adicional decimosexta, apartados primero y segundo). A su vez, a través de las horquillas poblacionales, el legislador básico reconoce márgenes dentro los que cabe el ejercicio del poder local de auto organización y de las competencias autonómicas en materia de régimen local. La STC 111/2016, FJ 6 b), se refirió a esos espacios, aunque bajo una óptica distinta. Tras constatar la subsistencia de «márgenes suficientemente amplios» para «ajustar las remuneraciones a la carga que supongan las tareas concretamente realizadas por el miembro de la corporación», concluyó que la regulación controvertida «difícilmente ha podido vulnerar el derecho fundamental de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE)».

Por otra parte, el artículo 75 bis LBRL ni siquiera cierra estrictamente el marco de coordenadas al que debe sujetarse el régimen de retribuciones de los miembros de las corporaciones locales. Son normas con rango legal (las leyes de presupuestos generales del Estado), las que «determinarán, anualmente, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las corporaciones locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, excluidos los trienios a los que en su caso tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales». Consecuentemente, solo a la vista de esas leyes de presupuestos podrá valorarse si el margen de maniobra con que cuentan las corporaciones locales y las comunidades autónomas en orden a regular y fijar las retribuciones es suficiente desde la perspectiva de la autonomía local y de las competencias autonómicas sobre régimen local.

Conforme a los artículos 75 bis.1, último párrafo, y 75 ter.1 a) LBRL, los miembros de municipios con población inferior a 1000 habitantes en ningún caso tendrán dedicación exclusiva y solo excepcionalmente podrán desempeñar sus cargos con dedicación parcial. Se trata en este caso de una regla que, en principio, parece clausurar todo margen a la autoorganización local y al ejercicio de las competencias autonómicas en materia de régimen local. Ahora bien, aunque estas previsiones excluyen la «dedicación exclusiva», «los entes locales pueden fijar una variedad de regímenes de dedicación parcial (como ha confirmado el artículo 11.3 del Real Decreto-ley 1/2014, al distinguir modalidades según porcentajes de dedicación) y decidir el concreto alcance de las consiguientes retribuciones dentro de los topes máximos previstos», tal como ha destacado la STC 111/2016, FJ 6 b). Configuran la «dedicación parcial» como excepcional, pero no predeterminan el porcentaje de cargos sin dedicación específica. Las comunidades autónomas y los entes locales conservan márgenes relevantes para decidir entre estos regímenes de dedicación. A su vez, los artículos 75 bis y 75 ter LBRL no han cerrado las cantidades que hayan de percibir los miembros locales sin dedicación específica; su concreto importe dependerá de las indemnizaciones y asistencias que decida el ente local dentro del marco de límites que establezca la legislación estatal y autonómica.

Del mismo modo, el artículo 104 bis, apartados 1 y 2, LBRL contiene directrices tendentes a la reducción de los puestos de empleados eventuales o de confianza sin vulnerar la autonomía local constitucionalmente garantizada ni las competencias autonómicas; establece topes máximos, en función de la población, que en todo caso permiten a las corporaciones locales contar con personal eventual.

En cambio, los apartados 3 y 4 de ese artículo establecen, no ya topes cuantitativos, sino prohibiciones taxativas y condiciones cualitativas que inciden sobre el personal eventual de todas las corporaciones locales, incluidas las no necesarias. Por un lado, imponen que trabaje «exclusivamente en los servicios generales» de la entidad local, prohibiendo así, con carácter general, su asignación «con carácter funcional» a otros servicios o departamentos (art. 104 bis, apartado 4, LBRL). Por otro, prohíben directamente al «resto de entidades locales o de sus organismos dependientes», incluyendo, por tanto, a las comarcas, que cuenten con este tipo de personal (art. 104 bis, apartado 3, LBRL). Se trata de reglas que penetran de lleno en la organización interna de las corporaciones locales, estableciendo un criterio unívoco que no admite las adaptaciones que pudieran resultar del ejercicio del poder local de autoorganización y de las competencias autonómicas en materia de régimen local. La prohibición

de que «el resto de entidades locales o de sus organismos dependientes» cuente con personal eventual se inserta en un ámbito donde el alcance de la legislación básica debe ser más limitado, no solo por referirse a cuestiones de organización local, sino también por afectar a «entidades locales no necesarias o contingentes» (p. ej., comarcas). Estas entidades están dotadas de «un fuerte grado de interiorización autonómica», sin que les alcance directamente la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 140 CE), provincial (art. 141.2 CE) e insular (art. 141.4 CE) [STC 214/1989, FFJJ 4 b) y 15 a) y, últimamente, STC 41/2016, FJ 5]. Estos entes «entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las comunidades autónomas que dispongan de la correspondiente competencia» [SSTC 214/1989, FJ 4 b), y 41/2016, FJ 5]. Procede, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 104 bis LBRL, introducido por el artículo 1.28 de la Ley 27/2013, y desestimar la impugnación en todo lo demás.

5. Se impugna el artículo 86 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.23 de la Ley 27/2013.

a) El texto original del artículo 86 LBRL establecía que las «entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución» (apartado 1) y que, «cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio» (apartado dos).

El apartado primero del nuevo artículo 86 LBRL sigue reconociendo a las corporaciones locales la iniciativa pública en la actividad económica, pero sin mencionar el artículo 128.2 CE y sujetándola a una serie de condiciones: «Las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial».

El recurso de inconstitucionalidad, aunque impugna formalmente el nuevo artículo 86 LBRL en su conjunto, limita sus alegaciones al apartado

reproducido; vulneraría la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141.1 CE) por reconocer la iniciativa pública local en la economía en términos más estrechos que el artículo 128.2 CE. Tal iniciativa habría quedado sometida a restricciones desproporcionadas carentes de justificación.

b) El artículo 128.2 CE «reconoce la iniciativa pública en la actividad económica» y, con ello, la posibilidad de que el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales creen y mantengan empresas públicas a fin de realizar tareas susceptibles de aprovechamiento económico. Esta previsión, en cuanto norma habilitante, autoriza directamente el ejercicio de un poder sin necesidad de interposición legislativa. No obstante, el ejercicio de esta iniciativa pública no está exento de límites. Hay, de un lado, los límites que resultan de otros preceptos constitucionales: la iniciativa pública en la actividad económica, en cuanto poder fiduciario, debe ejercerse en beneficio de intereses públicos (art. 103.1 CE) y teniendo en cuenta los principios de eficiencia y economía (art. 31.2 CE), asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE), subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). Hay, de otro lado, las condiciones que impone el legislador al concretar los términos en que el Estado, las comunidades autónomas y los entes locales pueden hacer uso de la iniciativa pública económica. Por ejemplo, los establecidos en el título VII, sobre «patrimonio empresarial de la Administración General del Estado» (artículos 166-188), de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas. En cuanto a los entes locales, la Ley reguladora de las bases del régimen local viene fijando los términos en que estos pueden ejercer la iniciativa económica que tienen constitucionalmente reconocida, singularmente en los artículos 85 ter (añadido por el art. 1.3 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre) y 86.

Estas consideraciones permiten ya descartar que el nuevo artículo 86.1 LBRL vulnere la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141.1 CE) o la iniciativa pública económica constitucionalmente reconocida (art. 128.2 CE) por el solo hecho de regular y condicionar los términos en que los entes locales pueden crear y mantener empresas públicas. El artículo 128.2 CE autoriza directamente a los entes locales el desarrollo de actividades susceptibles de aprovechamiento económico, pero en modo alguno prohíbe que el legislador competente regule esa potestad, sometiéndola a límites y condiciones. Por lo demás, la supresión de la referencia al artículo 128.2 CE no impide ni dificulta la aplicación de ese precepto constitucional ni es por sí indicador de una

supuesta voluntad de la Ley 27/2013 de erradicar la iniciativa pública económica constitucionalmente reconocida a los entes locales. Si el nuevo artículo 86.1 LBRL puede o no interpretarse en ese sentido dependerá del alcance o intensidad de las condiciones que haya impuesto efectivamente a la creación y mantenimiento de empresas públicas.

A este respecto, las concretas limitaciones introducidas no desvirtúan ni desactivan la opción constitucional favorable a permitir la iniciativa pública local en la actividad económica (art. 128.2 CE). En modo alguno resulta injustificado o desproporcionado exigir la ausencia de «riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal» y los requisitos formales asociados (justificación de aquella condición material que incluya un análisis de mercado sobre la oferta y la demanda existente, la rentabilidad y los efectos posibles de la actividad sobre la concurrencia empresarial), máxime si se tiene en cuenta que de ese modo se dinamizan otros principios constitucionales, la eficiencia (art. 31.2 CE) y la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE).

Corresponde, pues, desestimar la impugnación del artículo 86 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.23 de la Ley 27/2013.

6. Se impugna la disposición adicional novena LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.36 de la Ley 27/2013. Además de vulnerar la garantía constitucional de la autonomía local –queja ya desestimada por remisión a la STC 44/2017, FJ 3–, invadiría las competencias estatutarias de las comunidades autónomas en materia de régimen local.

a) La disposición controvertida incluye una regulación que puede reducirse a dos órdenes de previsiones, tal como hemos apreciado ya al descartar la vulneración de la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 135.5 CE, único motivo de impugnación alegado por la Junta de Andalucía en su recurso de inconstitucionalidad (STC 111/2016, FJ 4).

Hay, por un lado, normas «generales» destinadas a racionalizar la Administración instrumental de las corporaciones locales. Se trata, en particular de una doble prohibición. Conforme a la primera, los entes instrumentales («organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes») adscritos o vinculados a (o dependientes de) las corporaciones locales no pueden adquirir, constituir ni participar en la constitución de nuevos entes instrumentales. En consonancia con esta prohibición, las corporaciones locales tienen la obligación de alterar el régimen de adscripción de las entidades instrumentales que estén efectivamente vinculadas a otras entidades instrumentales; todas las entidades de ese tipo han de depender directamente de la corporación local (apartados 3 y 4, primer párrafo). La otra prohibición es la siguiente: las cor-

poraciones locales no pueden adquirir, constituir ni participar con carácter general en la constitución de nuevos entes instrumentales durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste (apartado 1). Hay, por otro lado, una serie de medidas «coyunturales» asociadas a este régimen general. Tales medidas, en resumen, obligan a que, a determinada fecha, estén disueltas las entidades instrumentales que no se hallen adscritas o directamente vinculadas a las corporaciones locales, así como las que hayan sido incapaces de corregir su situación de desequilibrio financiero; de otro modo, la supresión se produce automáticamente por ministerio de la ley (apartados 2 y 4).

El letrado autonómico alega solo respecto de los apartados 1 (primer párrafo), 2 y 4 (párrafos segundo y tercero). Habrían establecido medidas referidas a entidades instrumentales (restricciones a la creación o participación; y disolución forzosa por incumplimiento de obligaciones de estabilidad presupuestaria) sin tomar en consideración que la regulación de los instrumentos de cooperación corresponde a la Generalitat [art. 160.1 a) EAC].

b) Las indicadas normas «generales» imponen límites a la autoorganización de las corporaciones locales, penetrando con ello en ámbitos donde la legislación «ha de ser, en principio, autonómica» (STC 41/2016, FJ 5). No obstante, se está en este caso ante elementos comunes o uniformes que sirven a los principios constitucionales de eficiencia y economía (art. 31.2 CE), estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) y control (art. 136 CE) sin impedir el desarrollo de políticas propias por parte de las comunidades autónomas. Así lo hemos declarado con relación a otras previsiones de la Ley 27/2013 que restringen con similar intensidad la capacidad de organización de los entes locales y que, por tanto, se introducen dentro de espacios en los que la densidad de la legislación básica tiene que ser menor: las que limitan el objeto posible de las mancomunidades (disposición transitoria undécima de la Ley 27/2013), configuran el consorcio como instrumento subsidiario de la fórmula convencional (art. 57 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.16 de la Ley 27/2013) o caracterizan la gestión de los servicios públicos por la propia entidad local o mediante organismo autónomo como preferente respecto de la gestión realizada por entidad pública empresarial o sociedad mercantil local (art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 de la Ley 27/2013) [SSTC 41/2016, FFJJ 8 b) y 14; y 180/2016, FJ 7]. Por lo demás, al trasladar a los órganos de gobierno las decisiones relativas a la creación y control de todas las entidades instrumentales, la Ley 27/2013 se sitúa dentro de un ámbito normativo típicamente básico: el régimen de los órganos de gobierno

forma parte de aquel «núcleo» de reglas necesariamente comunes y acabadamente establecidas en la legislación básica estatal por su directa conexión con el principio democrático [STC 111/2016, FJ 8 b) y e), citando las SSTC 33/1993, de 1 de febrero, FJ 3; 233/1999, FJ 38, y 103/2013, FJ 3 e)]. Consecuentemente, no se produce tampoco la denunciada vulneración de las competencias estatutarias de las comunidades autónomas. En cuanto a las medidas «coyunturales» (disposición adicional novena LBRL, apartados 2 y 4), la STC 41/2016, FFJJ 7 c), 8 b) y 11 c), examinó ya otros preceptos que prevén también la extinción de estructuras de diverso tipo (entes locales menores, mancomunidades, instrumentos de cooperación) ante el incumplimiento de determinadas obligaciones (presentación de cuentas, adaptación de sus estatutos a la Ley reguladora de las bases del régimen local, obligaciones de estabilidad presupuestaria) (disposiciones transitorias cuarta y undécima y adicional novena de la Ley 27/2013). A través de ellos y del precepto ahora examinado (en relación con «organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes»), el Estado «no impone por sí, directamente, la supresión de entidades de diverso signo. Configura la desaparición como una consecuencia jurídica ope legis asociada al incumplimiento o como una potestad que pueden ejercer las comunidades autónomas o los propios entes locales, según los casos, una vez apreciado el señalado incumplimiento». Así lo hemos destacado en la STC 44/2017, FJ 3.

También en este caso las obligaciones cuyo incumplimiento puede suponer la supresión de las entidades instrumentales «proviene de normas inequívocamente básicas: la que obliga a las corporaciones locales a asegurarse de que las entidades instrumentales dependan directamente de ellas y la que establece exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que derivan en última instancia del artículo 135 CE y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera» [en este sentido, STC 44/2017, FJ 3]. Se trata de obligaciones que el Estado puede imponer a los entes locales al amparo del artículo 149.1.18 CE.

Cabe descartar, en consecuencia, que las previsiones impugnadas de la disposición adicional novena LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.36 de la Ley 27/2013, vulneren las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de Cataluña (art. 160 EAC).

7. Se impugna la disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2013, sobre el régimen de «apertura de lugares de culto».

a) El primer inciso de la disposición controvertida establece que para la apertura de lugares de culto, las «iglesias, confesiones o comunidades

deberán acreditar su personalidad jurídica civil mediante certificado del Registro de Entidades Religiosas, emitido al efecto, en el que constará la ubicación del lugar de culto que se pretenda constituir». El segundo inciso dispone que, «obtenida esa certificación, su tramitación se ajustará a lo dispuesto en el artículo 84.1 c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, sin perjuicio de recabar la licencia urbanística que corresponda».

El artículo 84.1 c) LBRL –al que se remite el precepto impugnado– prevé la «comunicación previa» o «la declaración responsable» como técnica de intervención administrativa sobre la actividad privada distinta del «sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo» [art. 84.1 b) LBRL]. De modo que el segundo inciso de la disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2013 viene a excluir, en cuanto a la apertura de lugares de culto, el control ex ante de las condiciones de apertura a través de procedimientos administrativos de autorización, permitiendo solo el control ex post mediante otro tipo de procedimientos (revocatorios, sancionadores).

El Parlamento recurrente nada alega sobre el primer inciso. Discute únicamente el segundo, por someter la apertura de lugares de culto al régimen de comunicación previa o declaración responsable. El artículo 149.1.18 CE habilitaría solo una regulación estatal sobre las diferentes técnicas de intervención administrativa sobre los ciudadanos; no la previsión de medidas de intervención de carácter sectorial. Tales medidas corresponderían a la autoorganización municipal y al legislador sectorial competente según la materia. A este respecto, la Ley catalana 16/2009, de 22 de julio, de centros de culto condiciona la apertura a la obtención previa de licencia municipal de apertura y uso con el fin de garantizar la seguridad y protección civil (art. 132 EAC). Por todo ello, la disposición controvertida vulneraría las competencias de la Generalitat de Cataluña.

b) A fin de dar respuesta a esta impugnación, conviene precisar que previsiones como la recurrida «no son, evidentemente, normas de “procedimiento administrativo común ex artículo 149.1.18 CE”»; «no regulan la estructura general del iter de procedimiento ni establecen con carácter general y abstracto, para toda suerte de procedimientos, las garantías generales del particular o el régimen de elaboración, validez, ejecución y revisión de los actos administrativos» [STC 45/2015, de marzo, FJ 6 c), con cita de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32]. Tampoco son reglas de «procedimiento administrativo común singular», entendido como «el establecido también en la órbita del artículo 149.1.18 CE y de manera abstracta, pero para una forma específica de potestad o actividad

de la Administración» [STC 45/2015, de marzo, FJ 6 c), citando la STC 130/2013, de 4 de junio, FJ 8, en relación con las normas de procedimiento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones].

Del mismo modo, las previsiones de esta especie no están regulando, con carácter general, las modalidades de intervención administrativa sobre las actividades privadas (la autorización, por un lado, y la declaración responsable o comunicación previa, por otro) ni el marco de restricciones posibles al acceso de los particulares a los servicios. No se está, pues, ante regulaciones como los artículos 5 y 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, que incorpora a nuestro ordenamiento 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; y el artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, en la redacción dada por las leyes 17/2009 y 1/2010, de 1 de marzo; artículos cuya redacción original hemos declarado materialmente básica ex artículo 149.1.13 CE (SSTC 26/2012, de 26 de 1 marzo, FJ 5; 193/2013, de 21 de noviembre, FJ 3; 128/2016, de 7 de julio, FJ 3, y 157/2016, de 22 de septiembre, FJ 8). La competencia para regular los procedimientos sectoriales o especiales es «conexa a las que, respectivamente, el Estado o las comunidades autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración» [STC 45/2015, FJ 6 c), citando la STC 227/1988, FJ 32]. En las materias en que el Estado cuenta con competencia para dictar nada más que legislación básica, corresponderá a las comunidades autónomas, conforme a sus estatutos de autonomía, «además de la legislación de desarrollo», la ejecución o aplicación de la normativa, así como la potestad de auto organización, «por lo que han de ser ellas quienes, en el marco de la disciplina estatal sobre procedimiento administrativo común, regulen sus propios procedimientos administrativos especiales» [STC 45/2015, FJ 6 c), citando las SSTC 33/2005, de 17 de febrero, FJ 6, y 161/2014, FJ 4].

No obstante, hemos apreciado que las bases de una materia «pueden alcanzar algún aspecto de estos procedimientos especiales si imponen criterios directamente vinculados a los objetivos sustantivos de la legislación», «sin descender a la previsión de trámites de pura gestión; las normas ordinarias de tramitación no pueden considerarse básicas» [STC 45/2015, FJ 6 c), refiriéndose a las «bases medioambientales»]. A su vez, en esta línea, la directa conexión con objetivos fundamentales de la política económica y, en general, con los fines de legislación para cuya aprobación es competente el Estado (p. ej., en materia de medio ambiente), puede llegar

a justificar una regulación de modalidades específicas de intervención administrativa en supuestos especiales. Así, lo hemos declarado en relación con una previsión estatal que sustituía el régimen de autorización por el régimen de notificación al órgano autonómico correspondiente para que los titulares de viviendas protegidas para alquiler puedan enajenarlas a determinadas sociedades (STC 139/2013, de 8 de julio, FJ 13); o respecto de una previsión de la Ley de costas que obliga a los titulares de obras e instalaciones incorporados en la zona de servidumbre de protección a acreditar mediante declaración responsable ante la Administración autonómica determinadas circunstancias (que las obras supondrán una mejora en la eficiencia energética, emplearán mecanismos que conlleven un ahorro efectivo en el consumo del agua y fomentarán el uso de recursos hídricos marginales para el riego de jardines y espacios verdes), STC 57/2016, de 17 de marzo, FJ 4.

Consecuentemente, para resolver la impugnación formulada, corresponde determinar si la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene competencias en relación con la apertura de lugares de culto y, a su vez, si el Estado puede apoyarse en algún título que le autorice a imponer una modalidad de intervención en este concreto supuesto, esto es, a prohibir el procedimiento administrativo especial de autorización, permitiendo solo los procedimientos administrativos especiales de control ex post.

c) La regulación de los procedimientos y los títulos de intervención administrativa relacionados con la apertura de lugares de culto corresponde, en principio, a la Comunidad Autónoma de Cataluña por virtud de lo establecido en su Estatuto de Autonomía (arts. 159.2 y 161.1). La STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 101, ha declarado a este respecto que «la Generalitat ha asumido competencia exclusiva en materia de entidades religiosas, así como competencia ejecutiva en materia relativa a la libertad religiosa en el artículo 161.1 y 2 EAC». A su vez, no se produce en este caso la conexión con objetivos fundamentales de política económica que puede llegar a permitir que se entienda que el artículo 149.1.13 CE autoriza al Estado a prohibir el procedimiento administrativo especial de autorización o control ex ante, permitiendo solo los procedimientos administrativos especiales de control ex post. El objetivo de la norma es, más que desarrollar una determinada política económica, favorecer el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en el artículo 16 CE.

Ahora bien, a la vista de que la finalidad de la norma es aliviar de carga burocrática la apertura de lugares de culto y, con ello, facilitar el ejercicio de la libertad religiosa (art. 16 CE), corresponde valorar si estamos ante

una «condición básica» adoptada por el Estado ex artículo 149.1.1 CE para garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, tal como alega el Abogado del Estado. Para resolver esta cuestión, hay que tomar en consideración la doctrina de la STC 207/2013, de 5 de noviembre, FJ 5, que consideró amparada en ese título competencial una previsión estatal conforme a la que cabe extender a las iglesias, confesiones y comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico.

Según allí se declaró, «cuando de lo que se trata es de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad tanto en el contenido primario del derecho como en su ejercicio entra en juego la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.1 CE, que, como “título competencial autónomo” (STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 4) “se proyecta de un modo genérico sobre todos los derechos fundamentales” (SSTC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 6, y 111/2012, de 24 de mayo, FJ 5)», «sin que la regulación estatal pueda suponer “una normación completa y acabada” del derecho de que se trate, “pudiendo las comunidades autónomas, en la medida en que tengan competencia sobre la materia, aprobar normas atinentes” a su régimen jurídico (SSTC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 4, y 3/2013, de 17 de enero, FJ 8)». Aquel «título competencial no solo se proyecta sobre las condiciones básicas “que afectan a su contenido primario”, a sus “posiciones jurídicas fundamentales”, sino también sobre los “criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas”, que sean “absolutamente necesarios para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho” (SSTC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 4, y 3/2013, de 17 de enero, FJ 8), tales como el “ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho”, las “condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho” o “el marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho” (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 8), teniendo a tal fin el legislador estatal “un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional” (STC 154/1988, de 21 de julio, FJ 3)».

Así sucede, se afirma, «con el derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en la Constitución, que no solo garantiza la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades (art. 16.1), sino también, conforme al cual, y sin perjuicio de la neutralidad religiosa del Estado ínsita en su aconfesionalidad, se impone un mandato dirigido a todos los poderes públicos para mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones (art. 16.3), que “exige de los poderes

públicos una actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa” (SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, y 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5), de cara a promover las condiciones para que esa libertad fundamental sea real y efectiva (art. 9.2 CE), tanto en su vertiente interna e individual como en la externa y colectiva».

De esta manera, «desde la perspectiva de la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa, que se traduce en la posibilidad de ejercicio “de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades” (SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4; y 128/2001, de 4 de junio, FJ 2), se encomienda al legislador estatal no solo la tarea de materializar tales acuerdos, sino también la de facilitar la práctica efectiva de las creencias religiosas y de sus actos de culto, así como la participación de los ciudadanos en los mismos, a través de medidas, como son la concesión de un régimen fiscal especial para las iglesias, confesiones y comunidades que las representan». Se trata, a fin de cuentas, «de acciones estatales dirigidas a la protección y estímulo en la realización de actividades con relevancia constitucional y, por tanto, de interés general, consustanciales al Estado social de Derecho (art. 1.1 CE)».

Esta doctrina resulta perfectamente trasladable al presente caso, teniendo en cuenta que, según la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, la «libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende» «el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos» (art. 2.2). Al permitir que estas organizaciones, debidamente registradas, abran lugares de culto mediante declaración responsable o comunicación previa, la disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2013 ha fijado ex artículo 149.1.1 CE una condición básica de igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa que, naturalmente, no excluye el control ex post del cumplimiento de las exigencias legales. Además, el precepto controvertido se limita a someter la apertura de lugares de culto al régimen de comunicación previa o declaración responsable, «sin perjuicio de recabar la licencia urbanística que corresponda», esto es, sin establecer la forma de intervención correspondiente a otras dimensiones de la actividad privada regulada (p. ej., la exigencia de permisos de obras) y sin incidir sobre las competencias autonómicas en materia de urbanismo.

Consecuentemente, corresponde desestimar la impugnación de la disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2017, de 22 de junio, sobre la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de comunicación audiovisual de Cataluña.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno contra los artículos 1, letras a), d), e) y f); 2, letras b), c), d) y e); 17; 18; 19; 20; 21; 22; 28; 32.2; 33.5; 36; 37; 39; 40.2.b); 41; 42; 43; 44; 45; 46; 47; 48; 49; 50; 51; 52; 53; 54; 55; 56; 57; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 64; 66; 67; 68; 69; 70; 71; 86; 87; 111; 115; 116; 119; 127.2; 128; 133 y 134 y las disposiciones transitorias segunda, cuarta y sexta de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de comunicación audiovisual de Cataluña.

Ponente: don Antonio Narváez Rodríguez.

Extracto de doctrina

[...]

4. [...]

[...]

Siendo los arts. 149.1.21 y 149.1.27 CE los títulos competenciales en los que se encuadran los preceptos impugnados, debemos a continuación recoger la doctrina de este Tribunal con una doble finalidad: precisar el alcance de cada uno de los títulos competenciales, así como su correcto deslinde y articulación.

a) Según ha declarado este Tribunal, la competencia exclusiva del Estado, ex artículo 149.1.21 CE, en materia de telecomunicaciones comprende, en primer lugar, tanto la ordenación, gestión, planificación y control del dominio público radioeléctrico (por todas, STC 8/2012, de 18 de enero, FJ 6), como la regulación de los aspectos más técnicos de las comunicaciones electrónicas. Así, corresponde al Estado «la ordenación del dominio público radioeléctrico y, muy particularmente, a los aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven –las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas–. Este dominio es susceptible de distintos usos para otros tipos de comunicaciones que se efectúan también mediante ondas radioeléctricas y distintas de la radiodifusión y, precisamente por eso, incumbe ordenar de manera unitaria al Estado de forma que se cohonesten y hagan posibles todos estos usos (por todas, STC 235/2012, de 13 de diciembre)» (STC 72/2014, de 8 de mayo, FJ 3). Como se recoge en la citada STC 8/2012 (FFJJ 4 y 11), «es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria

—dada la unidad intrínseca del fenómeno— la utilización del dominio público radioeléctrico, y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y radiocomunicación (STC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4)».

En segundo lugar, como cierre del sistema establecido en este título competencial, el artículo 149.1.21 CE otorga también competencia exclusiva al Estado respecto del «régimen general de comunicaciones», lo que comprende la totalidad de las competencias normativas e, incluso, la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 85). De este modo, corresponde al Estado, «la conformación, regulación o configuración del propio sector de telecomunicaciones (comunicaciones electrónicas) atendiendo a la convergencia tecnológica (y de servicios) y al marco regulador de las comunicaciones electrónicas de la Unión Europea para asegurar una regulación homogénea en todo el territorio español» (STC 8/2016, de 21 de enero, FJ 3), y en concreto, el establecimiento de las condiciones de explotación de las redes y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas así como el régimen jurídico de los operadores (STC 8/2012, FJ 7); la configuración del llamado servicio universal o el establecimiento de un sistema de protección reforzada de los consumidores y usuarios de servicios de telecomunicaciones (STC 72/2014, FJ 6). En definitiva, bajo esta cláusula se atribuye al Estado «la competencia para definir los elementos estructurales del sector a través tanto del establecimiento del marco institucional del mercado (regulación de la competencia) como de la intervención en los procesos del propio mercado (obligaciones de hacer o no hacer de los operadores del sector, en el ámbito del acceso a redes, interconexión o garantía de cobertura, por ejemplo)» (STC 8/2016, FJ 3).

b) En relación con la competencia definida en el artículo 149.1.27 CE, este Tribunal ha declarado que «se refiere a la relación de la radiodifusión, en cuanto medio de comunicación social, con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE y relacionados de algún modo con el derecho a comunicar y recibir información y con la libertad de expresión» (STC 72/2014, FJ 3). Igualmente hemos precisado, de acuerdo con doctrina reiterada, que «el otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio, por su estrecha conexión con los medios de comunicación social solicitantes de concesiones y que se sirven como instrumento de las emisoras de difusión para ejercer los derechos fundamentales que el artículo 20.1 de la Constitución consagra, es una medida que,

por su finalidad, encuentra natural acomodo en el título del artículo 149.1.27 de la Constitución; y es un corolario ineludible de este pronunciamiento que, no solo el otorgamiento, sino también la regulación del procedimiento de adjudicación de concesiones y facultades accesorias a esta principal, como son la inspección de los servicios y la imposición de sanciones derivadas de infracciones; facultades todas ellas que deben corresponder a quien ostenta la potestad principal», esto es, a las comunidades autónomas (SSTC 108/1993, de 25 de marzo, FJ 3; 168/1993, de 27 de mayo, FJ 8; 127/1994, de 5 de mayo, FJ 8, y 5/2012, FJ 6).

c) Una vez precisado el alcance de cada uno de los títulos competenciales en juego, nos queda por abordar su delimitación y articulación. Como ya hemos declarado, ambos títulos competenciales «no pueden superponerse o solaparse, si bien se limitan entre sí mutuamente: una competencia exclusiva del Estado para ordenar la telecomunicación y la radiocomunicación (art. 149.1.21 CE), y otra compartida con las comunidades autónomas acerca de la radio y la televisión en cuanto medios de comunicación social, en la que solo incumbe al Estado dictar las normas básicas (art. 149.1.27 CE)» (SSTC 168/1993, FJ 4, y 244/1993, de 15 de julio, FJ 2). Es, por ello, que es obligado «singularizar caso a caso, según el objeto y contenido a que responda la norma y a su propia naturaleza, cuál de ambos títulos resulta prevalente y específico, puesto que de uno u otro se deduce un distinto carácter de la competencia, exclusiva o compartida» (STC 168/1993, FJ 4).

La doctrina emanada de este Tribunal ofrece los criterios que han de ser observados para una articulación adecuada de los títulos competenciales en juego en el sector de los servicios audiovisuales en sentido amplio, ya que en caso contrario «se correría el riesgo de que la competencia estatal del precitado artículo 149.1.21 CE se superpusiera y acabara por vaciar de contenido la competencia autonómica ex artículo 149.1.27 CE» (STC 168/1993, FJ 4). Por lo tanto, es evidente que ambos títulos «necesariamente se limitan y contrapesan entre sí impidiendo el mutuo vaciamiento de sus contenidos respectivos y, en este sentido, no pueden desligarse totalmente; aunque es obvio que no deban llegar a solaparse [configurando una res mixta] a la hora de ofrecer cobertura a una determinada regulación legal. Y ello, precisamente, para evitar el vaciamiento del régimen de compartición competencial dispuesto en el artículo 149.1.27 CE, en provecho del Estado y en detrimento de las competencias autonómicas en materia de radio y televisión» (SSTC 168/1993, FJ 4; 244/1993, FJ 2, y 127/1994, FJ 8).

El reparto competencial ha sido llevado a cabo por este Tribunal a través de dos criterios: con carácter general, «el empleo de uno u otro punto de conexión debe venir presidido por una inevitable cautela: habida cuenta de que el título competencial del artículo 149.1.21 CE es virtualmente más expansivo que el dispuesto en el artículo 149.1.27 CE y para impedir una injustificable exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión aquella regla de deslinde debe ser interpretada restrictivamente» (SSTC 168/1993, FJ 4; 244/1993, FJ 2; 5/2012, FJ 5, y 235/2012, FJ 6). Con carácter más específico, «el punto de conexión que permite seleccionar la aplicación de uno u otro título es, por una parte, la directa relación de la radiodifusión, en cuanto medio de comunicación social, con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE y referidos de algún modo al derecho a comunicar y recibir información y a la libertad de expresión, circunstancia que hace que tanto la radio como la televisión configuren un fenómeno, en esencia, no distinto a la prensa; juega en estos casos el artículo 149.1.27 CE como regla de distribución competencial. Mientras, en cambio, aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven –las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas– quedan dentro de la competencia estatal exclusiva ex artículo 149.1.21 CE para ordenar el dominio público radioeléctrico; dominio que no es ocioso ahora recordarlo, es susceptible de distintos usos para otros tipos de comunicaciones que se efectúan también mediante ondas radioeléctricas y distintas de la radiodifusión; razón por la cual es menester una ordenación unitaria del problema mediante la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de los usos, en cumplimiento de la disciplina internacional del tema, así como la previsión de otros problemas como, v. gr., puede ser la evitación de interferencias» (SSTC 168/1993, FJ 4; 244/1993, FJ 2; 5/2012, FJ 5, y 235/2012, FJ 6).

En otras palabras, y a modo de síntesis, «se constata así que ambos títulos competenciales se limitan entre sí impidiendo su mutuo vaciamiento de modo que corresponde al Estado ex artículo 149.1.21 CE la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven –las ondas radioeléctricas o electromagnéticas (como recuerda la STC 180/2000, de 29 de junio, FJ 12)–, ordenando así el dominio público radioeléctrico mientras que el artículo 149.1.27 CE permite la articulación de un régimen de competencias compartidas entre el Estado y la Comunidad Autónoma según el cual corresponde al Estado dictar las normas básicas, asumiendo la Comunidad Autónoma

competencias de desarrollo legislativo que en todo caso habrá de respetar aquella normativa básica, una potestad reglamentaria igualmente de desarrollo, y, finalmente, la función ejecutiva correspondiente a la materia (STC 26/1982, de 24 de mayo, FJ 2)» (STC 244/1993, FJ 2).

[...]

12. De acuerdo con la Ley general de la comunicación audiovisual, que constituye nuestro canon de enjuiciamiento, ha de considerarse constitucional, por no existir la contradicción denunciada, el artículo 32.2 de la Ley 22/2005, ubicado en el capítulo relativo al «servicio público audiovisual de ámbito local». El citado precepto, bajo la rúbrica de «definición, alcance y forma de gestión del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito local», tras definir el servicio y fijar los principios que rigen su prestación, prevé en el apartado 2 que la prestación del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito local deba ser llevada a cabo «en forma de gestión directa por parte de los municipios, las modalidades asociativas de entes locales establecidas por la ley y los consorcios integrados por entes locales». A juicio del Abogado del Estado, su impugnación responde a su colisión con la ya derogada Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres (modificada por la Ley 10/2005), que, si bien permite la gestión indirecta por vía concesión, no prevé en la gestión directa la participación de otras entidades diferentes de las municipales.

La elección de la forma de gestionar la prestación de un servicio público encuentra su acomodo natural en la competencia autonómica; en el presente caso, bien en la competencia genérica de la Generalitat en materia de régimen local sobre las formas de organización, «incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales», ex artículo 160.1 a) EAC (precepto sobre cuya constitucionalidad ya se pronunció este Tribunal en la STC 31/2010, FJ 100), de acuerdo con el artículo 149.1.18 CE. O bien en la competencia específica y exclusiva de la Generalitat sobre la organización de la prestación «de los servicios públicos de comunicación audiovisual de ámbito local, respetando la garantía de la autonomía local», ex artículo 146.1 a) EAC, y que, como ya precisó este Tribunal en la citada STC 31/2010 (FJ 89), se trata de una competencia referida a la «organización», «ámbito este meramente funcional, que se inserta sin dificultad en la esfera de la exclusiva competencia autonómica, pues la normativa básica estatal no alcanza a disciplinar el modo concreto en que ha de ejercerse dicha competencia, sin perjuicio de que deberá respetar, como el propio precepto estatutario reconoce, la autonomía local, lo que significa que está

supeditada a lo que también determinen las bases estatales ex artículo 149.1.18 CE».

En este ámbito, la única previsión básica que contiene la Ley general de la comunicación audiovisual –modificada en este extremo por la Ley 6/2012, de 1 de agosto, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos– es la que establece la competencia de las comunidades autónomas para determinar «los modos de gestión del [servicio], que podrán consistir, entre otras modalidades, en la prestación del servicio de manera directa a través de sus propios órganos, medios o entidades, en la atribución a un tercero de la gestión indirecta del servicio o de la producción y edición de los distintos programas audiovisuales, o en la prestación del mismo a través de otros instrumentos de colaboración público-privada, de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, así como no discriminación e igualdad de trato» (artículo 40.2, párrafo 3, de la Ley general de la comunicación audiovisual); y la posibilidad de que comunidades autónomas y entes locales acuerden la prestación de este tipo de servicios fijando sus objetivos y su control en un contrato-programa (artículo 41 de la Ley general de la comunicación audiovisual).

En conclusión, de todo lo anterior no cabe sino confirmar la constitucionalidad del artículo 32.2 de la Ley 22/2005, toda vez que la norma de referencia se adecúa a las normas básicas en vigor.

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 su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, 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.

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, págs. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y página/s.

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, págs. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecorilladas.

- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.



3 números al año



suscripciones

Última edición: noviembre 2017



**QDL
Anual (3 números)
+
Anuario del
Gobierno Local
80 €**

**QDL
Anual (3 números)
38 €**

**Anuario del
Gobierno Local
55 €**

Suscripciones a través de:

Teléfono: 917 020 414

Fax: 913 103 499

Internet: www.gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España**

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos, debe indicarlo). Por favor, rellene sus datos en letra mayúscula.

*Nombre: Profesión:
 *Entidad: *CIF/NIF:
 *Dirección: *Población: *Provincia: *C.P.:
 Mail: *Teléfono: Fax:

Los campos señalados con un asterisco (*) deberán ser cumplimentados obligatoriamente.

Deseo que me envíen a la dirección indicada:

- QDL - ANUAL (3 números)
- ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL
- QDL - ANUAL (3 números) + ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL

Idioma de los QDL:

- Castellano
- Catalán

Efectúo el pago por el procedimiento siguiente:

- TALÓN ADJUNTO NOMINATIVO A LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
- TRANSFERENCIA BANCARIA
- DOMICILIACIÓN BANCARIA MEDIANTE AUTORIZACIÓN QUE CUMPLIMIENTO ABAJO

Sr. director/del Banco/de la Caja: Sucursal: Localidad:

Autorizo a la Fundación Democracia y Gobierno Local para que cargue los recibos que ha de libramme, a partir de la fecha, en micuenta corriente/libreta.

Firma:

OBSERVACIONES:

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126, 08008 Barcelona, según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



ÚLTIMO TWEET

Síguenos en Twitter

RT @mccamposacunha: En el último número de Carta Local @fempcomunica ¿Cómo evitar un cibersecuestro en mi Ayuntamiento? Hay que trabaja... <https://t.co/73nqwy4a7Y8>

Inicio La Fundación Actividades Publicaciones Boletín Biblioteca Digital Actualidad



La Diputación de Málaga aprueba 35 obras del Plan de Fomento al Empleo Agrario por un valor de 2.937.809 euros

La Junta de Gobierno de la institución ha dado luz verde a actuaciones que permitirá la contratación de más de 1.300 desempleados

VER TODAS

PRÓXIMAS ACTIVIDADES

07 Julio

Cicle de seminaris d'actualització jurídica local (Barcelona, 7 de juliol)

06 Septiembre

Cursos Verano UAM – 19. Redes Sociales para una Gobernanza Inteligente. Buscando una nueva Participación Ciudadana desde el Gobierno Abierto Local (Madrid, del 6 al 8 de septiembre)

VER TODAS

Últimas publicaciones:



QDL45SUMARIO

Estudios

- 12 La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional · ANTONIO CIDONCHA MARTÍN
- 101 Una concepción sustancialista del contrato público · SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
- 127 El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales · AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ
- 157 La mejora regulatoria en el ámbito local y el control judicial de ordenanzas y planes de urbanismo: análisis de los antecedentes y de los retos en el caso español · JULI PONCE SOLÉ
- 196 «Deje que vaya desnudo». Regulación de las prácticas nudistas por los entes locales españoles · DARÍO BADULES IGLESIAS

Ponencias, crónicas y notas

- 242 De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función · ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

Jurisprudencia

- 266 Crónica de jurisprudencia (de 1 de enero a 30 de junio de 2017) · ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

