

QDL54

Octubre de 2020 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

QDL54

Octubre de 2020 · Cuadernos de Derecho 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

Calle Fernando el Santo, 27, bajo A – 28010 Madrid

Producción

Estugraf Impresores, s.l.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital)

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: Alfredo Galán Galán, *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*

QDL54

12

I. INFORME

La situación del personal directivo de las diputaciones provinciales después de la STS de 17 de diciembre de 2019: alternativas de interpretación y propuestas de regulación · JOAN MAURI MAJÓS

68

II. ESTUDIOS

El derecho local en tiempos de alarma. Un análisis jurídico de los efectos del COVID-19 en las entidades locales · FERNANDO GARCÍA RUBIO

148

El principio de eficacia como vínculo entre el derecho y la economía · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

Índice

III. PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

Defensa de la competencia y contratación pública · EDUARDO PARICIO RALLO 182

La figura administrativa de la promoción interadministrativa con movilidad · PABLO-DARÍO IBÁÑEZ CANO 215

Comentario a la nueva Ley catalana de protección y ordenación del litoral · CARLES ROS ARPA 235

IV. JURISPRUDENCIA

Crónica de jurisprudencia (de 1 de enero a 30 de septiembre de 2020) · ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ 252

QDL54

**I.
INFORME**

La situación del personal directivo de las diputaciones provinciales después de la STS de 17 de diciembre de 2019: alternativas de interpretación y propuestas de regulación

JOAN MAURI MAJÓS

*Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
Departamento de Derecho Administrativo, Derecho
Procesal y Derecho Financiero y Tributario*

- 1. Planteamiento**
- 2. La dimensión objetiva y subjetiva de la dirección pública profesional**
 - 2.1. Premisas conceptuales
 - 2.2. La dirección pública forma parte del régimen jurídico orgánico u organizativo de nuestras administraciones públicas
 - 2.3. El personal directivo no es una clase o subclase de personal
 - 2.4. El personal directivo ha de tener normalmente la condición de funcionario de carrera
- 3. El personal directivo en la legislación de régimen local y de empleo público: fragmentación o integración**
 - 3.1. Los preceptos del régimen local que regulan aspectos referidos a la dirección pública
 - 3.2. Los preceptos generales de la legislación de empleo público que regulan aspectos referidos a la dirección pública
- 4. La STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017**
 - 4.1. Antecedentes
 - 4.2. El voto mayoritario de la Sala y la desestimación del recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Cáceres

- 4.3. El voto minoritario de la Sala y lo que hubiera sido la aceptación del recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Cáceres
- 4.4. La sentencia petrifica la competencia local en materia de dirección pública y cuestiona los sistemas previstos en los reglamentos locales. Necesidad de una solución transitoria y provisional
- 5. Competencia, norma y regulación del personal directivo profesional de las entidades locales**
- 6. La posible regulación del régimen jurídico del personal directivo profesional: norma de habilitación o norma sustantiva**
 - 6.1. Planteamiento
 - 6.2. Esquema de una posible norma de habilitación
 - 6.3. Esquema de una norma sustantiva
- 7. Conclusiones**

1

Planteamiento

La determinación del régimen jurídico del personal directivo y de la competencia para disponerlo no es una tarea fácil. La dirección pública profesional es una materia a caballo entre el derecho de la organización y el del empleo público sobre la que pueden llegar a intervenir hasta tres poderes territoriales autónomos en base a sus distintas facultades normativas. Pero no se trata solo de eso. Existe en nuestra doctrina una enorme confusión terminológica y conceptual alrededor de las instituciones propias de la dirección pública. De hecho, falta en nuestro ordenamiento jurídico la aceptación de una serie de premisas compartidas sobre lo que puede llegar a ser, o si se quiere sobre lo que verdaderamente es, la figura del directivo público profesional. Ciertamente, a modo de ejemplo, puede resultar muy distinto el tratamiento que se puede dar a un sistema institucional de dirección pública profesional en función de si conceptualizamos la figura directiva como un alto cargo, un órgano o, si se quiere, un puesto directivo, un tipo específico de personal o una posición que se ha de fundamentar en la confianza política.

Por lo tanto, no pueden sorprendernos los vaivenes que sobre esta materia se han producido en nuestra jurisprudencia contenciosa, de la que es una buena muestra el pronunciamiento al que hemos de referirnos. De hecho, las páginas que siguen a continuación se dedican en gran parte a analizar los fundamentos de derecho del fallo y del voto particular de la sentencia del Tri-

bunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 11 de julio de 2019, que resuelve el recurso de casación núm. 2145/2017, interpuesto frente a la sentencia núm. 61/2017 de la Sala Contenciosa del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, recaída contra el Acuerdo Plenario de la Excm. Diputación de Cáceres de fecha 8 de febrero de 2016, de aprobación definitiva del Reglamento Orgánico que regula, entre otras materias, el régimen jurídico del personal directivo de la Diputación Provincial.

En cierta manera, los argumentos jurídicos vertidos en el texto de la sentencia representan dos distintas maneras de entender la institución directiva y permiten abrir un amplio debate sobre los efectos últimos que pueden deducirse de la misma, teniendo en cuenta que, hoy por hoy, el pronunciamiento en sí no presupone la consolidación de una determinada jurisprudencia aunque marca una evidente línea de tendencia.

En este marco se nos ha pedido también que elaboremos una propuesta normativa que pudiera ser asumida por los órganos competentes para regular el régimen jurídico del personal directivo, con la finalidad última de eliminar incertidumbres en los distintos operadores y proporcionar la necesaria seguridad jurídica, lo que exige la determinación de esa competencia, la concreción del vehículo formal que pueda utilizarse y un contenido básico de la misma, si se aspira a resolver con rapidez el problema que representa la falta de un régimen jurídico del personal directivo profesional en nuestras administraciones locales.

En base a lo que llevamos dicho hasta el momento podemos plantear las cuestiones objeto del presente informe a través de los puntos siguientes:

a) Premisas sobre las dimensiones funcionales y personales de un sistema de dirección pública profesional.

b) El régimen jurídico del personal directivo en la legislación de régimen local y en la legislación de empleo público: fragmentación o integración.

c) El régimen jurídico del personal directivo en la última jurisprudencia: el voto mayoritario de la STS, Sala de lo Contencioso, de 11 de julio de 2019, rec. 2145/2017 y su voto particular.

d) La competencia para regular el régimen jurídico del personal directivo de las entidades locales y el tipo de norma que puede actuarlo.

e) El contenido de una posible regulación del régimen jurídico del personal directivo: esquemas de una norma de habilitación y de una norma sustantiva.

2

La dimensión objetiva y subjetiva de la dirección pública profesional

2.1

Premisas conceptuales

Empecemos por afirmar que la dirección pública profesional forma parte de un sistema de gobierno local que tiene como finalidad reforzar la calidad institucional, el buen gobierno, la eficacia y la eficiencia en la prestación de servicios a la ciudadanía.

Por lo tanto, la regulación del régimen jurídico de la dirección pública profesional resulta ser primariamente la ordenación de un sistema de dirección en el ámbito de cada Administración local o, si se quiere, la regulación del régimen jurídico aplicable a sus órganos, puestos y funciones directivas.

Precisamente, para evitar errores de concepto hay que partir de una serie de premisas básicas que trataremos de aclarar.

Dichas premisas son las siguientes:

a) La dirección pública profesional es esencialmente una pieza de la organización de un sistema de gobierno que se ha de distinguir de los altos cargos y de la función pública tradicional, aunque su implantación comporta la exigencia de perfilar las peculiaridades propias del régimen jurídico del personal titular de las llamadas funciones directivas, funciones que deberán identificarse en las normas propias de cada Administración pública.

b) El directivo público profesional no es un tipo o clase de personal que podamos situar dentro de los esquemas clásicos del empleo público. No hay propiamente un régimen jurídico del personal directivo, sino una serie de especialidades que resultan de la aplicación al régimen general de los titulares de las funciones directivas que han de ser personal funcionario o laboral de la respectiva institución. Lógicamente, desde esta perspectiva, tampoco parece necesario disponer de un régimen jurídico acabado propio del personal directivo más allá del mínimo común denominador que parece desprenderse de las normas ya existentes.

c) Los puestos directivos se han de cubrir con carácter ordinario por personal funcionario de carrera, aunque se admite su desempeño excepcional y expresamente justificado por personal laboral al servicio de la Administración pública y, de forma más extraordinaria, por personal externo que haya acreditado una experiencia y una competencia profesional en puestos de trabajo directivos del sector privado. Veámoslo.

2.2

La dirección pública forma parte del régimen jurídico orgánico u organizativo de nuestras administraciones públicas

La construcción de un sistema de dirección pública profesional es un puro ejercicio de la potestad de organización derivada de la autonomía local que permite definir una serie de estructuras propias, directamente conectadas con los órganos de gobierno, a través de las cuales se pueden ejercer una serie de funciones directivas que garantizan una gestión imparcial, eficaz y participativa.

La dirección pública profesional se vehicula a través de la dimensión orgánica: los directivos son las personas titulares de los órganos y los puestos que desempeñan funciones directivas profesionales, definidos como tales en las normas específicas de cada Administración. Cuestión distinta es el régimen del personal directivo, es decir, de las personas que ocupan los puestos definidos como “directivos” por las normas de organización. Los dos aspectos de la regulación de un sistema de dirección pública no deben confundirse.

El primero de ellos es propio de las normas legales o reglamentarias que regulan el régimen orgánico de cada nivel de gobierno y administración —estatal, autonómico y local— y también todo aquello que respecta a la estructura interna de los organismos, las entidades y las sociedades instrumentales. Esas normas de organización determinan cuáles son los órganos directivos de cada Administración o ente público, regulan lo concerniente a su creación, modificación o supresión, establecen su inserción en la estructura orgánica de que se trate, es decir, definen su posición en la jerarquía de órganos, su dependencia, su respectivo ámbito de competencia y su carácter necesario o complementario y, en su caso, precisan el régimen jurídico de sus titulares y los requisitos necesarios de desempeño.

Por el contrario, el régimen del personal directivo profesional, o más específicamente el régimen de los titulares de los órganos directivos, regula las particularidades del personal funcionario o laboral que desempeña funciones directivas profesionales. Por lo tanto, en algunos extremos dicho régimen será el propio de los empleados públicos, y en otros, en atención a la naturaleza propia de la misma dirección pública entendida como institución, se abordará una singularización a través de normas específicas.

En nuestros antecedentes históricos más próximos la definición de la dirección pública profesional adopta una perspectiva eminentemente orgánica en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE). Dicha norma consagra el principio de profesionalización de la Administración General del

Estado, distinguiendo entre los órganos superiores, integrados por los ministros y los secretarios de Estado, y los órganos directivos compuestos por los subsecretarios y secretarios generales, secretarios generales técnicos, directores generales y subdirectores generales, que se consideran órganos directivos de la Administración General del Estado que han de ser provistos por funcionarios de carrera. Los órganos superiores y directivos, con la única excepción de los subdirectores generales y asimilados, tienen además la condición de alto cargo, lo que implica que, a dichas unidades orgánicas, les resultan de aplicación las prescripciones de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (en adelante, LACAGE).

Aunque el articulado de la LOFAGE se ha derogado íntegramente por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), lo cierto es que el artículo 55.3 de la misma sigue manteniendo la distinción entre órganos superiores –ministros y secretarios de Estado– y órganos directivos –subsecretarios y secretarios generales, secretarios generales técnicos, directores generales y subdirectores generales–, mientras que el párrafo sexto del mismo precepto sigue asegurando que los órganos superiores y directivos tienen la condición de altos cargos, con la consiguiente excepción de los subdirectores y asimilados.

La configuración propia de la LOFAGE para los órganos superiores y directivos de la Administración del Estado es la que se recibe y adopta en la Ley 57/2013, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, hoy perfectamente integrada en el Título X, referido al régimen de organización de los municipios de gran población, añadido a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LRBRL). Es decir, cuando se regula el régimen de organización de una tipología de entidades locales se determina y distingue entre órganos superiores y órganos directivos. Los órganos superiores son el alcalde y los miembros de la junta de gobierno local, mientras que los órganos directivos son los coordinadores generales de cada área o regiduría, los directores generales, el titular del órgano de apoyo a la junta de gobierno local y el concejal-secretario de la misma, el titular de la asesoría jurídica, el secretario general del pleno, el interventor general municipal y, en su caso, el titular del órgano de gestión tributaria.

En línea de continuidad con esta perspectiva, el artículo 32 bis de la LRBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante, LRSAL), establece los requisitos de nombramiento del personal directivo de las diputaciones, los cabildos y los consejos insulares, matizando que los mismos se pueden exceptuar a través del correspondiente reglamento orgánico en aten-

ción a las características específicas de las funciones de los correspondientes órganos directivos.

Inopinadamente, el artículo 85 bis de la LRBRL, que regula la gestión directa de los servicios de competencia local en los municipios de régimen común y en los municipios de gran población, a través de organismos autónomos y de entidades públicas empresariales locales, prevé la existencia de órganos de dirección de los mismos que deberán ser funcionarios de carrera o laborales de las administraciones públicas o profesionales del sector privado, correspondiendo a los respectivos estatutos la determinación de los máximos órganos de dirección, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación. De la misma manera, el artículo 85 ter de la LRBRL permite la constitución de sociedades mercantiles locales que se regirán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, correspondiendo a los respectivos estatutos determinar la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

De la misma manera la LRSAL ha introducido en la disposición adicional duodécima de la LRBRL una extensa regulación sobre la estructura organizativa de los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local, que incluye la fijación del número mínimo y máximo de directivos y el régimen de las correspondientes retribuciones. Régimen que hay que completar con las previsiones establecidas por la disposición adicional octava de la Ley 30/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, donde se regulan las especialidades de los contratos mercantiles y de alta dirección en el sector público, en lo relativo a las indemnizaciones por extinción de la relación especial de alta dirección.

En definitiva, el régimen jurídico de la dirección pública profesional es en estos preceptos fundamentalmente un régimen de organización que regula los órganos, los puestos y las funciones directivas, sus características propias y sus condiciones de cobertura, regulación que a menudo se define sucintamente y se remite para su construcción última a la norma local, entendida como una norma de organización y funcionamiento del gobierno local. Senzillamente, podemos decir que son los reglamentos y los estatutos propios de la Administración local los que deberán acabar determinando las estructuras, los niveles, los órganos, las funciones directivas y su forma de designación o cobertura.

A partir de ahí parece que corresponde a cada municipio de gran población y a cada diputación, cabildo y consejo insular, en ejercicio de su autonomía organizativa, concretar cuáles son exactamente sus órganos directivos,

cómo se crean y se suprimen, cómo se insertan en la estructura propia de su Administración local, cuáles son las funciones tipo que tienen atribuidas, cuáles son las características que se van a utilizar para determinar la condición del personal titular de determinadas funciones directivas, y cuáles los requisitos esenciales que se deberán acreditar para poder ostentar la titularidad de los órganos directivos.

Todo eso forma parte del régimen de organización de la función directiva o si se quiere de su regulación orgánica, todo eso es precisamente lo que ha de integrarse en un reglamento orgánico, es decir, en el reglamento orgánico de un municipio de gran población o diputación, cabildo o consejo insular.

2.3

El personal directivo no es una clase o subclase de personal

Ahora bien, como se ha dicho, otra cosa es la regulación del régimen jurídico específico del personal directivo, es decir, del personal que desempeña la titularidad de un órgano o puesto directivo establecido por las leyes y los reglamentos de organización.

Para abordar esa materia nuestros órganos jurisdiccionales se refieren, hoy por hoy, al Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP), fundado en las competencias del Estado sobre la legislación relativa a los funcionarios públicos y la legislación laboral, es decir, sobre el empleo público.

Por consiguiente, el TREBEP no regula las funciones directivas, sino que se limita a incluir en su artículo 13 algunas reglas particulares relativas al régimen jurídico específico que ha de aplicarse a los empleados públicos que desempeñan los órganos y los puestos directivos.

Pero, en puridad, el personal directivo profesional no es una clase o subclase de empleado público. El artículo 8.2 del TREBEP, que se contempla en el Capítulo I, relativo a las clases de personal, del Título II, dedicado al personal al servicio de las administraciones públicas, no ha clasificado a los directivos profesionales como una clase de empleados públicos. Su regulación figura de forma diferenciada en el Capítulo II, del mismo Título, dedicado exclusivamente al personal directivo.

Lo cierto es que el artículo 13 del TREBEP determina que el régimen jurídico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, se podrán establecer por el Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas. Igualmente, el primer párrafo de este mismo

precepto afirma que es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración. De esta manera, el TREBEP quiere establecer una determinada conexión con las normas orgánicas propias de cada Administración pública. Son estas normas las que determinan el personal al cual resulta de aplicación el régimen jurídico del personal directivo.

En cualquier caso, el personal directivo no es un tipo jurídico de personal, pero sí un régimen jurídico específico que se aplica al personal que ejerce unas determinadas funciones que se definen como directivas por las correspondientes administraciones. En puridad, no hay directivos profesionales, sino personal de las administraciones públicas que desempeña funciones directivas que han de ser objeto de identificación en cada estructura orgánica en función de sus propias características. La materia objeto de regulación es la función directiva, pero no el personal directivo como una clase de empleado público.

Hoy por hoy, las clases de personal que componen el empleo público se relacionan en el artículo 8.2 del TREBEP. En dicho precepto los empleados públicos se clasifican en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual. De hecho, el último párrafo del artículo 13 del TREBEP prevé que cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. Por lo tanto, el personal directivo ha de reunir la condición de personal funcionario o de personal laboral, ya que no parece que pueda reunir la condición de personal eventual, personal que, tal como se dice en el artículo 12.1 del TREBEP, “solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial”, un asesoramiento especial que el artículo 87.1.i) del TREBEP nos recuerda que es un “asesoramiento político”.

Esta posición recibe una fácil confirmación si desde el punto de vista estricto de la interpretación se tienen en cuenta los antecedentes históricos y legislativos del artículo 13 del TREBEP. Como antecedente histórico hay que tomar en consideración el Proyecto de Ley de Estatuto Básico de la Función Pública, presentado durante la VI Legislatura por el Gobierno del Partido Popular y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, con el número 177-1, el 5 de julio de 1999. Dicho Proyecto, que conecta directamente con el programa legislativo que dio luz a la LOFAGE, resulta claro en la identificación de la función directiva con la actividad ejercida por los titulares de los órganos directivos que se consideran como tales en la legislación de organización y funcionamiento de cada Administración pública. El objeto de la regulación es, pues, la función directiva profesional como una parte específica y diferenciada de la actividad profesional de

los funcionarios públicos. Por ello, el artículo 35.4 del Proyecto prevé expresamente que cada Administración pública ha de establecer el procedimiento de provisión de puestos de trabajo directivos y su régimen de permanencia y cese, con lo que se puede concluir, sin un particular esfuerzo interpretativo, que el desempeño de dichos puestos directivos recaerá ordinariamente en personas que ostenten la condición de funcionario.

De hecho, el Informe de la Comisión para el estudio y la preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, parece reaccionar frente a la consolidación de un esquema de este tipo presente en nuestro ordenamiento jurídico a través de la LOFAGE y de la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, que le parece limitativo de un grupo profesional directivo dotado de la suficiente estabilidad, lo que le lleva a conceptualizar una clase de personal directivo. Se trataba, pues, de pasar de la reserva de ciertos cargos o puestos denominados directivos a la regulación de un estatuto propio de la figura directiva, entendida como una “clase de personal” al servicio de las administraciones públicas diferenciada de otras. Y aunque el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno del Partido Socialista, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, con el núm. 94-1, el 8 de septiembre de 2006, no clasificaba al personal directivo como una clase de empleados públicos diferenciada de las otras y dotada con un estatuto específico propio, lo cierto es que el Proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados y presentado al Senado, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 94-14, el 2 de enero de 2007, acabó incorporando una letra e) al párrafo 8.2 del articulado que conceptualizaba al personal directivo como una clase de personal, opción que fue corregida por el mismo Grupo Socialista a través de la enmienda 265, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 85 (d), el 21 de febrero de 2007, en la cual se proponía la supresión de la letra e) del apartado 2 del artículo 8, relativa a “personal directivo”, afirmando en la correspondiente justificación lo siguiente: “En realidad el personal directivo o será personal funcionario o será personal laboral. Por lo tanto no es, en sus estrictos términos, otra clase de empleado público”. La conclusión se impone por su propia lógica: en el espíritu y en la finalidad del legislador nunca se llegó a consolidar la idea de que el personal directivo profesional debiera ser una clase de personal.

El planteamiento expuesto, fundado en la inexistencia de una clase o un tipo de empleado público directivo profesional, permite afirmar que el objeto de la regulación del artículo 13 del TREBEP no es un tipo de personal, sino, más correctamente, el régimen jurídico específico del personal que desempeña funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, que

puede ser funcionario o laboral y que cuando es laboral estará sometido a una relación de carácter especial de alta dirección.

En este punto cobra toda su lógica el artículo 130.3 de la LRBRL, relativo a los órganos directivos de los municipios de gran población, donde se prevé que el nombramiento de los órganos directivos que se denominan coordinadores generales y de los directores generales, deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el reglamento orgánico municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

De la misma manera, el artículo 32 bis de la LRBRL, referido al personal directivo de las diputaciones, los cabildos y los consejos insulares, prevé que el nombramiento del personal directivo que, en su caso, hubiera en las diputaciones, los cabildos y los consejos insulares deberá efectuarse de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el reglamento orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

Además, este es un planteamiento compartido por la escasa jurisprudencia que ha interpretado estos preceptos. Así, por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha, Albacete, de 7 de mayo de 2010, rec. 198/2008, y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de noviembre de 2012, rec. 198/2008, nos dirán lo siguiente: “En puridad no se puede decir que el personal directivo sea una clase más de empleados públicos, toda vez que no aparece aludido en la tipología de empleados públicos contenida en el art. 8 del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril) y parece situado más bien en el ámbito de la organización administrativa”. Complementariamente, la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de octubre de 2013, rec. 159/2013, advertirá que no se ha de confundir el personal con el puesto de trabajo que es el órgano directivo, afirmando lo siguiente: “La Ley de Bases de Régimen Local no había previsto una categoría nueva de personal sino puestos de trabajo excluidos del régimen propio del empleo público”. Más concluyente resulta ser la STSJ de Murcia de 19 de mayo de 2016, rec. 26/2016, donde se contiene la afirmación siguiente: “No existe en ninguna Administración pública española ningún cuerpo o escala que con la denominación ‘directivo’ agrupe a los funcionarios. Antes al contrario, lo que merece el calificativo de ‘directivo’ con-

forme a nuestra legislación son puestos concretos de trabajo que pueden ser desempeñados o no por funcionarios, de acuerdo con la normativa aplicable”. Una línea jurisprudencial que parece inspirar el comentario accidental de la STS de 28 de enero de 2016, rec. 895/2014, en la cual se considera personal directivo profesional el que, de acuerdo con el artículo 13.1 del TREBEP, desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración, aclarando expresamente lo siguiente: “su vínculo con esta puede ser el propio de la relación de servicios de funcionarios de carrera o de naturaleza laboral (artículo 13.4 del Estatuto)”.

El personal directivo tiene que pertenecer, pues, a una clase de personal, funcionario de carrera o personal laboral, lo que significa que su régimen jurídico específico está constituido por algunas reglas especiales, diferentes, al menos en parte, a las que se aplican al resto de los empleados públicos, pero no por una regulación completa y separada que sustituya por entero a la legislación que resulta de aplicación al personal funcionario o laboral. Salvado este régimen específico, si el directivo público ha de ser funcionario o laboral le ha de resultar de aplicación la legislación propia de una u otra clase de empleado público, según su propia condición y tipo de relación.

2.4

El personal directivo ha de tener normalmente la condición de funcionario de carrera

Se ha dicho que en el ordenamiento jurídico español la dirección pública profesional es un sistema de circuito cerrado al que solo pueden acceder los funcionarios de carrera de los grupos superiores.

La afirmación realizada se puede fundamentar sin un particular esfuerzo interpretativo en los textos legales vigentes. El artículo 2.6 de la LACAGE prevé expresamente que el nombramiento de los subsecretarios y secretarios generales se realizará entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, que pertenezcan a cuerpos clasificados en el subgrupo de titulación A1. Dicha regulación también es de aplicación al nombramiento de los directores generales, salvo que el real decreto de estructura del departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la dirección general, su titular no reúna la condición de funcionario, una excepción que deberá motivarse expresamente, mediante memoria razonada expresiva de la concurrencia de las especiales características que justifiquen dicha circunstancia excepcional.

También, como ya hemos dicho, los artículos 32 bis y 130.3 de la LRRL prevén que los nombramientos de los titulares de los órganos directivos de los municipios de gran población, diputaciones, cabildos y consejos insulares se deberán efectuar entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el reglamento orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

De aquí puede concluirse, con referencia a la Administración local, lo siguiente:

a) Como principio general, el régimen jurídico de los titulares de los órganos directivos es el de funcionario de carrera, de manera que, con carácter ordinario y normal, su nombramiento solo podrá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1.

b) Excepcionalmente, el reglamento orgánico permite el nombramiento de personal que tenga la condición de personal laboral en atención siempre a las características específicas de las funciones atribuidas a los órganos directivos, que son las que permitan que sus titulares no tengan la condición de funcionario.

Lógicamente, planteada así la cuestión resulta evidente que la determinación de los órganos directivos cuyos titulares pueden ostentar la condición de personal laboral no es enteramente libre. Dicho de una manera simple, lo normal es que los puestos directivos sean ocupados por un funcionario de carrera. Lo excepcional es que esos puestos directivos puedan ser ocupados por personal laboral y las excepciones han de ser cuantitativamente razonables. Además, se han de instrumentar formalmente a través del reglamento orgánico y se han de fundamentar expresamente en las características específicas de las funciones de un particular puesto directivo, lo que exige una motivación expresa de la excepción en base a una justificación objetiva, razonable y concreta.

La jurisprudencia existente en esta materia parece referir las características específicas que permiten la realización de la excepción mencionada a los tres tipos de situaciones siguientes:

a) El hecho objetivo de que las funciones del órgano o del puesto directivo no se correspondan con las de los cuerpos o escalas de funcionarios existentes en una estructura profesional propia, tomando como referencia la preparación, la experiencia y las tareas asignadas, lo que puede demandar un

perfil profesional específico dotado de competencias y experiencias plurales que se adquieren principalmente en el sector privado, y resultan acreditativas de una idoneidad superior para unas funciones específicas que han de ser objeto de definición previa. Por lo tanto, aquí las características de excepción apuntan a una hipotética insuficiencia del perfil profesional de los funcionarios de carrera existentes en un determinado centro orgánico, tal como se advierte en las SSTS de 21 de marzo, rec. 1060, de 6 de marzo de 2007, rec. 23/2006, y de 22 de octubre de 2013, rec. 240/2012.

b) La existencia de un determinado puesto directivo que en función de sus especiales características pueda ser desempeñado por otros empleados públicos que no tengan la condición de funcionario, pero que pueden llegar a acreditar una especial competencia en las materias propias comprendidas en el ámbito funcional del correspondiente órgano directivo, con lo que resulta innecesario que dichos puestos directivos hayan de ser cubiertos por personal externo que no posee la condición de empleado público, como se argumenta en la STS de 3 de septiembre de 2010, rec. 528/2008.

c) La naturaleza última de una determinada posición directiva definida por un contenido funcional claramente político por coadyuvar al diseño de estrategias y programas sectoriales, de presente y de futuro, complejos y de una indudable transcendencia, que conectan con la conveniencia y la necesidad de un profundo conocimiento de determinados sectores de la sociedad civil, o con una indudable obligación de relación con representantes políticos de los diversos niveles de las estructuras territoriales del Estado, funciones todas ellas alejadas de aquellas posiciones directivas que tienen una naturaleza más técnica y administrativa, tal como se dice en las SSTS de 2 de julio de 2008, rec. 81/2005, y de 22 de octubre de 2013, rec. 240/2012.

En todo caso, más allá de lo dicho hasta el momento, lo cierto es que en la jurisprudencia más reciente la afirmación es clara: el nombramiento para el desempeño de puestos directivos ha de recaer preferentemente en quienes tengan la condición de funcionario de carrera, siendo excepcional lo contrario y solo para el supuesto de que así se requiera en atención a las características específicas de las funciones que se vayan a desempeñar, que han de poner de manifiesto que se precisan unos conocimientos y preparación ajenos a los propios de los cuerpos y escalas de funcionarios existentes en una determinada estructura organizativa, tal como se dice en las SSTSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 24 de julio, de 2018, rec. 392/2018, y de 29 de enero de 2019, rec. 222/2018.

Lógicamente, si eso es así puede afirmarse que el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, salvadas siempre las correspondientes peculiaridades que en atención a su condición específica puedan establecerse

en las leyes y en los reglamentos, será el del personal funcionario de carrera. De la misma manera, el régimen jurídico del personal directivo con contrato laboral será el que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, con las especialidades propias de su aplicación al sector público, y en nuestro caso, de forma más concreta, al sector público local.

3

El personal directivo en la legislación de régimen local y de empleo público: fragmentación o integración

En este apartado queremos hacer una referencia expresa a las dos cuestiones siguientes: (1) la determinación de los preceptos del régimen local que resultan de aplicación a los titulares de los puestos directivos, y (2) la concreción de los preceptos de la legislación de empleo público que podrían resultar de aplicación a los titulares de las funciones directivas en las entidades locales.

3.1

Los preceptos del régimen local que regulan aspectos referidos a la dirección pública

Al margen de lo que pueda decir el voto mayoritario de la STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017, el régimen local cuenta con una adecuada definición de lo que pueda ser la figura directiva en este nivel territorial. La disposición adicional decimoquinta de la LRBRL, referida al régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los directivos locales y de otro personal al servicio de las entidades locales, nos dice lo siguiente: “tendrán la consideración de personal directivo los titulares de los órganos directivos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales”.

El valor de esta disposición tiene ciertamente un carácter estructurador que reside en los dos aspectos siguientes:

a) Confirma que tiene la consideración de personal directivo la persona titular de un órgano directivo que han de identificar las normas específicas de cada Administración pública.

b) Define una serie de características propias de la relación de dirección, como pueden ser: (1) el ejercicio de funciones de gestión o ejecución de carácter superior; (2) la dependencia del órgano de gobierno de la corporación de la que se reciben instrucciones generales; y (3) la existencia de un margen de autonomía, lo que conlleva la correspondiente asunción de responsabilidad por la propia gestión.

En definitiva, la identificación de una posición directiva en el seno de cada Administración local requiere como mínimo la concurrencia de tres requisitos: el funcional, por el que deben ejercerse funciones de gestión o ejecución de carácter superior; el jerárquico, por el que la actividad se desarrolla solo limitada por las directrices generales del órgano de gobierno de la corporación, órgano del que se depende; y el objetivo, por el que la actividad se desarrolla con un margen de autonomía, asumiendo la responsabilidad por la gestión realizada.

No parece, pues, que falte en nuestro régimen local un precepto que defina las características propias de la función directiva. Es más, si se adopta una perspectiva comparada, se observa que la definición realizada guarda una serie de coincidencias relevantes con los elementos conceptuales que determinan el ámbito del contrato laboral de alta dirección que resultan enunciados en el artículo 1.dos del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de alta dirección (en adelante, RDPAD), en el que se dice: “Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

Unas coincidencias que se acentúan en el artículo 3.1.b) del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, precepto en el cual se afirma que directivos: “son quienes formando parte del consejo de administración, de los órganos de superiores de gobierno o administración, o actuando bajo su dependencia o la del máximo responsable, ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del máximo responsable o de los citados órganos”.

Por lo tanto, podemos concluir que en el sector local, a diferencia de lo que sucede en otros niveles territoriales, existe un precepto con rango de ley que califica y define expresamente al personal directivo al margen del Estatuto Básico del Empleado Público.

Dicho esto no estará de más advertir que el mencionado precepto establece también el régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los directivos locales. De esta manera, la disposición mencionada advierte que los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación. Pero también les resultan de aplicación las limitaciones establecidas al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, en los términos establecidos por el artículo 75.8 de la LRBRL y el régimen previsto en el artículo 75.7 de esta misma Ley para la formulación de las correspondientes declaraciones.

Finalmente, conviene reparar en que el artículo 176 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, sigue prescribiendo que los puestos de trabajo de carácter directivo han de ser incluidos en la relación de puestos de trabajo de la correspondiente corporación local, relación que puede ser la general o un instrumento de ordenación similar distinto y separado de la clasificación del resto de personal de la correspondiente entidad local, ya que ninguna norma obliga a una Administración pública a elaborar una sola y única relación o catálogo de puestos de trabajo.

A las prescripciones citadas hay que añadir aquellas a las que hemos hecho referencia y que pasamos brevemente a enunciar para obtener una visión de conjunto de la forma siguiente:

a) Los artículos 130 y 32 bis de la LRBRL, en los que se regulan los requisitos de designación y los criterios para determinar la condición de los titulares de los órganos directivos.

b) El artículo 58 de la LRBRL, en el que se regulan los requisitos, la forma de designación y la manera de determinar la condición de los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles locales.

c) La disposición adicional octava de la Ley 30/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, donde se regulan las especialidades de los contratos mercantiles y de alta dirección en el sector público local en cuanto a las indemnizaciones por extinción de la relación laboral de alta dirección.

d) La disposición adicional duodécima de la LRBRL, en la cual se fijan las estructuras organizativas tipo de los entes, consorcios, sociedades, orga-

nismos y fundaciones que conforman el sector público local, con concreción del número mínimo y máximo de directivos por cada tipo de clasificación y establecimiento de criterios para determinar las retribuciones que pudieran corresponderles.

3.2

Los preceptos generales de la legislación de empleo público que regulan aspectos referidos a la dirección pública

La falta de coherencia interna en el ordenamiento jurídico de la dirección pública profesional en el Estado español puede hacer pensar que no existe un tipo único de función directiva, sino una pluralidad de regímenes jurídicos de carácter especial que resultarían de aplicación de forma diferenciada a los titulares de los órganos directivos de la Administración del Estado, a los titulares de los órganos directivos de cada comunidad autónoma, a los titulares de los órganos directivos de los municipios de gran población, a los titulares de los órganos directivos de los entes locales supramunicipales y a los titulares de los órganos directivos de los municipios de régimen común. Aún más, se podría llegar a decir que los órganos directivos del Estado, de los municipios de gran población y de las entidades municipales estarían inspirados en el modelo LOFAGE, que resulta radicalmente distinto al esquema propio de una dirección pública profesional prevista en el artículo 13 del EBEP.

De hecho lo que sucede es que los artículos 130 y 32 bis de la LRBRL y el artículo 13 del TREBEP aparecen en trayectorias, contextos y referencias distintos, pretendiendo objetivos no exactamente coincidentes, de manera que los elementos normativos reguladores de los órganos directivos de los municipios de gran población y de los entes locales supramunicipales y los propios de la dirección pública profesional enunciados en la legislación de empleo público no se situarían en línea de continuidad, sino de manera paralela, hasta el punto de que podría afirmarse que obedecen a fundamentos distintos y a concepciones básicamente alternativas, más próxima la primera al sistema de altos cargos del Estado, más sobrepuesta la segunda al modelo de dirección propio de la alta función pública profesional.

Precisamente, la distinción entre un sistema de altos cargos y un sistema de dirección pública profesional puede resultar significativa a nuestros efectos. Los altos cargos son figuras propias y exclusivas del Estado y de las comunidades autónomas, y aunque se les considera titulares de órganos directivos no son, o no han de ser, conceptualizados como directivos públicos profesionales. Ciertamente, una dirección general puede ser perfectamente un

órgano directivo de un determinado departamento, pero dicha cualificación no supone que el titular de dicha dirección haya de ser una directivo público profesional regulado por el artículo 13 del TREBEP.

Precisamente ocurre todo lo contrario, se trata de un alto cargo titular de un órgano directivo regulado por la legislación de altos cargos del Estado o de la correspondiente comunidad autónoma, tal como se afirma, por cierto, en la STC 202/2003, de 17 de noviembre, donde se dice: “En efecto, ni el cargo de director general forma parte de la carrera administrativa, ni es tampoco un puesto de trabajo clasificado en ninguno de los treinta niveles a que obliga el art. 21.2 a) de la Ley 30/1984. Es, por el contrario, un órgano directivo del correspondiente departamento ministerial o consejería que tiene la consideración de alto cargo, y que por lo demás, en puridad, ni siquiera está reservado a funcionarios de carrera, por más que este sea el modo ordinario y preferente que señalen las leyes para su selección”.

Una línea plenamente confirmada en la STS de 18 de enero de 2016, rec. 895/2014, donde se dice con absoluta claridad: “La Dirección General es, ciertamente, un órgano directivo del Ministerio pero tal calificación no supone que quien está al frente de ella sea o forme parte del personal directivo profesional al que alude el artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Aunque lo cierto es que algún pronunciamiento parece haber querido trasladar la distinción mencionada al ámbito local, tal como se puede ver en la STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2016, rec. 468/2016, referida a los órganos directivos de un municipio de gran población, donde se dice: “una cosa es el directivo público profesional del citado art. 13 y otra el órgano directivo a que estos autos se contraen, desempeñando el primero una función directiva profesional frente a la dimensión política de la gestión del segundo”.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria no ha ido por esos derroteros y ha procedido a una rápida –pero discutible– identificación entre el régimen jurídico de los titulares de los órganos directivos de las entidades locales y el régimen jurídico de los directivos públicos profesionales que ahora parece cimentar la STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017, sin plantearse siquiera, al menos teóricamente, otro tipo de alternativa o solución.

Pero si repasamos los antecedentes en esta materia, la STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2015, rec. 69/2015, advierte de que la noción de “alto cargo” no es un concepto difuso o elástico que pueda trasladarse sin más a la Administración local, ya que requiere una norma que expresa y unívocamente otorgue al titular de un órgano este carácter, hasta el punto de que cada ámbito administrativo utiliza sus propios criterios diferenciados para determinar

cuáles de sus órganos superiores o directivos tienen la consideración de altos cargos, existiendo también órganos directivos cuyos titulares no tienen la consideración de altos cargos, pero que acaban resultando asimilados a estos a los solos efectos de las normas sobre incompatibilidades o sobre conflictos de intereses. En todo caso, la misma sentencia nos recuerda, en base a la doctrina establecida por la STSJ de Aragón de 6 de marzo de 2015, rec. 65/2012, que en la normativa reguladora de la Administración local no existe ninguna mención al concepto de alto cargo, ni tampoco una enumeración de los altos cargos que pueden llegar a existir en la organización municipal o provincial, limitándose el régimen jurídico de los municipios de gran población a establecer como “órganos superiores” al alcalde y a los miembros de la junta de gobierno, sin que se les atribuya la condición de alto cargo, concluyendo que, en definitiva, los titulares de los órganos superiores y de los órganos directivos en la Administración local no tienen la consideración de alto cargo. Lo que por cierto se dice con toda rotundidad en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de septiembre de 2014, rec. 386/2012, cuando se afirma: “ningún titular de los órganos directivos municipales, ni tampoco de los denominados órganos superiores, tiene la consideración de alto cargo”.

Si se considera que no tienen dicha consideración, si la dirección pública en la Administración local no tiene una dimensión política, el paso lógico es identificarla con la dirección pública profesional servida por empleados públicos.

El planteamiento inicial de esta doctrina se encuentra en la STSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de mayo de 2010, rec. 198/2008, en la cual se refleja tal como, por cierto, dice el mismo pronunciamiento, la enorme confusión terminológica y conceptual existente en una materia en la que se tiende a equiparar al directivo público con los altos cargos y los puestos de confianza política, advirtiendo acertadamente de que el personal directivo se inserta en un espacio propio entre la dirección política y la función pública superior de carrera, de manera que la figura ha de ser concebida como la de un profesional con capacidad de liderazgo que posee la formación y las habilidades necesarias para hacer funcionar adecuadamente el engranaje administrativo, bajo la dirección de los correspondientes órganos de gobierno, desarrollando una gestión que ha de quedar sometida a criterios de eficacia, eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de objetivos previamente definidos, advirtiendo al respecto que optar por dar preeminencia al elemento político en la configuración del régimen directivo podría resultar contrario a los principios constitucionales de mérito y capacidad que inspiran a la función pública (art. 103.3 CE), a los de objetividad de la actuación administrativa y eficacia (art. 103.1 CE), y a los de eficiencia y economía en el gasto público (art. 31.2 CE),

que avalan la opción por la profesionalización hecha por el artículo 13 del TREBEP, también en el ámbito de la Administración local y, más concretamente, en la designación de los directivos propios de los municipios de gran población.

A partir de ahí resulta fácil dar un salto conceptual y admitir que el régimen jurídico de los titulares de los órganos directivos previsto por los artículos 130 y 32 bis de la LRBRL, se ha de complementar con el régimen jurídico del personal directivo profesional del artículo 13 del TREBEP.

En esa dirección, la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de octubre de 2013, rec. 159/2013, dirá lo siguiente: “La Ley de Bases de Régimen Local no había previsto una categoría nueva de personal sino puestos de trabajo excluidos del régimen propio del empleo público. Una vez que el personal que ha de ocupar estos puestos tiene un régimen jurídico específico en el EBEP, ha de ser aplicado también a la función directiva profesional en el ámbito municipal aunque sus normas propias no lo hayan previsto expresamente pues no tenían necesidad de reproducir las bases legales de la función pública”.

Más concretamente, para el supuesto específico de las entidades supra-municipales, la STSJ de Extremadura de 9 de febrero de 2017, rec. 156/2016, que da origen al pronunciamiento que nos ha de ocupar, nos dirá: “El art. 32 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LRBRL), introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), determina el régimen y los requisitos de los nombramientos del personal directivo en las diputaciones provinciales. Este régimen jurídico debe completarse con lo dispuesto, con carácter básico, en el art. 13 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y la disposición adicional decimoquinta de la LRBRL”.

La aplicación del artículo 13 del TREBEP a los titulares de los órganos directivos presupone un ejercicio de traslación de conceptos que se podría articular de la forma siguiente:

a) La identificación de las funciones directivas se reenvía a las normas específicas de cada Administración pública, lo que resulta ser una remisión directa a la determinación de los tipos orgánicos y las estructuras propias de cada entidad local, entidades que deberán tener en cuenta para su adecuada concreción los criterios sustantivos establecidos en la disposición adicional decimoquinta de la LRBRL sobre caracterización de las funciones directivas.

b) La designación de los titulares de los órganos directivos ha de atender a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad y se ha de producir en base a procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia, entre los que se encuentra el de libre designación, por lo que dicho

precepto puede relacionarse legítimamente con el artículo 80.1 del TREBEP, donde se dice que la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto se produce a través de una “apreciación discrecional”.

c) El personal directivo ha de sujetarse a criterios de evaluación de acuerdo con criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por la propia gestión y control de resultados en relación con los objetivos que se les hayan podido fijar.

d) La determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva, lo que, por cierto, se confirma con carácter general en el artículo 37.2.c) del TREBEP.

e) El personal directivo que haya de reunir la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

A estas prescripciones hay que sumar otra, como es la contenida en el artículo 87.f) del TREBEP, donde se prevé el pase a la situación de servicios especiales de los funcionarios de carrera que desempeñen responsabilidades en los órganos directivos municipales, un concepto que puede extenderse sin dificultad a los titulares de los órganos directivos de los entes supramunicipales.

Abundando en la línea de reforzar el régimen de las incompatibilidades del personal directivo, también conviene anotar que la disposición final tercera del TREBEP modifica la legislación de incompatibilidades para declarar que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal directivo, incluido el sujeto a una relación laboral de carácter especial de alta dirección.

En cualquier caso, si procedemos a una interpretación armónica e integrada de todo lo dicho hasta el momento podemos llegar a las siguientes conclusiones:

a) Existe en nuestra legislación de régimen local una definición clara de lo que pueden ser las funciones directivas profesionales, y una atribución específica a cada Administración pública para definir las y estructurarlas en sus normas e instrumentos específicos de acuerdo con sus potestades de organización.

b) La legislación vigente de régimen local permite a los municipios de gran población y a los entes supramunicipales determinar la condición del personal directivo a través de sus reglamentos orgánicos.

c) La legislación de régimen local y la de empleo público determinan los requisitos y los principios de la designación del personal directivo, sin que parezca descabellado pensar que el cese de dicho personal se dará de acuerdo con los mismos en base a una decisión motivada en la pérdida de la idoneidad

para desempeñar el puesto, o en la falta de obtención de resultados con referencia a los objetivos que le hayan sido previamente fijados.

d) Existe en nuestra legislación de régimen local y de empleo público una amplia regulación del sistema de incompatibilidades y prevención de conflictos de intereses de los directivos públicos.

e) Nuestras normas de empleo público regulan el régimen jurídico de las situaciones administrativas del personal directivo en función de la naturaleza de su relación y de su posición en la situación de origen.

f) No parece descabellado pensar que la inexistencia de negociación para determinar las condiciones de trabajo del personal directivo conlleva que las mencionadas condiciones sean fijadas unilateralmente por la Administración, y aceptadas por dicho personal en el momento de su designación y toma de posesión.

g) La sujeción del personal directivo a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultado, no excluye su necesario ajuste al sistema de deberes, principios éticos y de conducta propio de los empleados públicos.

h) De hecho, la naturaleza última de este personal como personal funcionario y personal laboral de las administraciones públicas permitiría afirmar que el Estatuto Básico del Empleado Público debe actuar como norma supletoria necesaria para la cobertura de todo tipo de vacíos que pudieran detectarse en su régimen jurídico, tal como, por cierto, parece apuntar el artículo 2.5 del TREBEP.

i) Respecto al personal laboral que pudiera llegar a cubrir posiciones directivas en base a las habilitaciones permitidas por la legislación de régimen local y la legislación de empleo público instrumentadas a través de un contrato laboral de alta dirección, existe un verdadero bloque normativo que particulariza y concreta el régimen jurídico de esta relación laboral especial en el sector público.

No se trata, pues, de la existencia de unas concretas y muy específicas atribuciones a los entes locales sobre el personal directivo que no llegarían a constituir un régimen ordenado y homogéneo capaz de articular las particularidades de la figura. Obviamente, se puede llegar a esta solución si se renuncia a toda función de carácter hermenéutico y se reduce la función del intérprete del derecho a una pura comprobación de textos, volviendo a tiempos pretéritos donde el único criterio es la letra de la ley atendiendo al significado propio de las palabras, aunque ello suponga prescindir de otros criterios como pueden ser los antecedentes históricos y legislativos, la finalidad de las normas, la realidad social de nuestro tiempo y la propia complejidad que supone la existencia de un sistema de autonomías territo-

riales, es decir, de poderes políticos autónomos con capacidad para definir estructuras de gobierno.

4

La STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017

4.1

Antecedentes

Las páginas que siguen tienen por objeto comentar los fundamentos de derecho del voto mayoritario y del minoritario de la sentencia citada desde una vertiente estrictamente sustantiva.

Dicha sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Cáceres contra la sentencia n.º 61, de 9 de febrero de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura con sede en Cáceres, en el recurso contencioso-administrativo n.º 156/2016, sobre función pública y personal.

El recurso cuestionaba el Acuerdo Plenario de la Diputación de Cáceres de fecha de 9 de febrero de 2016, de aprobación definitiva del Reglamento que regula entre otras materias el régimen jurídico del personal directivo de la Diputación Provincial, que quedaba anulado por decisión de dicho Tribunal.

Hay que apresurarse a decir que dicho fallo solo tiene una consecuencia directa sobre la parte del Reglamento Orgánico de la mencionada Diputación que se anula, pero no produce efectos sobre otros posibles reglamentos, provinciales y locales, que regulan la materia, normas que no han sido cuestionadas ante nuestros órganos jurisdiccionales y que mantienen toda su validez y eficacia jurídica, habiendo ganado la correspondiente firmeza. Es más, conviene recordar aquí que la jurisprudencia solo complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo y no con una única sentencia.

En todo caso, la parte del Reglamento Orgánico de la Diputación Provincial de Cáceres, después de la corrección de errores publicada en el BOP, n.º 140, de 21 de julio de 2016, que ha sido anulada dedicaba su título V al personal eventual y al personal directivo, y el capítulo II de dicho título íntegramente al personal directivo. El mencionado capítulo contenía un artículo 104, sobre el régimen jurídico del personal directivo, un artículo 105, sobre órganos directivos, un artículo 106, sobre funciones del personal directivo, un artículo 107, sobre requisitos del personal directivo, un artículo 108, sobre

nombramiento del personal directivo, un artículo 109, sobre el régimen jurídico aplicable al personal directivo, y un artículo 110, sobre responsabilidad por la gestión y evaluación de resultado. Dicho régimen acabado y completo se fundaba en lo previsto en el artículo 32 bis y la disposición adicional 15.^a de la LRBRL, así como en el artículo 13 del TREBEP, y ocupaba las páginas 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 del correspondiente Boletín Oficial de la Provincia.

Las cuestiones en las que entendió que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia por el ATS de 23 de abril de 2018, rec. 2145/2017, eran las siguientes:

a) Si el artículo 13 del TREBEP es relevante y resulta de aplicación en la determinación de las competencias de los entes locales para la regulación de su personal directivo.

b) Si entra dentro de las competencias de los entes locales y, en particular, de las diputaciones provinciales la regulación de su personal directivo.

c) Si existe una reserva de ley en la regulación del personal directivo de los entes locales y, en ese caso, qué grado de intensidad normativa se ha de contener en la norma de rango legal para entender satisfecha la reserva de ley sin menoscabo de la potestad de autoorganización de los entes locales.

A tener en cuenta que la sala de admisión reproduce en los razonamientos jurídicos de su auto una parte del escrito de la parte recurrente, indicando que aunque del artículo 13 del TREBEP parece deducirse que la competencia para la regulación del personal directivo corresponde al Estado y a las comunidades autónomas, ello puede deberse a un olvido del legislador o bien tratarse de una opción deliberada que determinaría que el artículo 13 del TRBEP cedería ante la legislación sectorial, esto es, la contemplada en la LRBRL.

4.2

El voto mayoritario de la Sala y la desestimación del recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Cáceres

El juicio del voto mayoritario de la sala se fundamenta en una interpretación estrictamente literal y finalista del artículo 13 del TREBEP que se constituye desde el primer momento en el elemento central del litigio.

El primer párrafo de dicho precepto dispone lo siguiente: “El Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición”.

A partir de ahí y sobre la simple observación del texto transcrito se llega rápidamente a las siguientes conclusiones:

a) No existe una reserva de ley en la regulación del personal directivo de los entes locales.

b) No hay ninguna atribución a los entes locales para regular el régimen jurídico del personal directivo. Por lo tanto, no existe, pues, un olvido del legislador, ni una competencia implícita de los entes locales para proceder a dicha regulación.

c) Implícitamente, se sostiene también que el artículo 13 del TREBEP resulta de aplicación al personal directivo de los entes locales, lo que presupone que la dirección pública local no constituye en sí misma considerada un sistema institucional propio específicamente contemplado por las normas del régimen local constituido como ordenamiento jurídico sectorial.

d) Implícitamente, se admite también que lo que está en juego es una cuestión de función pública o, si se quiere, tal como dice el propio Tribunal, un esquema atípico de empleo público. Por lo tanto, la discusión no se refiere a un ámbito institucional u organizativo; el elemento central de litigio es un régimen jurídico específico de personal.

A partir de ahí la conclusión resulta obvia: los entes locales no están habilitados para desarrollar reglamentariamente el artículo 13 del TREBEP, una competencia únicamente atribuida al Gobierno del Estado y a los ejecutivos de las comunidades autónomas.

En este punto se recurre a una interpretación finalista para subrayar que la habilitación normativa concedida a los Gobiernos del Estado y de las comunidades autónomas pone de relieve la importancia que el legislador estatal otorga a que ese régimen esté dotado de suficiente homogeneidad y tenga una ordenación coherente.

La idea de homogeneidad resulta sorprendente en un modelo territorial que puede llegar a admitir hasta diecisiete construcciones distintas correspondientes a otras tantas comunidades autónomas, salvo que implícitamente la tesis del Tribunal presuponga una invitación al Estado para ejercer su competencia básica en esta particular materia, competencia, no lo olvidemos, que hoy por hoy ha quedado fijada en el artículo 13 del TREBEP, con independencia de que sepamos que lo básico no tiene por qué tener siempre la misma amplitud.

Lo cierto es que la idea de homogeneidad se nos aparece como un sucedáneo de la de uniformidad mínima. Se trata, pues, de garantizar un tratamiento general y unitario que ha de tener vigencia como mínimo en el ámbito territorial de cada comunidad autónoma, lo que “a sensu” con-

trario significaría, desde la perspectiva del principio de autonomía local, que todo aquello que no pudiera ser considerado una normativa necesariamente uniforme y común debería formar parte de la competencia local en la materia régimen jurídico del personal directivo.

En la práctica, sucede que nuestro Tribunal parece querer hacer jugar a la regulación propia que se pudiera ordenar por los ejecutivos el papel característico de una norma básica estatal. De hecho el valor uniformidad, o si se quiere, homogeneidad, es el fundamento último y explicativo de la competencia básica, homogeneidad que no se encontraría asegurada por lo dispuesto en el artículo 13 del TREBEP. De lo que se deduce que el planteamiento de este texto legal, que no es otro que el de establecer las bases de la legislación de empleo público, se completa con la encomienda al Estado y a las comunidades autónomas de la integración del régimen jurídico del personal directivo a fin de completar las determinaciones básicas, lo que puede llegar a resultar cierto en el caso del Estado, ya que teóricamente se admite que la ley que formalmente establezca las bases concrete las posibles habilitaciones reglamentarias que actúen como un complemento básico indispensable, pero que resulta mucho más difícil trasladar a los reglamentos de las comunidades autónomas que pudieran llegar a ordenar la materia.

Pero no se trata solo de uniformidad, se trata también de procurar una ordenación coherente de una “figura” que no se define aunque se considera ajena a los esquemas típicos del empleo público, es decir, de una “figura” atípica del empleo público. Al respecto el Tribunal advierte con referencia al artículo 13 del TREBEP lo siguiente: “Ni se debe pasar por alto que este artículo no lo define en realidad porque su apartado 1, después de decir que personal directivo es el que dirige, se viene a remitir a las normas específicas de cada Administración. Y tampoco se ha de ignorar que el Estatuto Básico no trata de la duración del ejercicio de sus funciones, ni de las causas por las que cesará. Falta, además, en él toda referencia a sus condiciones de empleo, derechos y deberes fuera de someterle a evaluación con arreglo a criterios de eficacia”.

Es más, las habilitaciones legislativas a las entidades locales para regular el régimen jurídico del personal directivo se entiende que constituyen atribuciones concretas y muy específicas, que precisamente lo que subrayan es la carencia de una competencia plena para completar el régimen jurídico del personal directivo ya que, si la tuvieran, dichos apoderamientos resultarían innecesarios.

Un aspecto que parece ciertamente discutible si se tiene en cuenta lo siguiente:

a) Los artículos 32 bis y 130.3 de la LRBRL determinan que el nombramiento del personal directivo deberá efectuarse entre funcionarios de carrera, salvo que el reglamento orgánico permita que su titular no reúna dicha condición de funcionario de carrera en atención a las características específicas de las funciones. Es decir, en el ordenamiento jurídico sectorial local los criterios para determinar la condición del personal directivo se han establecido por ley: con carácter general tendrán la condición de funcionarios de carrera salvo que, en atención a las características específicas de la función por desarrollar, el reglamento orgánico local –no el del Gobierno o el de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas– permita otra cosa.

b) En el régimen local el personal directivo se define en la disposición decimoquinta de la LRBRL: “tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de las directrices generales”. Sobre la base de esa definición, tal como se dice en el artículo 13 del TREBEP, las normas específicas de cada Administración pública identificarán los órganos con funciones directivas.

c) No se entiende muy bien por qué se ha de regular una particular duración del ejercicio de las funciones directivas, es decir, la existencia de periodos de desempeño de los puestos directivos temporalmente limitados; ello presupone la asunción de un arquetipo en el cual las funciones directivas tienen un particular período de desempeño, que viene a coincidir o no con el de los mandatos representativos, aunque sea bueno que no coincidan.

d) Parece lógico relacionar las causas del cese en una determinada función con las de su nombramiento. Por lo tanto, si el personal directivo ha de ser nombrado de conformidad con el principio de igualdad, mérito e idoneidad, es decir, si el procedimiento de cobertura de la titularidad del puesto directivo ha obedecido a un sistema mínimamente reglado y objetivado, el cese deberá estar también reglado y objetivado, de manera que no pueda ser arbitrario y se produzca por causas tasadas que respondan a criterios vinculados a la idoneidad y al desempeño del puesto directivo.

e) La regla de los artículos 13 y 37.2.c) del TREBEP, que excluye de la obligación de negociar la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo, aboca a su concreción a través de una decisión unilateral de la Administración, que deberá ser objeto de aceptación por la persona titular de la correspondiente posición directiva.

f) Dada la natural supletoriedad del régimen jurídico general del empleo público, la cobertura de los posibles espacios que la legislación del régimen específico del directivo público profesional deje sin cubrir podría hacerse, con toda naturalidad, con las previsiones establecidas en el Estatuto Básico del Empleado Público y en la legislación de empleo público de la correspondiente comunidad autónoma.

Finalmente, se advierte de que la autonomía garantizada constitucionalmente y las potestades reglamentaria y de autoorganización no resultan por sí solas suficientes para ejercer cualquier competencia regulatoria, sobre todo si dicha competencia está atribuida a otra autoridad como sucede en el caso del artículo 13 del TREBEP, que atribuye su desarrollo al Gobierno y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas.

Dicho de otra manera, los razonamientos del Tribunal Supremo parecen llevarnos a tres conclusiones:

a) La legislación básica del Estado en materia de empleo público sobre el régimen jurídico del personal directivo establecida en el artículo 13 del TREBEP resulta insuficiente, y ha de ser necesariamente completada a través de la habilitación reglamentaria prevista en favor del Gobierno del Estado y de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, lo que significa presuponer que el Estado no ha agotado su competencia sobre esta particular materia, competencia que parece presentarse en un régimen de concurrencia o alteridad con la de los ejecutivos de las comunidades autónomas, un aspecto, por cierto, que no se acaba de concretar.

b) Se ha renunciado a una interpretación armónica e integrada de los diferentes regímenes generales, sectoriales y específicos en presencia, lo que en la práctica hubiera permitido construir un modelo más acabado, aunque provisional, del régimen jurídico del personal directivo que permitiera el válido ejercicio de la competencia local.

c) La primacía atribuida al reglamento estatal y autonómico para la regulación del régimen jurídico del personal directivo posterga o mejor dicho vacía de contenido efectivo todas las normas sectoriales del régimen local que organizan los sistemas de dirección pública profesional, hasta el punto de que una legislación desplaza a otra y no permite que tenga efectos, sin que se sepa muy bien por qué el aspecto subjetivo de la figura directiva debe primar sobre el aspecto orgánico.

d) La decisión de priorizar el reglamento gubernativo sobre el local “congela” la potestad normativa local en esta materia, ya que la misma no puede ejercerse válidamente sin la existencia de un reglamento estatal y/o autonómico que la pueda enmarcar válidamente.

4.3

El voto minoritario de la Sala y lo que hubiera sido la aceptación del recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Cáceres

De entrada conviene hacer notar que dicho voto particular se redacta por dos magistrados de los cinco integrantes de la Sala, entre los que se cuenta su presidente, y resulta ser una enmienda a la totalidad de la argumentación del voto mayoritario y del sentido de su fallo, ya que se entiende que la sentencia debería haber estimado la competencia de la Diputación para regular el personal directivo en su reglamento orgánico, sin perjuicio de que se pasara a examinar el contenido de dicha regulación, hasta dónde debe alcanzar y cuáles son sus límites.

La crítica a la argumentación de la posición mayoritaria se centra en tres grandes ejes que, nos apresuramos a decir, compartimos plenamente.

En primer lugar, se advierte de que, con carácter general, lo que se está planteando en el recurso es un problema de conexión entre diversos sistemas de fuentes y poderes normativos –estatal, autonómico y local– que no puede resolverse en beneficio de unos y en perjuicio de otros, señalándose que en el orden constitucional de distribución de competencias la regulación de la figura directiva se desarrolla en tres ámbitos que se corresponden con la legislación básica del Estado, la legislación de desarrollo de la comunidad autónoma y la normativa de las entidades locales.

En concreto, se previene que la resolución de la controversia planteada se cimienta en la interpretación y aplicación del artículo 13 del TREBEP, pero debe basarse también en la consideración del artículo 32 bis de la LRBRL, cuya lectura lleva a una rápida conclusión: las diputaciones pueden incluir en el correspondiente reglamento orgánico al personal directivo con habilitación expresa de este precepto legal, siempre, como es natural, respetando los contornos que marcan las leyes, LRBRL y TREBEP, y, con carácter general, las materias reservadas a la ley y reguladas por la ley.

No haberlo hecho así, y esta es la segunda cuestión eje básico de la argumentación del voto, ha significado prescindir del criterio de interpretación sistemático y lógico del entero marco normativo en que se inserta la dirección pública profesional, en toda su extensión y complejidad, lo que ha supuesto reducir toda la cuestión a un solo precepto, el artículo 13 del TREBEP, desdénando a los demás, lo que conduce a una subordinación de la regulación de la LRBRL que queda marginada o postergada por el citado TREBEP. A partir de ahí, cuanto se dispone sobre el personal directivo en las normas de régimen local no resulta de aplicación ni produce efecto alguno, en definitiva, deviene

ineficaz y superfluo a los efectos de habilitar a la entidad local para regular su personal directivo, lo que queda demorado y pospuesto a resultas del desarrollo del artículo 13 del TREBEP.

De aquí se llega al tercer pivote del razonamiento, donde se advierte de que el voto mayoritario no respeta o desconoce la posición ordinal que tiene la LRBRL en todo lo relativo al régimen local, lo que debería suponer una priorización de la regulación que la misma contiene sobre la dirección pública profesional, normación contenida en los artículos 32 bis y 85 bis y la disposición adicional decimoquinta de la LRBRL, donde se disponen una serie de elementos propios de este particular régimen específico de personal. De la misma manera, se entiende que el voto mayoritario desconoce la autonomía local, lo que debería suponer el reconocimiento de un ámbito competencial propio particularmente en el ámbito de la autoorganización de los entes locales, para definir sus estructuras administrativas y sus sistemas institucionales de gobierno y dirección internos.

Todo ello sin perjuicio de una particular anotación que para nosotros cobra todo su interés cuando se afirma que la norma local impugnada, es decir, el reglamento orgánico provincial en lo relativo al personal directivo, pudiera ser impecable en el momento de su aprobación, pero necesitado de adaptación a la norma legal o reglamentaria posterior en el momento de su producción, que prevalecerá forzosamente en lo que resulte contradictorio con el reglamento local.

4.4

La sentencia petrifica la competencia local en materia de dirección pública y cuestiona los sistemas previstos en los reglamentos locales. Necesidad de una solución transitoria y provisional

Como ya se ha tenido ocasión de exponer, la prioridad dada a las normas de empleo público sobre las normas sectoriales de régimen local impide el ejercicio de la competencia de los municipios y las provincias sobre la organización de su propio sistema institucional, que queda demorado a resultas de lo que puedan disponer los ejecutivos del Estado y de las comunidades autónomas sobre el régimen jurídico específico de personal de los titulares de los órganos directivos.

De esta manera se produce una prelación temporal necesaria entre el reglamento gubernativo y el local, de manera que aquel resulta ser una condición necesaria para la válida existencia de este. Pero lo cierto es que este resulta ser un problema originario de la relación existente entre diferentes or-

denamamientos jurídicos propios de distintos poderes territoriales. El problema se ha planteado en la mayoría de los sistemas de autonomías territoriales en torno al despliegue de la legislación de desarrollo sin la previa existencia de unas bases formalizadas como tales, y en todos ellos parece haberse llegado a la misma solución final.

En principio, parece que la posibilidad de que las regiones y las comunidades autónomas dicten normas de desarrollo de las leyes básicas establecidas por el Estado presupone que dichas leyes han de ser dictadas. En su ausencia, la posibilidad de ejercer la propia competencia queda burlada por el retraso del legislador estatal en establecer las bases. De ahí que se haya admitido que, en defecto de dichas bases, pueda la región o la comunidad autónoma deducir los principios fundamentales de la ordenación de una materia de las leyes vigentes en cada momento y utilizar en consecuencia sus potestades normativas, si bien, en cuanto el Estado haya establecido los principios básicos, las disposiciones regionales o autonómicas que las contradigan deberán inaplicarse y adaptarse a los mismos en el más breve plazo posible.

En nuestro país, desde la STC 40/1981, de 28 de julio, sabemos que la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y en consecuencia esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente, por lo que las comunidades autónomas no están obligadas a esperar que se dicte una específica legislación básica para ejercer sus propias competencias de desarrollo legislativo. Obviamente ese desplazamiento temporal en el orden de ejercicio de las competencias no es definitivo: una norma básica posterior que contuviera disposiciones que entraran en contradicción con una norma de desarrollo se impondría a esta, y provocaría automáticamente un efecto asimilable al de una derogación implícita, lo que supondría para todos los actores jurídicos un deber de inaplicación de las normas que no pudieran armonizarse con las bases estatales.

El criterio expuesto actúa como una garantía de la autonomía reconocida y facilita el ejercicio de la propia competencia que, no lo olvidemos, incorporan las leyes del propio Estado. Un planteamiento que sin duda puede ser aplicado al caso que nos ocupa dada la equiparación de supuestos.

Si se entiende que la función última del artículo 13 del TREBEP, que encarga al Gobierno del Estado y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas la correspondiente competencia normativa, es la de dotar a la regulación del personal directivo de las administraciones públicas –también de las corporaciones locales– de la suficiente homogeneidad a través del enunciado de unos parámetros comunes, dichos elementos caracterizadores pueden deducirse de la legislación vigente hasta que se enuncien de una for-

ma concreta y precisa por los correspondientes ejecutivos, asumiendo que la interpretación hecha de lo que pueda ser esencial en la formulación del régimen jurídico específico de dicho personal directivo es transitoria y provisional y deberá ser objeto de adaptación, si es el caso, después de su oportuna expresión por quien tiene la competencia para ello.

De hecho, no falta algún pronunciamiento en nuestra jurisprudencia que apuesta claramente por esta tesis. Así, en la argumentación de la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de julio de 2011, rec. 321/2010, se nos dirá: “De modo que aunque tenga que ser el poder estatal o autonómico el que, en desarrollo de la norma básica, defina el régimen jurídico del personal directivo local, ello no impide la actuación previa del poder normativo local en orden a configurar el régimen jurídico específico municipal, aunque claro está, con las lógicas limitaciones derivadas de la legislación básica de régimen local, y, obviamente, sin perjuicio de las modificaciones que en tales textos reglamentarios fuese preciso introducir para su perfecta adaptación a las prescripciones que estableciesen las normas de desarrollo”.

La importancia de esta tesis reside en que, dado un entorno político favorable en el que la cuestión directiva no sea objeto de contienda partidista, es posible, sin necesidad de una previa intervención exterior, que nuestras corporaciones locales puedan proceder a readaptar sus propias reglamentaciones a los enunciados que sobre el régimen jurídico del personal directivo se pudieran deducir racionalmente de las disposiciones vigentes, advirtiendo, eso sí, en sus regulaciones propias de que dicho régimen se considera provisional y transitorio a la espera de la norma del Estado o de la comunidad autónoma que pudiera afectar la reglamentación dispuesta modificando su sentido o su resultado, lo que provocaría un deber de adaptación en aquellos casos en que las disposiciones del reglamento ejecutivo y del reglamento local resultaran antinómicas, de manera que no pudiera aplicarse una sin contradecir abiertamente la otra.

Necesitamos ser claros en este aspecto. A nuestro juicio el efecto último que debería deducirse, hoy por hoy, de la argumentación jurídica contenida en la sentencia del Tribunal Supremo residiría en lo siguiente:

a) Las corporaciones locales deberían disponer el régimen jurídico específico de los titulares de sus órganos directivos teniendo en cuenta los principios generales de ordenación que pudieran deducirse de la legislación vigente del Estado y de las comunidades autónomas.

b) Los reglamentos locales que regulen las instituciones orgánicas habrían de considerar el régimen de personal que se pudiera disponer en ellos como normas provisionales y transitorias, que se entienden automáticamente inaplicables en el momento en que se produzca una regulación general del

régimen jurídico específico del personal directivo que pudiera llegar a afectarlas por una evidente y manifiesta incompatibilidad entre sus contenidos regulativos, salvo que se procure una interpretación armónica que salvaguarde la relación lógica entre ambas normas permitiendo una aplicación simultánea de las mismas.

5

Competencia, norma y regulación del personal directivo profesional de las entidades locales

Nada nos dicen el TREBEP y la propia sentencia del Tribunal Supremo sobre la competencia para regular el régimen jurídico del personal directivo. A primera vista parece que para el desarrollo reglamentario de dicho régimen correspondería al Estado la competencia para regular el régimen jurídico de su personal directivo, y a las comunidades autónomas se les atribuiría la competencia para regular la dirección pública profesional de las instituciones propias de su territorio, incluidas las correspondientes a la estructura de su organización territorial básica.

Las posiciones más sensatas abogan por la afirmación de la competencia autonómica en esta materia, más aún después de que el Estado haya establecido a través del artículo 13 del TREBEP las normas o los principios básicos que han de conformar el régimen jurídico del personal directivo.

Con todo, no faltan voces que aceptando como premisa previa que la materia directiva, en cuanto tal, no ha sido objeto de un reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, ni desde la Constitución ni desde los estatutos de autonomía, quizá con la única excepción del artículo 150.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, donde se dice que corresponde a la Generalidad, en materia de organización de su Administración, la competencia exclusiva sobre la regulación de los órganos y los directivos públicos, sugieren una posible “recuperación” de la competencia básica del Estado para definir un estatuto directivo más acabado utilizando al efecto el título del artículo 149.7 de la CE, referido a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral, y el del artículo 149.18 de la CE, relativo a las bases del régimen estatutario de los funcionarios, lo que, en línea de continuidad con el artículo 13 del TREBEP, permitiría al reglamento estatal un desarrollo básico de cinco de los elementos del régimen jurídico de la dirección pública profesional como pueden ser las funciones, la selección, la evaluación, las condiciones de empleo y el régimen de incompatibilidades, este último aspecto atraído desde la disposición final tercera del EBEP.

Desde la perspectiva del régimen local hay que tener en cuenta la STC 103/2013, de 25 de abril, sobre la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, donde se señala que la competencia estatal para el diseño básico de la organización local permite determinar un elenco que no ha de considerarse cerrado de órganos directivos, y los requisitos específicos de las personas que han de ser titulares de los mismos, en aras de garantizar la imparcialidad y la objetividad en el ejercicio de las funciones que se encomienden a dichos órganos directivos, subrayando que la regulación de las funciones directivas responde a objetivos de interés general que justifican su regulación con carácter común para todos los municipios, sin que ello haya de suponer eliminar la competencia de desarrollo de las comunidades autónomas que podrían completar la determinación de dichos órganos directivos, dentro de su capacidad para regular la organización complementaria de los entes locales.

En el mismo pronunciamiento se atribuye al Estado la competencia para reservar al reglamento orgánico la definición de determinados elementos de la organización municipal que se consideran esenciales para garantizar la eficacia de la Administración local, lo que no presupone que la eliminación de la competencia normativa de las comunidades autónomas para dicha habilitación en favor del reglamento orgánico deba realizarse en el marco de lo establecido por la legislación autonómica de desarrollo.

De lo que llevamos dicho hasta el momento podemos extraer las conclusiones siguientes:

a) La competencia para regular el régimen jurídico del personal directivo después de la legislación contenida en el TREBEP y en la LRBRL, corresponde primariamente a las comunidades autónomas.

b) Resulta posible una intervención mínima, puntual y transitoria del Estado por razones de interés público tendente a garantizar la correcta articulación de la cadena normativa entre los tres poderes implicados en la regulación de la materia directiva –Estado, comunidades autónomas y entidades locales– que no suplantara la competencia de las comunidades autónomas y asegurara la competencia local.

Más allá de esta cuestión, aunque resulta perfectamente posible que el Estado y las comunidades autónomas ordenen su intervención a través de disposiciones reglamentarias, nada puede impedir que regulen la materia las leyes de función pública, de gobierno local u otras especiales. La remisión a las normas reglamentarias de desarrollo debe leerse como una mera habilitación para dictarlas pero no como una pretensión de impedir a la ley la regulación de dicha cuestión, ya que en nuestro ordenamiento no existe una reserva de reglamento, y una ley del Estado no puede imponer a una

comunidad autónoma un particular vehículo normativo para desarrollar las competencias que se le reconozcan como propias.

En todo caso, si se quiere abordar esta cuestión a través de una ley no estará de más advertir sobre su posible inclusión en una ley de presupuestos, dada la existencia de una doctrina ya consolidada, donde se señala que el contenido de las normas financieras está constitucionalmente determinado a partir de su función como norma que ordena el gasto público de conformidad con el artículo 134 de la CE.

Esta doctrina, que se puede ver en su última versión en la STC 122/2018, de 31 de octubre, concluye de la forma siguiente:

a) El punto de partida es que las leyes de presupuestos están reservadas a un contenido que les es propio. Dicho contenido esencial está integrado por la provisión de ingresos y la habilitación de gastos, así como por las normas que directamente desarrollan o aclaran las partidas presupuestarias en que se concreta el gasto público, esto es, el presupuesto en sí.

b) Adicionalmente, cabe la posibilidad de que las leyes de presupuestos alberguen otras disposiciones no estrictamente presupuestarias, denominadas contenido eventual o no imprescindible, lo que encuentra su justificación en la conexión de la materia con el contenido propio de las leyes presupuestarias o con los criterios de política económica general del Gobierno, vinculación que ha de ser inmediata y directa, lo que significa que no pueden incluirse en las leyes de presupuestos normas cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos sea solo accidental y secundaria.

c) En concreto, en relación con medidas relacionadas con el personal del sector público, en general se ha descartado que puedan tener cabida en una ley de presupuestos algunas normas que integran el régimen jurídico de la función pública, por ejemplo, en materia de acceso (STC 174/1998, de 23 de junio), provisión de puestos de trabajo (STC 203/1998, de 15 de octubre), pase a la situación de segunda actividad (STC 234/1999, de 16 de diciembre) o requisitos de titulación necesarios para acceder a determinados cuerpos de funcionarios (STC 9/2013, de 28 de enero).

Por tanto, no parece que resulte aconsejable trasladar a las leyes de presupuestos del Estado o de las comunidades autónomas la regulación de una materia orgánica y de personal que no tiene efectos sobre el gasto público o sobre la política económica del Gobierno, sin perjuicio de su posible inclusión en una ley de acompañamiento o en una norma con rango de ley sobre administración local o empleo con la que se guarde algún tipo de identificación material.

6

La posible regulación del régimen jurídico del personal directivo profesional: norma de habilitación o norma sustantiva

6.1

Planteamiento

Dada la concurrencia de títulos y de competencias en la materia directiva, lo más adecuado resulta ser que despejemos desde el principio una serie de incógnitas. En línea con lo que hemos planteado más arriba, resultaría conveniente que la regulación de esta cuestión específica se haga desde el ámbito sectorial local, sin interferir sobre un régimen general que pudiera acabar afectando a la regulación general del sistema de dirección pública estatal o autonómico.

Desde esta perspectiva parece lo más aconsejable introducir una disposición transitoria en la LRBRL o en el texto de la correspondiente ley municipal o de gobierno local de la comunidad autónoma, todo ello sin perjuicio de que pudiera recurrirse a una norma del Gobierno del Estado o de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas que tuviera la misma funcionalidad.

De la misma manera resulta obvio que este tipo de regulación puede fundarse en una norma de habilitación, de carácter puntual y concreto, para cubrir una situación de vacío normativa que podría ser adoptada por el Estado o la comunidad autónoma o en una regulación más sustancial de la materia que, siempre a nuestro entender, solo debería ser adoptada por la comunidad autónoma para las entidades locales de su propio territorio, por ser lo más coherente con el modelo de distribución de competencias propio del Estado de las autonomías.

También resulta fundamental concretar el ámbito subjetivo de la norma en cuestión. En principio, si la intervención ha de ser estatal, puede resultar pertinente referirse única y exclusivamente a las entidades para las cuales la propia LRBRL ya ha previsto una estructura directiva, es decir, las diputaciones, los cabildos y consejos insulares y los municipios de gran población. Con ello se salvaguarda el poder de decisión de las comunidades autónomas sobre el ámbito de extensión de las estructuras directivas en los ayuntamientos de régimen común, que aún no ha sido definido por una ley estatal o autonómica. En cambio, si la intervención se ha de vehicular a través de una norma autonómica, quizá lo más sensato sea autorizar a las entidades locales cuya población sea igual o superior a 40 000 habitantes y a las entidades supramunicipales que igualaran o superaran dicho umbral de

población, a definir sus puestos directivos y concretar su régimen jurídico, tal como se hace en el artículo 36.5 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (en adelante, LILE).

6.2

Esquema de una posible norma de habilitación

Cualquier norma de habilitación, o si se quiere de remisión normativa para la regulación de una materia, presupone un límite cierto y una serie de criterios que se han de seguir para regular la materia, en el bien entendido de que nos encontramos en el territorio de lo que no deja de ser una normación institucional que cabe dentro de la potestad de organización que resulta inherente al principio de autonomía local, lo que presupone la existencia de un margen propio en el que se puede ceder un poder de regulación que sirva a la configuración de un sistema de gobierno y unas estructuras internas con un cierto grado de flexibilidad.

En principio se trata de reconocer la capacidad del reglamento local para regular el régimen jurídico de los titulares de sus órganos directivos.

Dicho reconocimiento debería acompañarse del cumplimiento de las condiciones siguientes:

a) Se ha de considerar transitorio y provisional, en espera de la ley o del reglamento estatal o autonómico que pudiera regular la materia, lo que presupone el respeto a la competencia ajena y obliga a prever un mandato de adaptación a la norma sobrevenida.

b) La regulación que se pretenda no podrá contradecir los preceptos de las leyes y los reglamentos estatales y autonómicos que ordenan la materia, regulación que deberá completar sobre la base de los principios generales que se pudieran llegar a deducir de los mismos.

c) La remisión que se haga al reglamento local deberá tener unas determinadas características como pueden ser la de ser expresa, concreta y específica, y contener directrices finalistas que condicionen la regulación que pueda realizarse de manera que se pueda llegar a mantener una cierta uniformidad y coherencia interna.

En esta dirección se propone la redacción siguiente:

1. Con carácter provisional y transitorio las entidades locales previstas en el artículo 32 bis y en el 121 de la LRBRL, podrán regular el régimen jurídico específico de los titulares de sus puestos directivos a través del correspondiente reglamento orgánico.

2. La regulación que se establezca podrá extenderse a los titulares de los puestos directivos propios de sus estructuras internas y a los de la

máxima responsabilidad que se determinen en los respectivos estatutos de las entidades que conforman su sector público.

3. El régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos que pudiera establecerse por el correspondiente reglamento orgánico deberá garantizar los principios de profesionalidad, igualdad, mérito, idoneidad, publicidad y concurrencia, y responsabilidad por la propia gestión.

4. El régimen jurídico específico que se contenga en el correspondiente reglamento orgánico deberá ordenar y completar la regulación prevista en la legislación vigente sobre personal directivo profesional.

5. Las disposiciones contenidas en la legislación básica de empleo público y en la de la comunidad autónoma sobre empleo público local tendrán carácter supletorio respecto a todos los aspectos del régimen jurídico del personal directivo a los que no se refiera el correspondiente reglamento orgánico.

6. Los preceptos de los correspondientes reglamentos locales que incorporen el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, que contradigan la regulación general que en su momento pudiera establecerse por las leyes o los reglamentos del Estado o de las comunidades autónomas, devendrán automáticamente inaplicables en el momento de la entrada en vigor de dichas leyes y reglamentos. En este caso solo podrán continuar vigentes las reglas que resulten compatibles o permitan una interpretación armónica con los nuevas normas establecidas, mientras no se produzca una adaptación expresa de la correspondiente reglamentación local.

6.3

Esquema de una norma sustantiva

El diseño de una norma sustantiva en materia de dirección pública, que a nuestro entender debería ser introducida solo por las leyes o los reglamentos de las correspondientes comunidades autónomas, plantea directamente el problema de su contenido, un contenido que necesariamente habrá de entrecruzar aspectos orgánicos o de personal, y que se puede llegar a definir teóricamente o a deducir de las regulaciones que sobre esta materia han llevado a cabo las leyes de empleo público o de gobierno local que han podido ocuparse de la misma.

Se trata de una operación que abordaremos a continuación, entendiendo que, dada la urgencia y la celeridad con que se debe tratar la cuestión directiva, no se pretende elaborar un texto completo, acabado y reflexivo, sino

una norma de mínimos que permita mantener los sistemas directivos preexistentes y estructurar otros que se consideren posibles. Veamos ahora en qué consiste ese régimen jurídico si pretendemos desprenderlo de la doctrina que se ha ocupado hasta el momento de las funciones directivas, construcción que podemos articular en torno a los elementos siguientes:

a) El primer aspecto a regular va a ser el ámbito previsto, que debería incorporar a las diputaciones, los cabildos, los consejos insulares y otras instituciones supramunicipales que pudieran resultar equivalentes, como podrían ser las áreas metropolitanas o las comarcas. También deberían incluirse los municipios de gran población y los que superaran un determinado umbral que hemos cifrado en un número igual o superior a 40 000 habitantes.

b) El segundo aspecto a determinar sería la vertiente orgánica de la cuestión, es decir, qué se entiende por funciones directivas y qué tipo de órganos o puestos se consideran directivos.

c) A renglón seguido convendría concretar el instrumento de gestión que va a utilizarse para ordenar los puestos directivos, en el cual se va a establecer una parte de las condiciones de empleo de dicho personal que no han de ser objeto de negociación colectiva. En definitiva se trataría de prever una relación de puestos directivos con una funcionalidad similar pero no idéntica a las relaciones de puestos de trabajo.

d) En cuarto lugar, las normas que regulan el personal directivo deberán establecer también los requisitos de acceso a los puestos reservados a dicho personal, determinando las circunstancias específicas que permitan la contratación de aquellas personas que no reúnan la condición de funcionario público.

e) En quinto lugar debería considerarse todo lo que atañe a los procedimientos de designación, condiciones de continuidad, y cese en el ejercicio de las funciones directivas.

f) El siguiente punto a abordar sería la situación en la que pudiera quedar el personal que accede al desempeño de funciones directivas con respecto a su puesto de origen.

g) También, habría que referirse a los sistemas y técnicas que resultan precisas para evaluar la gestión del personal directivo y exigir responsabilidades por sus resultados.

h) Finalmente, el régimen jurídico del personal directivo debería completarse con un sistema de incompatibilidades y de conflictos de intereses.

Si atendemos a la regulación dispuesta por la legislación de empleo público y de gobierno local de las comunidades autónomas con proyección sobre las entidades locales podemos alcanzar el resultado siguiente:

a) Como ya se ha dicho, solo el artículo 36.5 de la LILE limita el ámbito de creación de posibles puestos directivos públicos a las entidades locales cuya población supere los 40 000 habitantes.

b) La legislación de las comunidades autónomas define los puestos tipo con contenido directivo y las funciones de los directivos públicos profesionales propias de dichos puestos, tal como se hace en el artículo 13 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (en adelante, LEPC-LM), en el artículo 20 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (en adelante, LFPE), en el artículo 33.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia (en adelante, LEPG), y en los artículos 36.5 y 38 de la LILE.

c) La mayoría de las regulaciones vigentes reenvían la determinación de los puestos que hayan de ser desempeñados por personal directivo a las relaciones de puestos de trabajo que no han de ser objeto de negociación colectiva (artículos 13.2 y 21.4 de la LEPC-LM), a relaciones de puestos de trabajo directivos (artículo 21 de la LFPE) o a instrumentos de ordenación diferenciados de la relación de puestos de trabajo (artículo 36.3 de la LILE).

d) Algunas regulaciones disponen que para ser designado personal directivo profesional será necesario tener la condición de funcionario de carrera del grupo A, aunque se admite que si una Administración no dispone de personal funcionario con la competencia necesaria para el desempeño de funciones directivas pueden ser designadas otras personas que no acrediten esta condición (artículo 14 de la LEPC-LM); otras, en la misma línea, determinan que los puestos de trabajo del personal directivo serán desempeñados por funcionarios del grupo A1, con admisión de los subgrupos A1 y A2, y de una forma más vaga previenen de que cuando la naturaleza del puesto lo permita el régimen jurídico de su titular podrá ser laboral (artículo 21 de la LFPE); en otros casos la regulación se limita a afirmar que los puestos directivos de las entidades locales podrán ser cubiertos por personal que tenga la condición de empleado público, funcionario de carrera o laboral, señalando también que, excepcionalmente, en las entidades públicas instrumentales los puestos directivos se podrán proveer, mediante acuerdo motivado y atendiendo a las funciones a desempeñar, por personas que no tengan la condición de empleado público (artículo 33 de la LEPG).

e) La designación del personal directivo se articula en las leyes de las comunidades autónomas sobre la base de un sistema dual. En el primero de los tipos planteados se advierte de que la designación del personal directivo será discrecional, atendiendo a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos objetivos que garanticen la publicidad y concurrencia, con lo que se acerca el modelo a un pro-

cedimiento de provisión de puestos directivos por libre designación (artículos 14.2 de la LEPC-CLM, 22 de la LFPE y 34.3 de la LEPG). En la segunda de las opciones planteadas el procedimiento de designación del personal directivo se construye sobre un sistema de acreditación de competencias profesionales y experiencias de los diferentes candidatos, y un posterior acto discrecional que solo puede desplegarse sobre aquellas personas que hayan acreditado poseer el mínimo de competencias requerido para el correcto desempeño del puesto de trabajo (artículo 40 de la LILE). Las condiciones de continuidad en el ejercicio de las funciones directivas solo tienen una referencia indirecta en el artículo 35 de la LEPG, donde se dice que el resultado de la evaluación del desempeño de sus funciones que se realice determinará la continuidad en el puesto que se desempeñe, y otra más directa en el artículo 40.11 de la LILE, en el cual se señala que el nombramiento como personal directivo profesional conlleva la continuidad en el puesto de trabajo siempre que los resultados sean satisfactorios, con lo que dicha continuidad supone la permanencia del directivo público profesional en su cargo hasta el 31 de diciembre del año en que se celebren las siguientes elecciones municipales. En cuanto al cese, la regulación autonómica advierte de que el cese del personal directivo se producirá, además de por las causas previstas en el régimen aplicable al personal funcionario, por decisión discrecional del órgano competente para su designación, o por una evaluación negativa de su gestión (artículos 14.4 de la LEPC-LM y 22.5 de la LFPE), causas que alguna otra legislación extiende a la pérdida de confianza o a graves y continuadas dificultades de integración en el equipo directivo, apreciadas por el órgano superior jerárquico de aquel del cual la persona directiva dependa directamente (artículo 34.6 de la LEPG).

f) La situación del personal que accede a las funciones directivas se aborda de una manera sistemática en alguna de las regulaciones vistas, disponiendo que el personal funcionario de carrera que pase a desempeñar un puesto de trabajo directivo será declarado en situación administrativa de servicios especiales, mientras que el personal laboral fijo será declarado en la situación que le corresponda, respecto a su puesto y entidad de origen, de conformidad con la legislación laboral, y habida cuenta a estos efectos de su condición de cargo público (disposición transitoria decimosegunda de la LILE); otras normas disponen que cuando el personal directivo sea personal funcionario de carrera de la misma Administración permanecerá en la situación de servicio activo, mientras que si es personal funcionario de carrera de una Administración distinta pasará a la situación administrativa que corresponda de acuerdo con la legislación aplicable, criterio que se extiende al personal laboral fijo de cualquier Administración pública, que pasará a la situación que corresponda con arreglo a la legislación laboral (artículo 15.3 de la LEPC-LM); en cam-

bio, alguna otra legislación se limita a afirmar que cuando el personal directivo sea personal funcionario de carrera de la Administración de la comunidad pasará a la situación administrativa de servicios especiales, mientras que si es funcionario de carrera de otra Administración pública o personal laboral pasará a la situación administrativa que le corresponda de acuerdo con la legislación aplicable (artículo 23.2 de la LEPE).

g) Respecto a la responsabilidad por la propia gestión y la evaluación del desempeño, la mayoría de las normas autonómicas aplicables prevén que los titulares de los puestos directivos estarán sujetos a evaluación en relación con las metas y los objetivos que les hayan sido fijados en un acuerdo de gestión, una evaluación que podrá llevarse a cabo por la persona superior en la jerarquía, por el órgano de gobierno o gestión al que correspondan esas funciones, o por entidades o asesores externos (artículo 41 de la LILE; artículo 24 de la LEPE), recordándose por alguna otra legislación que dicha evaluación debe ser periódica y, como mínimo, anual (artículo 14.3 del LEPC-LM), mientras que alguna otra se detiene más en los efectos de dicha evaluación que se proyectan sobre la continuidad en la posición directiva, la progresión en la carrera directiva y, en su caso, la cuantía de la parte variable de la retribución del personal directivo (artículo 35 de la LEPG).

h) Las normas de las comunidades autónomas son relativamente parcas en sus referencias a las incompatibilidades del personal directivo, de manera que aquellas que las regulan optan por una simple llamada de atención advirtiendo de que el personal directivo estará sometido a la normativa de incompatibilidades (artículo 36 de la LEPG), o por el reenvío del régimen de incompatibilidades y conflictos de interés del personal al que resulte de aplicación a los cargos públicos de la correspondiente comunidad autónoma (artículo 39.3 de la LILE).

A la vista de lo que se ha dicho hasta el momento, teniendo en cuenta los preceptos de régimen local y de empleo público que regulan el desempeño de funciones directivas, se puede pasar a dibujar una propuesta basada en un esquema simple del desempeño de funciones directivas en las entidades locales que tenga en cuenta los parámetros siguientes:

a) Lo que se construye es una solución de urgencia para la cobertura de vacíos normativos que tiene como presupuesto básico el desarrollo de los preceptos legales existentes y su articulación en un esquema coherente.

b) Solo en defecto de una norma básica del Estado en materia local, de empleo público o laboral, se acude al parámetro más general que pueda desprenderse de la legislación de empleo público de desarrollo sin introducir ningún criterio reflexivo o valorativo.

c) Aunque en buena técnica legislativa pueda ser discutible, se utiliza en algún momento dado un sistema de reenvíos a las normas estatales que regulan una materia, cuando dichos preceptos son en sí mismos directamente aplicables y no necesitan de otros complementos.

En esta dirección se propone la siguiente redacción:

- 1. Con carácter provisional y transitorio, las entidades locales territoriales con una población igual o superior a los 40 000 habitantes, las islas, las comarcas u otras entidades instituidas por las comunidades autónomas y las mancomunidades podrán regular el régimen jurídico específico de los titulares de sus puestos directivos a través del correspondiente reglamento orgánico.*
- 2. La regulación que se establezca podrá extenderse a los titulares de los puestos directivos propios de sus estructuras internas y a los de la máxima responsabilidad que se determinen en los respectivos estatutos de las entidades que conforman su sector público.*
- 3. Las entidades locales definirán los puestos directivos propios de su estructura interna y de las entidades de su sector público local, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica o autonómica que resulte de aplicación. La determinación de los puestos directivos de la estructura administrativa se llevará a cabo a través de una relación específica de puestos de trabajo u otro instrumento de ordenación del personal directivo, que no deberá ser objeto de negociación.*
- 4. Tendrán la consideración de personal directivo profesional los titulares de los puestos definidos como directivos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por los órganos de gobierno, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.*
- 5. El nombramiento de los titulares de los puestos directivos deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el correspondiente reglamento orgánico permita que en atención a las características específicas de las funciones a desempeñar en tales puestos directivos su titular no reúna dicha condición de funcionario.*
- 6. La designación del personal directivo profesional será discrecional, atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos objetivos que garanticen la publicidad y la concurrencia y en los que se acredite la competencia*

profesional y la experiencia necesaria para su adecuado desempeño. El cese del personal directivo profesional se producirá, además de por las causas previstas en el régimen aplicable a los funcionarios de carrera, por una decisión motivada en la pérdida de la idoneidad necesaria para el ejercicio de las correspondientes funciones directivas o en una evaluación negativa de su gestión.

7. Los titulares de los puestos directivos estarán sujetos a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por la gestión y control de resultados, todos ellos en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. La evaluación de resultados que tendrá carácter periódico podrá llevarse a cabo directamente por el superior jerárquico del correspondiente ámbito o entidad o, por el órgano de gobierno o el órgano superior de la entidad al que le correspondan dichas funciones, con la ayuda, si se considera conveniente, de asesores externos.

8. El personal funcionario que sea designado para ocupar puestos de trabajo con funciones directivas será declarado en situación de servicios especiales. El personal laboral fijo que pase a desempeñar un puesto de trabajo directivo será declarado en la situación que le corresponda de conformidad con la legislación laboral habida cuenta de su consideración como cargo público a estos únicos efectos.

9. El régimen jurídico de incompatibilidades del personal directivo local será el establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

10. Las entidades locales determinarán el régimen jurídico de los titulares de sus puestos directivos, de acuerdo con lo previsto en la legislación básica y en la de su comunidad autónoma, teniendo en cuenta que la legislación de empleo público del Estado y de la comunidad autónoma tendrá carácter supletorio en todos los aspectos del régimen jurídico del personal directivo no regulados en esta Ley [en esta norma reglamentaria].

11. Los preceptos de los reglamentos locales que incorporen el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, que contradigan la regulación general que en su momento pudiera establecerse por las leyes o los reglamentos del Estado o de las comunidades autónomas, devendrán automáticamente inaplicables en el momento de la entrada en vigor de dichas leyes y reglamentos. En este caso solo podrán continuar vigentes las reglas que resulten compatibles o permitan una interpretación armónica con las nuevas reglas establecidas, mientras no se produzca una adaptación expresa de la correspondiente reglamentación local.

7

Conclusiones

Primera.— El establecimiento del régimen jurídico del personal directivo profesional exige asentar una serie de premisas previas que caractericen y perfilen la materia.

Segunda.— Las instituciones propias de la dirección pública profesional forman parte primariamente del régimen orgánico de las administraciones públicas. Lo que se determina son los órganos o, si se quiere, los puestos directivos, es decir, todo lo que concierne a su creación, modificación o supresión, su posición y dependencia orgánica, su competencia, su carácter necesario o complementario, el régimen jurídico de sus ocupantes y los requisitos necesarios para el desempeño de las funciones directivas.

Tercera.— Las personas titulares de los puestos directivos no constituyen una clase o subclase de empleados públicos. El personal que desempeña funciones directivas es personal funcionario o laboral al que aplicamos un régimen jurídico específico propio del desempeño de las funciones directivas profesionales. Por lo tanto, la materia objeto de regulación es la función directiva, pero no el personal directivo entendido como una clase o subclase de personal.

Cuarta.— El personal directivo ha de ostentar normalmente la condición de funcionario de carrera, solo excepcionalmente podrá ser personal laboral fijo de nuestras administraciones públicas y, aún de forma más excepcional, será personal externo procedente del sector privado contratado a través de una relación laboral especial de alta dirección.

Quinta.— El personal directivo profesional cuenta con una regulación legal propia en la legislación del régimen local, en la de empleo público y en una serie de leyes que regulan aspectos concretos de la materia.

Sexta.— La legislación de régimen local identifica y define las funciones directivas, establece su régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses, los instrumentos de ordenación de este grupo específico de personal, los requisitos de designación y los criterios para determinar el régimen jurídico de los titulares de los órganos directivos, a la vez que regula la forma de designación y la manera de establecer la condición de los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las sociedades del sector público local.

Séptima.— La legislación de empleo público reenvía la identificación concreta de los tipos, las estructuras y las funciones directivas a las normas específicas de cada Administración pública, señala el procedimiento de designación de los titulares de los órganos directivos, la responsabilidad por la

propia gestión, la manera de determinar sus condiciones de trabajo, la situación administrativa en la que puedan quedar las personas que desempeñen funciones directivas, y afirma el entero Estatuto Básico del Empleado Público como una norma supletoria de este régimen jurídico específico de los titulares de unos particulares puestos directivos.

Octava.— La legislación de régimen local, de empleo público y una serie de preceptos de la legislación de reforma laboral, particularizan la relación especial laboral de alta dirección como un instrumento específico para la prestación de funciones directivas en el sector público, regulando el número de posiciones directivas, sus retribuciones y su sistema de indemnizaciones.

Novena.— En los argumentos del voto mayoritario y del voto particular de la STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017, se han presentado dos maneras distintas de entender y abordar la figura directiva, que conllevan determinados efectos sobre la competencia y el orden a seguir para su disposición.

Décima.— De los argumentos dados por el voto mayoritario se desprende que la cuestión directiva es esencialmente una cuestión sobre empleo público local. Por lo tanto, de lo que se trata es del régimen jurídico específico del personal directivo profesional dispuesto por el artículo 13 del TREBEP. Desde esta perspectiva, la competencia para desarrollar el esquema normativo de esta singular figura del empleo público corresponde exclusivamente al Gobierno del Estado y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas.

Undécima.— La razón de esta atribución competencial hay que encontrarla en la necesidad de dotar al régimen jurídico de la dirección pública profesional de una homogeneidad suficiente y una ordenación coherente y sistemática. Con lo que en cierta manera, parece que se quiere hacer jugar a la reglamentación propia de los ejecutivos sobre el personal directivo una función similar a la que desempeñan las normas básicas en nuestro sistema de autonomías territoriales. El reglamento del Estado o de la comunidad autónoma al que se refiere el artículo 13 del TREBET sería, salvando las distancias, una norma “materialmente” básica, dirigida, en su intención homogeneizadora, única y exclusivamente, a los poderes normativos locales.

Duodécima.— Desde esta posición, las referencias hechas a la dirección pública profesional por la legislación local se entenderían concretas y específicas habilitaciones incapaces de constituir a través de una interpretación armónica un régimen jurídico coherente que solo podría arbitrar el reglamento estatal y autonómico.

Decimotercera.— En esta dirección, se afirma que la autonomía local, y las potestades reglamentaria y de autoorganización que se derivan de la mis-

ma, no resultan suficientes para abordar el tratamiento de una materia que ha sido atribuida directamente a la potestad reglamentaria de los ejecutivos del Estado y de las comunidades autónomas.

Decimocuarta.— Los efectos últimos del voto mayoritario consisten en que la primacía atribuida al reglamento estatal o autonómico para regular el régimen jurídico del personal directivo posterga, o mejor dicho, vacía de contenido efectivo las normas del régimen local que regulan la institución directiva congelando la competencia atribuida en la materia, ya que la misma no puede ejercerse sin la existencia de un reglamento del Estado o de la comunidad autónoma que la enmarque adecuadamente.

Decimoquinta.— El voto particular entiende el conflicto jurídico planteado como un problema de conexión entre diversos sistemas de fuentes y poderes normativos que no puede resolverse en beneficio de unos y en perjuicio de otros, para lo que se requiere una interpretación armónica capaz de articular el ejercicio de todas las competencias en presencia.

Decimosexta.— No haberlo hecho así presupone que cuanto se dispone sobre el personal directivo en las normas de régimen local no resulta de aplicación a los efectos de habilitar a la entidad local para regular su personal directivo, lo que queda demorado a la espera del desarrollo que se quiera dar al artículo 13 del TREBEP por el Gobierno del Estado o de la respectiva comunidad autónoma.

Decimoséptima.— En esta situación, se entiende que los razonamientos seguidos por el voto mayoritario no respetan o desconocen la posición ordinal que tiene la LRBRL, en todo lo relativo al régimen local, lo que debería suponer una priorización de la regulación que la misma contiene sobre dirección pública profesional, y un reconocimiento específico de la potestad de organización y de la potestad reglamentaria local para tratar estas materias.

Decimoctava.— Especial mención merece la referencia hecha en el voto particular a la legalidad de una reglamentación local hecha en un momento particular sin contradecir la legislación existente en la materia, pero necesitada de adaptación a la norma legal o reglamentaria posterior que regule la materia y con la que entre en contradicción, ya que lo que parece estar en juego no es una particular atribución de competencias, que siempre aparecerían como compartidas, sino el momento adecuado para el ejercicio de las mismas.

Decimonovena.— En un sistema de autonomías territoriales que distribuye el tratamiento de una materia entre diferentes poderes normativos, el ejercicio de la competencia propia de desarrollo, sin que se haya producido la formalización del instrumento normativo que haya de estructurarla o enmarcarla, se ha procurado resolver sin que el retraso de un regulador presu-

ponga la congelación de la competencia del otro. De ahí que, en defecto de las normas básicas o de las normas marco que hayan de encuadrar las normas de desarrollo, las posibles bases o marcos normativos a considerar, se puedan desprender de las referencias legislativas preexistentes en cada momento, con el compromiso de no aplicarlas o adaptarlas cuando estas se hayan producido efectivamente, y entren en contradicción con las de desarrollo que se hayan podido disponer transitoria y provisionalmente.

Vigésima.— En el sistema constitucional español de distribución de competencias normativas entre el Estado y las comunidades autónomas, la noción de bases ha de ser entendida como un concepto material, y en consecuencia esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación estatal vigente en cada momento, por lo que las comunidades autónomas no están obligadas a esperar a que se dicte una norma básica para ejercer sus competencias de desarrollo legislativo. Obviamente, ese desplazamiento temporal en el orden de ejercicio de las competencias no resulta definitivo. Una norma básica posterior que contuviera disposiciones que entraran en contradicción con una de desarrollo se impondría a esta, y provocaría para todos los actores jurídicos en presencia un deber de inaplicación de las normas que no pudieran llegar a armonizarse con las bases estatales.

Vigésima primera.— Si se entiende que la función última del artículo 13 del TREBEP, que encarga al Gobierno del Estado y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas la regulación del personal directivo, es la de dotar de suficiente homogeneidad a dicho régimen jurídico a través del enunciado de unos parámetros comunes, dichos elementos caracterizadores pueden y deben deducirse de la legislación vigente hasta que se enuncien de una forma concreta y precisa por los correspondientes ejecutivos, asumiendo que la interpretación hecha de lo que pueda ser estructural en la formulación del régimen jurídico específico de dicho personal directivo es transitoria y provisional y deberá ser objeto de adaptación, si es el caso, después de su oportuna determinación por quien tiene la competencia para ello.

Vigésima segunda.— Si esto es así, las corporaciones locales deberían disponer el régimen jurídico específico de los titulares de sus órganos directivos teniendo en cuenta los principios generales de ordenación que pudieran deducirse de la legislación vigente del Estado y de las comunidades autónomas, en el bien entendido de que los reglamentos locales que ordenaran dichas instituciones habrían de considerar el régimen de personal que se pudiera disponer en ellas como una serie de normas provisionales y transitorias, que se entenderían automáticamente inaplicables en el momento en que se produjera una regulación general del régimen jurídico específico del personal

directivo que pudiera llegar a afectarlas por su evidente y manifiesta incompatibilidad entre sus contenidos regulativos, salvo que se procurara una interpretación armónica que salvaguardara la relación lógica entre ambas normas, permitiendo una aplicación simultánea de las mismas.

Vigésima tercera.— En el caso de que se quiera proponer una norma del Estado o de las comunidades autónomas que pudiera regular la actual situación de vacío normativo, de una forma transitoria y provisional, lo primero que habría que averiguar sería quién detenta la competencia para determinar el régimen jurídico del personal directivo y el instrumento normativo que pudiera resultar más adecuado para ello.

Vigésima cuarta.— A nuestro parecer, la competencia para establecer la reglamentación del personal directivo resulta ser del Estado para su propio régimen orgánico y de personal, y de las comunidades autónomas para el suyo propio y el de las administraciones de su territorio. Cuestión distinta es que se pueda reconocer al Estado una intervención mínima, puntual y transitoria, fundada en razones de interés público, tendente a garantizar la correcta articulación de la cadena normativa entre los diferentes poderes reguladores implicados —Estado, comunidades autónomas y entidades locales—, intervención que no debería suplantar la competencia de las comunidades autónomas y que tendría como finalidad asegurar el correcto y ordenado ejercicio de las competencias locales en este aspecto específico.

Vigésima quinta.— Resulta perfectamente posible que el Estado y las comunidades autónomas ordenen su intervención en esta materia a través de leyes o de otro tipo de disposiciones normativas, ya que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una reserva de reglamento. Sin embargo, no parece que una materia con proyección sobre la función pública y el personal pueda integrar el contenido básico de una ley de presupuestos, sin perjuicio de que la misma pudiera ubicarse en una ley de acompañamiento o en una ley sobre empleo público o sobre régimen local.

Vigésima sexta.— La regulación que se propone puede basarse en una norma de habilitación de carácter puntual y concreto en favor de la potestad normativa local, para cubrir una situación de vacío normativo, que podría ser adoptada indistintamente por el Estado o la comunidad autónoma, o, alternativamente, en una regulación más sustantiva que, a nuestro entender, solo debería adoptarse por la correspondiente comunidad autónoma para las entidades locales de su propio territorio, disposición que podría introducirse como una transitoria de la LRBRL o de ley municipal o de gobierno local de la comunidad autónoma, todo ello sin perjuicio de que pueda recurrirse a una norma reglamentaria estatal o autonómica para obtener idéntico objetivo y finalidad.

Vigésima séptima.— También resulta fundamental concretar el posible ámbito de la norma en cuestión. En principio, si la intervención ha de ser estatal, lo más adecuado es referirse única y exclusivamente a las entidades para las cuales la propia LRBRL ha previsto una estructura directiva, es decir, las diputaciones, los cabildos y consejos insulares y los municipios de gran población. Con ello se salvaguarda el poder de decisión de las comunidades autónomas sobre el ámbito de extensión de las estructuras directivas en los ayuntamientos de régimen común que aún no ha sido definido por una ley estatal o autonómica. En cambio, si la intervención se ha de vehicular a través de una norma autonómica, quizá lo más sensato sea autorizar a las entidades locales cuya población sea igual o superior a 40 000 habitantes, y a las entidades supramunicipales que igualen o superen dicho umbral de población, a definir sus puestos directivos y concretar su régimen jurídico, tal como se hace en el artículo 36.5 de la LILE.

Vigésima octava.— Al respecto se propone como una posible norma de habilitación el siguiente texto:

- 1. Con carácter provisional y transitorio las entidades locales previstas en el artículo 32 bis y en el 121 de la LRBRL, podrán regular el régimen jurídico específico de los titulares de sus puestos directivos a través del correspondiente reglamento orgánico.*
- 2. La regulación que se establezca podrá extenderse a los titulares de los puestos directivos propios de sus estructuras internas y a los de la máxima responsabilidad que se determinen en los respectivos estatutos de las entidades que conforman su sector público.*
- 3. El régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos que pudiera establecerse por el correspondiente reglamento orgánico deberá garantizar los principios de profesionalidad, igualdad, mérito, idoneidad, publicidad y concurrencia, y responsabilidad por la propia gestión.*
- 4. El régimen jurídico específico que se contenga en el correspondiente reglamento orgánico deberá ordenar y completar la regulación prevista en la legislación vigente sobre personal directivo profesional.*
- 5. Las disposiciones contenidas en la legislación básica de empleo público, y en la de la comunidad autónoma sobre empleo público local, tendrán carácter supletorio respecto a todos los aspectos del régimen jurídico del personal directivo a los que no se refiera el correspondiente reglamento orgánico.*
- 6. Los preceptos de los correspondientes reglamentos locales que incorporen el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, que contradigan la regulación general que pudiera establecerse por las leyes o los reglamentos del Estado o de las comunidades autóno-*

mas, devendrán automáticamente inaplicables en el momento de la entrada en vigor de dichas leyes y reglamentos. En este caso solo podrán continuar vigentes las reglas que resulten compatibles o permitan una interpretación armónica con las nuevas normas establecidas, mientras no se produzca una adaptación expresa de la correspondiente reglamentación local.

Vigésima novena.— Si se trata de elaborar una norma más sustantiva habrá que abordar una serie de regulaciones materiales que deberán desprenderse de la doctrina elaborada sobre esta materia específica, y de las leyes de las comunidades autónomas que han procedido a su regulación, comprendiendo el ámbito subjetivo de aplicación, su vertiente orgánica y funcional, el instrumento que vaya a utilizarse para la ordenación de los puestos directivos, los requisitos de acceso a las funciones directivas y su condición, los posibles procedimientos de designación, continuidad y cese en el ejercicio de las funciones directivas, las situaciones administrativas en que pueda quedar el personal que accede a funciones directivas, los sistemas y técnicas para evaluar la responsabilidad por la propia gestión directiva y el sistema de incompatibilidades y conflictos de interés.

Trigésima.— Al respecto se propone como una posible norma sustantiva el siguiente texto:

1. Con carácter provisional y transitorio, las entidades locales territoriales con una población igual o superior a los 40 000 habitantes, las islas, las comarcas u otras entidades instituidas por las comunidades autónomas y las mancomunidades podrán regular el régimen jurídico específico de los titulares de sus puestos directivos a través del correspondiente reglamento orgánico.

2. La regulación que se establezca podrá extenderse a los titulares de los puestos directivos propios de sus estructuras internas y a los de la máxima responsabilidad que se determinen en los respectivos estatutos de las entidades que conforman su sector público.

3. Las entidades locales definirán los puestos directivos propios de su estructura interna y de las entidades de su sector público local, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica o autonómica que resulte de aplicación. La determinación de los puestos directivos de la estructura administrativa se llevará a cabo a través de una relación específica de puestos de trabajo u otro instrumento de ordenación del personal directivo, que no deberá ser objeto de negociación.

4. Tendrán la consideración de personal directivo profesional los titulares de los puestos definidos como directivos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices

generales fijadas por los órganos de gobierno, adoptando al efecto las decisiones oportunas, y disponiendo para ello de un margen de autonomía dentro de esas directrices generales.

5. El nombramiento de los titulares de los puestos directivos deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el correspondiente reglamento orgánico permita que en atención a las características específicas de las funciones por desempeñar en tales puestos directivos su titular no reúna dicha condición de funcionario.

6. La designación del personal directivo profesional será discrecional, atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos objetivos que garanticen la publicidad y la concurrencia y en los que se acredite la competencia profesional y la experiencia necesaria para su adecuado desempeño. El cese del personal directivo profesional se producirá, además de por las causas previstas en el régimen aplicable a los funcionarios de carrera, por una decisión motivada en la pérdida de la idoneidad necesaria para el ejercicio de las correspondientes funciones directivas o en una evaluación negativa de su gestión.

7. Los titulares de los puestos directivos estarán sujetos a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por la gestión y control de resultados, todos ellos en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. La evaluación de resultados, que tendrá carácter periódico, podrá llevarse a cabo directamente por el superior jerárquico del correspondiente ámbito o entidad o, por el órgano de gobierno o el órgano superior de la entidad al que le correspondan dichas funciones, con la ayuda, si se considera conveniente, de asesores externos.

8. El personal funcionario que sea designado para ocupar puestos de trabajo con funciones directivas será declarado en situación de servicios especiales. El personal laboral fijo que pase a desempeñar un puesto de trabajo directivo será declarado en la situación que le corresponda de conformidad con la legislación laboral, habida cuenta de su consideración como cargo público a estos únicos efectos.

9. El régimen jurídico de incompatibilidades del personal directivo local será el establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

10. Las entidades locales determinarán el régimen jurídico de los titulares de sus puestos directivos, de acuerdo con lo previsto en la legis-

lación básica y en la de su comunidad autónoma, teniendo en cuenta que la legislación de empleo público del Estado y de la comunidad autónoma tendrá carácter supletorio en todos los aspectos del régimen jurídico del personal directivo no regulados en esta Ley [en esta norma reglamentaria].

11. Los preceptos de los reglamentos locales que incorporen el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, y que contradigan la regulación general que pudiera establecerse por las leyes o los reglamentos del Estado o de las comunidades autónomas, devendrán automáticamente inaplicables en el momento de la entrada en vigor de dichas leyes y reglamentos. En este caso, solo podrán continuar vigentes las reglas que resulten compatibles o permitan una interpretación armónica con las nuevas reglas establecidas, mientras no se produzca una adaptación expresa de la correspondiente reglamentación local.

QDL54

II. ESTUDIOS

El derecho local en tiempos de alarma. Un análisis jurídico de los efectos del COVID-19 en las entidades locales

FERNANDO GARCÍA RUBIO
*Técnico de Administración General del Ayuntamiento de Madrid.
Profesor titular de Derecho Administrativo*

- 1. El estado de alarma por el COVID-19**
- 2. El derecho local**
 - 2.1. Características generales
 - 2.2. Las normas básicas generales de desarrollo del artículo 149.1.18.ª CE
 - 2.3. Las controversias sobre la constitucionalidad de la LRSAL y el marco del derecho local vigente el 14 de marzo de 2020
- 3. Derecho de emergencia y entidades locales**
 - 3.1. Marco jurídico de actuación
 - 3.2. Competencias municipales en el estado de alarma
- 4. Las variaciones producidas sobre el derecho local**
 - 4.1. Entidades locales y restricciones sanitarias
 - 4.2. Habilitaciones para restricciones en base a leyes no sanitarias
- 5. El papel de los bandos**
- 6. Afecciones concretas principales de la normativa “COVID-19”**
 - 6.1. Organización de los servicios
 - 6.2. Contratación pública
 - 6.3. Haciendas locales
 - 6.4. Urbanismo
 - 6.5. Policía administrativa
 - 6.6. Personal
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

Artículo recibido el 21/07/2020; aceptado el 18/09/2020.

Resumen

El presente artículo aborda un panorama del derecho local ante la pandemia del COVID-19, analizando las circunstancias del estado de alarma, sus características y críticas. Describe y analiza la normativa aprobada en el periodo de alarma y su incidencia sobre las entidades locales, como los efectos de la desescalada.

Palabras clave: *pandemia; derecho de excepción; salud pública; alarma; crisis; decreto ley; derecho local; competencias; alcaldía; bando; policía administrativa; desescalada; servicios públicos; urbanismo; terrazas; distancia; hacienda local; fondos; organización; teletrabajo; sanciones.*

Local law in times of alarm. A legal analysis of the effects of Covid-19 on local entities

Abstract

This article addresses local law facing the Covid-19 pandemic. It analyzes the circumstances of the state of alarm, its characteristics and criticism. The article describes the regulation approved during the state of alarm and its consequences and effects for local entities and the period of de-escalation.

Keywords: pandemic; law of exception; public health; state of alarm; crisis; Royal-Decree law; competencies; mayor; edict; administrative police; de-escalation; public services; urbanism; terraces; distance; local financing; funds; organization; telecommuting; sanctions.

1

El estado de alarma por el COVID-19

La Organización Mundial de la Salud elevó el 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional¹.

1. Sobre toda la pandemia puede consultarse la web específica de la OMS https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?gclid=CjwKCAjw_qb3BRA-VEiwAvwq6VquWiyrczWuBJtJ39WcH0iLf8NaqhM6AJewWjoZ18Yj7XByF5lGvBo-CgcwQAvD_BwE

La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requirió la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a dicha coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos, especialmente el derecho fundamental a la vida y a la integridad física.

El coronavirus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad denominada COVID-19, ha conseguido detener el mundo. El hecho de que incluso los Juegos Olímpicos² de 2020 hayan tenido que suspenderse –algo que solo dos guerras mundiales habían conseguido hasta ahora, tal y como señala FEAS³–, es la demostración de que estamos ante otra gran guerra, también mundial, aunque contra un único enemigo común tan pequeño como peligroso.

España, debido a una imprevisión sobre los efectos e incidencia del virus, está a la cabeza del mundo tanto en fallecidos por millón de habitantes como en porcentaje de sanitarios contagiados, y su efecto sobre la sociedad y la economía no tiene parangón desde que existen registros⁴.

En todo caso, ya es tarde para lamentarse y lo importante ahora es combatir la pandemia, limitar hasta eliminar los contagios, salvar el mayor número posible de vidas y después procurar minimizar los costes económicos. Porque el COVID-19 ha supuesto un drama económico y social. El consumo se ha hundido, en especial el de servicios (muy vinculado a la presencia física), y tardará en recuperarse; la inversión también se ha paralizado por la incertidumbre. La recuperación de ambos depende de tres factores: de la rapidez y determinación con la que se logre controlar la enfermedad, de la duración de las medidas de confinamiento y distanciamiento social, y del éxito de las medidas económicas para evitar que las rupturas temporales de la oferta se transformen en rupturas permanentes.

Estas circunstancias motivaron que el Gobierno de la nación hiciera uso del artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio⁵, que le habilita para, en el ejercicio

2. Las Fallas, la Feria de Abril, el Rocío, las fiestas de San Isidro, las fiestas de San Juan, los Sanfermines, la feria del libro de Madrid, el bando de la huerta, etc., también se han visto afectados, así como multitud de actividades, sin parangón desde la Guerra Civil (1936-1939).

3. FEAS, Enrique, “El virus que paró el mundo”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º 90, marzo-abril 2020.

4. Obviamente la peste negra de 1348 o la peste del siglo II en Roma o incluso la llamada gripe española de 1919 fueron superiores, pero no tenemos registros adecuados. Sobre la historia de las plagas, McNEILL, W. H., *Plagues and Peoples*, Nueva York, 1967.

5. Dichas situaciones denominadas “derecho de necesidad” se desarrollaron por la Ley Orgánica 4/1981. Sobre este derecho de necesidad puede consultarse ÁLVAREZ GARCÍA, V.,

de las facultades que a su vez le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad, lo cual se produjo mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante RDDEA), modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo (BOE del 18), de acuerdo con la habilitación contenida en la disposición final segunda del primero.

Posteriormente esa declaración fue ampliada conforme a los correspondientes acuerdos del Congreso de los Diputados (aunque no en periodos exactos de 15 días) por los reales decretos 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; 487/2020, de 10 de abril (BOE del 11); 492/2020, de 24 de abril (BOE del 25); 514/2020, de 8 de mayo (BOE del 9); 537/2020, de 22 de mayo (BOE del 23); y 555/2020, de 5 de junio (BOE del 6).

En efecto, el Pleno del Congreso de los Diputados, en las sesiones celebradas el 25 de marzo, 9 de abril, 22 de abril, 6 de mayo, 20 de mayo y 3 de junio de 2020, acordó conceder las mencionadas autorizaciones para prorrogar el estado de alarma de manera sucesiva hasta las 00:00 horas del 21 de junio de

El concepto de necesidad en Derecho Público, Civitas, Madrid, 1996; BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Ed., Madrid, 1983; CRUZ VILLALÓN, P., “La protección extraordinaria del Estado”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PREDIERI, A. (dirs.), *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 661-689, y *El estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, EDESA, Madrid, 1978; SERRANO ALBERCA, J. M., “Artículo 116”, en GARRIDO FALLA, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 1554-1611; y TORRES MURO, I., “Artículo 116. Los estados excepcionales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, BOE-Ministerio de Justicia-Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 630-636.

Más específicamente, ver ÁLVAREZ GARCÍA, V., “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, marzo-abril 2020 (Monográfico sobre “Coronavirus... y otros problemas”), pp. 6-21; y ÁLVAREZ GARCÍA, V. (dir.), “Coronavirus y Derecho (I): una introducción mínima al Derecho de necesidad”, 18 de marzo de 2020, y “Coronavirus y Derecho (II): los elementos esenciales del Derecho de necesidad”, 21 de marzo de 2020, en el *Foro de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Extremadura* [www.forocsyj.es] [concretamente ver <https://derechoadministrativouex.files.wordpress.com/2020/03/20200318.-coronavirus-y-derecho-i.pdf> y <https://forocsyj.com/2020/03/21/coronavirus-y-derecho-ii-los-elementos-esenciales-del-derecho-de-necesidad/>], que constituyen los primeros trabajos de la serie en que se analiza con detalle la respuesta jurídica –y sus problemas– a la crisis sanitaria actual.

2020. En la segunda oleada se declaró dicho estado para diversos municipios de la Comunidad de Madrid⁶ y tras ello mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 hasta el 9 de noviembre, prorrogado por 6 meses por acuerdo del Congreso de los Diputados de 29 de octubre.

La suspensión de plazos⁷ administrativos y jurisdiccionales acarreo un efecto práctico terrible, pese al más que aceptable uso de la teleadministración. Por su parte, ÁLVAREZ GARCÍA⁸ indica que una medida de necesidad como la relativa a la suspensión de los plazos administrativos quizá pueda ser adecuada para hacer frente a las consecuencias derivadas de la crisis del coronavirus (COVID-19), si dicha medida sirve para contribuir a la seguridad jurídica. El análisis de las previsiones contenidas en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma, revela no solo la necesidad, y las dificultades incluso, de la interpretación de

6. El Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, lo hace para los municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz.

7. Así, la disposición adicional tercera del RDDEA indica, con el título *Suspensión de plazos administrativos*:

1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente Real Decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que este manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, desde la entrada en vigor del presente Real Decreto, las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios.

5. La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los procedimientos administrativos en los ámbitos de la afiliación, la liquidación y la cotización de la Seguridad Social.

6. La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos administrativos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los plazos tributarios, sujetos a normativa especial, ni afectará, en particular, a los plazos para la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias.

8. ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La incidencia del derecho de necesidad en el procedimiento administrativo: la alteración de las reglas procedimentales por motivos de necesidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 54, mayo 2020.

las medidas en ella contenidas, sino también los problemas y las incertidumbres que se han generado en su aplicación práctica. La aprobación de modificaciones y de excepciones en otras disposiciones normativas de las reglas generales previstas en el Real Decreto 463/2020 ha supuesto, a la postre, que se diluya la finalidad perseguida con la adopción de la medida extraordinaria de paralización de todos los procedimientos administrativos. Y ha contribuido también, en definitiva, a provocar una situación de inseguridad generalizada en las relaciones de los ciudadanos con la Administración

Por otra parte, como indica FERNÁNDEZ DE GATTA⁹, el Real Decreto que declaró el estado de alarma, con sus modificaciones y prórrogas, en su caso, estableció el régimen jurídico del mismo, su aplicación y sus efectos¹⁰.

Junto a esas normas es de suma importancia la regulación de la denominada “desescalada” y el acceso a la “nueva normalidad”, que conforme al acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020¹¹ se recogen en el Plan para la transición a una nueva normalidad, en el que se establecen los principales parámetros e instrumentos para la adaptación del conjunto de la sociedad a la nueva normalidad, con las máximas garantías de seguridad sanitaria y recuperando –en palabras del Gobierno– progresivamente los niveles de bienestar social y económico anteriores al inicio de esta crisis.

9. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos”, *Diario La Ley*, n.º 9641, 2020.

10. Así, la declaración, ámbito y duración; autoridades competentes y colaboración con las mismas; gestión ordinaria de servicios; limitación de la libertad de circulación de las personas; requisas temporales y prestaciones personales obligatorias; medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación; medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, y en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas; medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional y para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública; medidas en materia de transportes; medidas para garantizar el abastecimiento alimentario; garantía de suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo y gas natural; operadores críticos de servicios esenciales; medios de comunicación de titularidad pública y privada; suspensión de plazos procesales, administrativos y de prescripción y caducidad; previsión del carácter de agente de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas; ratificación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes de las administraciones públicas regionales y locales (si son compatibles con el propio Real Decreto); habilitación al Gobierno para dictar sucesivos reales decretos que modifiquen o amplíen las medidas establecidas en este; información al Congreso de los Diputados, y, finalmente, régimen sancionador.

11. No hemos conseguido localizar en el BOE dicho Plan (sí sus órdenes de desarrollo) y nos tememos que no fue publicado dicho acuerdo, que es la base de toda la arquitectura de la vuelta a la “normalidad”, pero puede consultarse en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Documents/2020/03052020_Desescalada.pdf. No obstante, su puesta en marcha se puede articular a través de la “cogobernanza” que se regula en la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad.

El Plan estableció un proceso de desescalada gradual, asimétrico, coordinado con las comunidades autónomas¹², y adaptable a los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas, con las famosas cuatro fases (de 0 a 3).

Dicho Plan, que fue remitido al Congreso de los Diputados el 29 de abril de 2020 en cumplimiento de lo previsto por la disposición adicional sexta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tiene como objetivo fundamental conseguir que, manteniendo como referencia fundamental la protección de la salud pública, se recupere paulatinamente la vida cotidiana y la actividad económica, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar.

Aunque en el Plan la desescalada no se concibió como un proceso matemático ni automático¹³, sino que debía desarrollarse en función de la evolución de la epidemia y de las capacidades estratégicas de los servicios sanitarios, sí establece un esquema útil sobre el que diseñar y ejecutar las diferentes estrategias de transición. En este sentido, en el Plan se establecen una fase cero o preliminar y tres fases de desescalada diferenciadas en función de las actividades permitidas en cada una de ellas, por las que podrán transitar los diferentes territorios en función de diversos criterios e indicadores hasta llegar a la nueva normalidad, una vez finalizada la fase III, en la que terminarán las restricciones sociales y económicas, pero se mantendrán la vigilancia epidemiológica, la capacidad reforzada del sistema sanitario y las medidas de autoprotección de la ciudadanía.

Este panorama, nuevo para todos, ha puesto en marcha una serie de medidas¹⁴ tanto a nivel estatal como autonómico o local (que es lo que nos inte-

12. A tal efecto la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad, publicada en el BOE de 3 de mayo. De hecho el Real Decreto 926/2020 considera autoridad competente a los presidentes de las comunidades autónomas.

13. De hecho la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, y la Orden SND/507/2020, de 6 de junio, por la que se modifican diversas órdenes con el fin de flexibilizar determinadas restricciones de ámbito nacional y establecer las unidades territoriales que progresan a las fases 2 y 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, establecen ya modulaciones.

14. Calificadas por ALEGRE ÁVILA como “promiscuidad *legiferante*” (ALEGRE ÁVILA, J. M., “Un sucinto apunte acerca del *sistema de fuentes* en época de emergencia/excepcionalidad [Perplejidad de un viajero oriental]”, disponible en <http://www.aepda.es/AEPDAEn>

resa), lo que ha supuesto una revolución social y económica propiciada por este estado de alarma sanitaria que ha provocado una vorágine legislativa en todos los ámbitos. Esta vorágine legislativa ha devenido en centenares de normas, entre reales decretos leyes, reales decretos, órdenes ministeriales, notas interpretativas, resoluciones, instrucciones y FAQs dictados por las diferentes administraciones con el fin de clarificar la aplicación de toda esta normativa, y que se pueden consultar en el código electrónico elaborado por el BOE¹⁵ en relación con esta crisis sanitaria del COVID-19, que se mantiene constantemente actualizado.

El Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, establecía, en su artículo 5, que “la superación de todas las fases previstas en el Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de abril de 2020, determinará que queden sin efecto las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma en las correspondientes provincias, islas o unidades territoriales”.

Tras un primer momento de reclusión y *shock* posteriormente todo el territorio nacional alcanzó al menos la fase II del Plan; el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, además de mantener esta última previsión, dispuso que la autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del Plan de desescalada sería, en ejercicio de sus competencias, exclusivamente quien ostentara la presidencia de la comunidad autónoma, salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedieran el ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma.

trada-2837-Un-sucinto-apunte-acerca-del-sistema-de-fuentes-en-epoca-de-emergencia-excepcionalidad.aspx). Un ejemplo es la *Orden SND/535/2020, de 17 de junio, por la que se modifica la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad*, y la *Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad*.

15. Disponible en www.boe.es y que tiene 6 volúmenes (COVID-19: Derecho Europeo, Estatal y Autonómico; COVID-19: Colectivos Vulnerables; COVID-19: Trabajadores Autónomos; COVID-19: Medidas Tributarias; COVID-19: Arrendamiento de vivienda y locales comerciales, y COVID 19: Movilidad de las Personas).

Además, se reguló que fueran las comunidades autónomas¹⁶ las que pudieran decidir, con arreglo a criterios sanitarios y epidemiológicos, la superación de la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su comunidad, y que, en consecuencia, quedaran sin efecto las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma en sus respectivos territorios. Circunstancia que permanece y que ha supuesto la regresión por acuerdo de la comunidad autónoma correspondiente de diferentes municipios a la fase II durante el verano de 2020.

No parece que vaya contra el sentido común señalar que en casos de enfermedades altamente contagiosas es necesario restringir la movilidad de las personas. Una constante de las pandemias es que se extienden con el movimiento de las personas¹⁷. La epidemia se inició en China, llegó a Europa a través de Italia y ahora, además de arrasarse el viejo continente, hace lo propio con los Estados Unidos e Iberoamérica. Pero esta circunstancia debe compaginarse con el respeto al derecho fundamental del artículo 19 CE.

En cualquier caso, el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, que prorrogó por quinta vez el estado de alarma, acordó también alzar, desde el 4 de junio de 2020, la suspensión de los plazos procesales y de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones que estableció el propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Asimismo, dispuso la reanudación o, en su caso, el reinicio, a partir del 1 de junio, del cómputo de los plazos administrativos suspendidos.

Por último, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis

16. Dando comienzo al rosario de normas autonómicas que, aunque existían ya desde marzo, se multiplicaron de forma exponencial. Así, por ejemplo, Andalucía adoptó el Acuerdo de 9 de junio de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toma razón del Plan Andaluz de Vigilancia y Prevención de Brotes del COVID-19 (BOJA de 16 de junio de 2020), y aprobó los decretos leyes 10/2020, de 29 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización administrativa en materia de ayudas en el ámbito del empleo y medidas complementarias con incidencia en el ámbito económico, local y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y 13/2020, de 18 de mayo, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes relativas a establecimientos hoteleros, coordinación de alertas, impulso de la telematización, reactivación del sector cultural y flexibilización en diversos ámbitos ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19). Por otra parte, Canarias aprobó el Decreto-ley 7/2020, de 23 de abril, de modificación del Decreto-ley 4/2020, de 2 de abril, de medidas extraordinarias de carácter económico, financieras, fiscales y administrativas para afrontar la crisis provocada por el COVID-19; y Madrid, la Orden 523/2020, de 23 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan pautas a cumplir y recomendaciones en materia de salud pública de interés general como consecuencia del avance de la Comunidad de Madrid a la fase I del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

17. Sobre estas vid. MACIP, S., *Las grandes epidemias modernas. La lucha de la humanidad contra los enemigos invisibles*, Destino, 2020.

sanitaria ocasionada por el COVID-19 (llamado de “nueva normalidad”), recoge toda una serie de medidas “restrictivas” y reguladoras de esta “nueva normalidad”.

HUERGO LORA¹⁸ ha afirmado que el Real Decreto-ley 21/2020 establece obligaciones que indudablemente limitan la libertad de los ciudadanos (por ejemplo, el uso de mascarillas) e incluso tipifica infracciones y sanciones (como la multa por un máximo de 100 euros por incumplir la obligación de uso de la mascarilla). Dicho autor sostiene que para aprobar normas que no pueden adentrarse en el campo de la reserva de ley basta la potestad reglamentaria. Si interpretáramos el artículo 86 CE en el sentido de que el decreto ley no puede contener ninguna regulación reservada a la ley, el decreto ley solo añadiría (a la potestad reglamentaria) la posibilidad de derogar preceptos legales que regulen materias no reservadas a la ley, o la de introducir normas nuevas en materias no reservadas, pero se convendrá en que ganancia tan limitada difícilmente justificaría la introducción de un instrumento constitucional como el decreto ley, que –añado yo– en cuanto a las entidades locales no parece muy adecuado en el caso de la regulación de los plenos telemáticos a través del Real Decreto-ley 11/2020.

En el momento de escribir estas líneas, y tras una paulatina “reescalada” parcial, podemos señalar, a la vista de la actividad normativa y su plasmación administrativa, tal y como indica PEREA GONZÁLEZ¹⁹, que, por desgracia, con ocasión de la terrible pandemia que hemos sufrido –y sufrimos– en estos últimos meses, el Gobierno y las diferentes comunidades autónomas han procedido de forma urgente a dictar numerosas resoluciones, instrucciones, recomendaciones... Sin poner en duda el voluntarismo y la bondad de esta normativa de excepción, pasado el peor período de la enfermedad, quizá sea el momento de preguntarnos acerca de cuál es el valor cívico que tiene la forma y si acaso no hemos incurrido en algunos excesos –o defectos– al pretender mantener la normalidad o recuperarnos de lo acaecido en este tiempo, renunciando –o pretendiéndolo– a cuestiones a la vista “menores” (formales), pero de innegable importancia para la resolución final de nuestros problemas, o lo que es lo mismo, para las cuestiones materiales (de fondo).

Pero no es el objeto de este trabajo el análisis jurídico-constitucional de la situación de estado de alarma por el COVID-19, que ha sido ya duramente criticada, jurídica, social y políticamente, sino abordar la influencia de las

18. HUERGO LORA, A., “Estado de alarma en el país de los decretos leyes”, disponible en <https://almacendederecho.org/estado-de-alarma-en-el-pais-de-los-decretos-leyes>

19. PEREA GONZÁLEZ, Á., “Apología de la forma: COVID-19 y seguridad jurídica”, *Diario La Ley*, n.º 9649, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 9 de junio de 2020.

determinaciones jurídicas de la crisis, y por tanto, con carácter previo, deberemos realizar un breve repaso sobre la situación previa de dicha rama del derecho.

Con carácter previo cabe señalar que un apunte importante es entender que, de alguna forma, la autonomía local quedó limitada por la declaración del estado de alarma, dejando la Constitución, la Ley Orgánica reguladora y el propio RDDEA muy claro que el Gobierno de la nación tomaba las riendas. Así, como desarrollaremos posteriormente, las policías locales actuaron bajo el mando del Ministerio del Interior. Cabe lógicamente la posibilidad de que se produzca alguna situación extraordinaria a nivel local en la que el ayuntamiento, y en concreto el alcalde, deba responder, pero la determinación general es la del acatamiento de las normas y restricciones del mando único gubernamental, y tras la finalización del estado de alarma, de las de la autoridad sanitaria en virtud de la legislación al respecto.

Por tanto, como es lógico, las determinaciones legales y actuaciones administrativas locales deben adaptarse a las de carácter sanitario por imperativo legal y constitucional.

En ese sentido, y bajo el paraguas competencial de las comunidades autónomas, algo parecido (sin la cobertura del estado de alarma, salvo en los municipios madrileños anteriormente aludidos, y por tanto susceptible de control jurisdiccional) ocurre en las situaciones derivadas de la segunda ola de la pandemia que nos asola desde finales del verano de 2020.

2

El derecho local

2.1

Características generales

El derecho local es el derecho de la cercanía y la inmediatez, esto es, el conjunto de instituciones que regulan a las entidades locales y a las relaciones de estas con los ciudadanos, que son las que los vecinos perciben con mayor cercanía, por tanto permeable a situaciones como la pandemia del COVID-19.

Esa cercanía de las diferentes corporaciones locales a la ciudadanía hace que las normas que conocemos como “derecho local” estén sometidas a una mayor controversia o discusión que otras partes de nuestro ordenamiento jurídico que nos afectan con menor inmediatez o mayor lejanía, como el derecho nuclear o el parlamentario, por citar solo algunos ejemplos de especial trascendencia, pero de mucho menor conocimiento general y discusión pública,

siendo en este ámbito donde se ejecutan las limitaciones frente al SARS-CoV-2 (aforos, distancias, control de tránsito, etc.).

Pero precisamente esa cercanía al ciudadano y la presencia general en todo el territorio nacional de las entidades locales (a excepción de las denominadas plazas de soberanía de los peñones del norte de África y la isla de Alborán, pero que carecen de población permanente no militar) hacen que el derecho local sea un auténtico “derecho de Estado”, puesto que la articulación y las funciones de las entidades locales son un elemento vertebrador de este, tal y como se deduce no solo de su propia concepción, sino de los reiterados intentos por erosionar la base común, siempre punta de lanza de las concepciones independentistas²⁰.

Debe recordarse que nuestro régimen local se articula, tal y como expresaba MORELL OCAÑA²¹, en un régimen jurídico bifronte caracterizado por la atribución al Estado de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas en el artículo 149.1.18.^a CE, junto a las generales fijadas por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), y las específicas locales contenidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante la LRBRL), junto a sus reglamentos de desarrollo y el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHL), y parcialmente el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante TRRL).

20. Así, la denominada “interiorización” del derecho local por las comunidades autónomas fue una concepción que avalada por importantes sectores doctrinales solo planteaba cuestiones como sobre diputaciones; al respecto puede verse COSCULLUELA MONTANER, L. y CARBONELL PORRAS, E. (dirs.), *Reforma estatutaria y régimen local*, Civitas-Thomson Reuters, Ministerio de Ciencia e Innovación, 2011. Debemos destacar que, al amparo de los títulos competenciales recogidos en su estatuto de autonomía, diversas comunidades autónomas han aprobado legislaciones en relación con esta materia, que pretenden incidir en la línea de la “interiorización” del derecho local en las comunidades autónomas, y que han supuesto, incluso antes de las reformas estatutarias del periodo 2006-2008, una impugnación de las capacidades legislativas del Estado sobre esa materia ante el Tribunal Constitucional, en los recursos 1523-2004, interpuesto por el Parlamento de Cataluña, 1598/2004, interpuesto por el Gobierno catalán, y 1741/2004, promovido por el Gobierno de Aragón, que han sido resueltos por la STC 103/2013, de 25 de abril. Sobre esta materia véase, con respecto a la interiorización, ORTEGA ÁLVAREZ, L., “El régimen local en los nuevos estatutos de autonomía”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, 2011, pp. 253-285; y con respecto a los límites de la facultad legislativa en la organización de los servicios públicos locales del Estado, MONTOYA MARTÍN, E., “Las fórmulas de gestión de los servicios públicos locales: los entes instrumentales”, *Congreso europeo sobre descentralización territorial y administración local*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pp. 215-258.

21. MORELL OCAÑA, L., *El régimen local*, Civitas, 1988, pp. 150-154.

Como ya hemos indicado, la LRBRL supone la principal legislación básica estatal en la materia, al menos generalista, y ha sido objeto de diversas reformas puntuales y de tres particularmente intensas, por las leyes 11/1999, de desarrollo del pacto local, 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, y 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL). Esta última norma supuso un fuerte impacto sobre el mundo local, puesto que fue la traslación del artículo 135 de la Constitución, tras la reforma exprés de esta en septiembre de 2011 y su desarrollo por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Pero además de la indicada legislación básica el derecho local se integra por otro tipo de legislación que es la sectorial, la cual puede ser autonómica o estatal, dependiendo del título competencial, aunque tras las diferentes reformas estatutarias pocas materias de las que conciernen al mundo local son competencia legislativa del Estado, que se circunscribe prácticamente a los términos previstos por el artículo 149.1.18.^a de la Carta Magna.

El papel de las comunidades autónomas en el derecho local es clave, puesto que la referida competencia legislativa sectorial les posibilita para atribuir competencias y regular el papel de las entidades locales en cada uno de los ámbitos que ellas legislen, con el único límite de la legislación básica estatal y el respeto al principio de autonomía local del artículo 140 de la Ley de leyes²².

Pero además de la legislación básica estatal y la legislación sectorial, estatal y autonómica, debe destacarse la legislación autonómica sobre régimen local, en desarrollo de las antedichas bases estatales.

Junto a ese conjunto de normas estatales y autonómicas (legales y reglamentarias), el ordenamiento jurídico local se ve complementado por la capacidad normativa de las propias entidades locales, recogida en la potestad reglamentaria especificada en el artículo 4.º LRBRL, las clásicas ordenanzas y los reglamentos locales²³.

22. Al respecto, DESDENTADO DAROCA, E., “El principio de autonomía local”, en SANTA-MARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010, pp. 877-900, y VEGA DE DÍAZ RICCI, A. M. DE LA, *La autonomía municipal y el bloque constitucional local*, Ciudad Argentina-Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Buenos Aires-Madrid, 2006. Por lo que se refiere a la defensa de esta, PORRAS RAMÍREZ, J. M.^a, *El conflicto de defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Civitas, 2001; y en su vertiente financiera, MEDINA GUERRERO, M., *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004.

23. Sobre ello, *vid.*: SÁNCHEZ GOYANES, E., *La potestad normativa del municipio español*, El Consultor, Madrid, 2000; GALÁN GALÁN, A., *La potestad normativa autonómica local*,

Ahora bien, sin perjuicio de esa determinación básica estatal que se realiza al amparo del título competencial recogido en el artículo 149.1.18.^a, lo cierto es que el hecho autonómico, plasmado en el Título VIII de la propia Constitución, establece un ámbito competencial para las comunidades autónomas en relación con el régimen local que ha sido específicamente ampliado por las reformas de los estatutos de autonomía²⁴, que suponen unas limitaciones, como posteriormente señalaremos, para el conjunto de las posibilidades reformadoras del legislador estatal, al menos en el sistema actual establecido por la interpretación del Tribunal Constitucional²⁵ de dichos títulos competenciales. Predicable también para los aspectos sanitarios, pese al menor interés de los legisladores autonómicos en la materia.

En cualquier caso, y pese al escaso importe en el conjunto del gasto público que las entidades locales tienen frente a las comunidades autónomas y a la Administración General del Estado, existía antes de la aprobación de la LRSAL un amplio consenso en la necesidad de abordar con urgencia un conjunto de reformas del régimen local, que no solo se vinculan con la contención del gasto y la racionalización de este, sino que pretendieron tener más alcance²⁶.

La reforma que se pretendió abordar, pese a su ambicioso título, se centra, pese a la fundamentación de su exposición de motivos más ambiciosa, tan solo en cuatro aspectos, tal y como se recoge en el párrafo tercero de la exposición de motivos, que señala, de forma literal, que dicha reforma “persigue varios objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras administraciones de forma que se haga efectivo el principio ‘una administración una competencia’, racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad fi-

Atelier, Barcelona, 2001; y BLASCO DÍAZ, J. L., *Ordenanza municipal y ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

24. Aprobados por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; y, en menor medida, Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

25. Sobre el papel del alto intérprete de la Carta Magna es imprescindible la obra de FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, 2005.

26. Al respecto *vid.* el monográfico del *Anuario del Gobierno Local 2012: Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?*, dirigido por FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., Fundación Democracia y Gobierno Local, mayo 2013.

nanciera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas”.

Por tanto, pese al importante calado que tuvo esta reforma, deja al margen otros aspectos sustantivos que son ineludibles en relación con la reforma de la planta local en su conjunto, que dada la premura del tema de la financiación y la racionalización del sector público se dejan apartados para ulteriores ocasiones, desperdiciando, en opinión de la doctrina²⁷, una oportunidad histórica. Podemos resumir, en base a esos cuatro objetivos, que es una ley que denominamos “de crisis”²⁸ y no aprobada como consecuencia de la crisis, con un enfoque absolutamente económico de ahorro del gasto público para reducir el déficit público, con vertientes en las estructuras y competencias, todo ello bajo la óptica de la estabilidad presupuestaria derivada del artículo 135 de la Carta Magna y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, con un posterior enfoque (no se realizaba en los primeros borradores) de incentivación de la actividad económica particular eliminando autorizaciones superfluas, pero no entrando en una reforma en profundidad del entramado institucional implantado en 1985. Así, para los municipios no “estables” financieramente, se impide ejercer servicios no habilitados por competencias expresas, con su incidencia en la paliación del COVID-19.

La LRSAL ha sufrido varias modificaciones que, no obstante, se refieren a preceptos no impugnados por los recurrentes ante el Tribunal Constitucional. Es el caso de la disposición transitoria séptima, modificada por la Ley 18/2015, de 9 de julio; y de la disposición final segunda, que añade la disposición adicional vigésima a la Ley 30/1992, derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [disposición derogatoria única, apartado 2.a)]. Por otra parte, el Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, ha reformado el apartado 2 del artículo 92 *bis* LRBRL, introducido por el artículo 1.27 de la LRSAL.

27. Así lo ha señalado COSCULLUELA MONTANER, L., “Reforma de la Administración local. Una oportunidad de modificar la planta local que no puede perderse”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 157, enero-marzo 2013, pp. 11-19.

28. Lógicamente referido a la crisis económica de carácter financiero-inmobiliario 2008-2014 y no a la pandemia actual. Al respecto *vid.* GARCÍA RUBIO, F., *El derecho local tras la “racionalización”*. *Entre la transparencia, la remunicipalización y el ajuste presupuestario*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 26.

2.2

Las normas básicas generales de desarrollo del artículo 149.1.18.ª CE

En cualquier caso, debemos recordar que el ROF²⁹ tiene un carácter de legislación estatal, y que en materia de procedimiento administrativo, por tanto, desarrolla los preceptos básicos con los cuales comparte su naturaleza, previstos en el Título VI de la LRBRL, para las entidades locales.

No obstante, en el ámbito estrictamente local, debemos señalar una excepción a la aplicabilidad del ROF, que tiene su propio fundamento en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 39/2015, de 1 de octubre (en adelante LPCAP), y en concreto en la determinación ahora contenida en la LRJSP que venía ya de la LRJAPC en su disposición adicional primera, que excluía de las disposiciones del Capítulo 2.º del Título II (ahora del régimen de los órganos colegiados de la LRJSP) al pleno y, en su caso, a la junta de gobierno de las entidades locales, no señalándose nada en relación con las comisiones informativas, aunque, como órganos del propio pleno, debemos entender que les es de igual aplicación dicha exención de la indicada LRJSP.

En ese sentido debemos destacar la importancia, en ese aspecto, de los reglamentos orgánicos de las entidades locales, tanto los reglamentos orgánicos de los municipios de régimen común, a los que hace referencia el artículo 20.c) de la LRBRL, como los de los municipios de régimen especial de gran población, previstos en el artículo 123 de esta.

Cabe resaltar, en ese sentido, que los procedimientos locales pueden, por reenvío de dicha legislación, establecer requisitos o supuestos que no estén previstos en estas legislaciones, incluyendo fases o compromisos necesarios de este procedimiento, y así debemos destacar lo especificado, por ejemplo, en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, con respecto a las normas sobre aprovechamiento de los bienes comunales, o en lo referido a los requisitos de la tramitación de licencias, conforme a las especificidades de las legislaciones del suelo autonómicas y de los diferentes planes generales de ordenación urbana de los municipios.

No obstante, debemos resaltar la absoluta supeditación de la legislación procesal de las entidades locales a las legislaciones estatal y autonómicas, y en ese sentido basta recordar el ejemplo de la Ley 25/2009, de 22 de diciem-

29. 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, una de las tres normas básicas de desarrollo de la LRBRL.

bre, que obliga a la modificación de cualquier ordenanza local en relación con un procedimiento tan municipal como es el de tramitación de las autorizaciones (hoy declaraciones responsables o comunicaciones) sobre las actividades.

La aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), ha supuesto una importante influencia en la actividad de las corporaciones locales, no solo por las disposiciones adicionales segunda y tercera, que recogen las peculiaridades para la Administración local en cuanto al sistema de contratación público, sino por la importante actividad local que se desarrolla mediante contratos con terceros.

Dentro de las novedades de la indicada LCSP cabe destacar la variación en la modalidad de la gestión de los servicios públicos, puesto que –recuérdese– la LRBRL remitía a la legislación de contratos públicos en las diversas modalidades de contratación previstas por esta, tras la reforma operada en la legislación local por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

2.3

Las controversias sobre la constitucionalidad de la LRSAL y el marco del derecho local vigente el 14 de marzo de 2020

Como ya hemos indicado, la reforma de mayor calado de la LRBRL desde su promulgación fue la LRSAL, cuya aprobación supuso un gran conflicto jurídico-político-técnico ya desde su procelosa tramitación, lo que generó controversias entre comunidades autónomas y Estado, entre entidades locales y Estado, y de partidos nacionalistas y de izquierdas, todos contra la Ley aprobada.

Junto a esas críticas competenciales e ideológicas se produjeron numerosas críticas doctrinales que podemos agrupar en torno a las SSTC que resolvieron los conflictos, conforme a la clasificación que GRACIA RETORTILLO³⁰ realiza, sobre la vulneración de la autonomía local en los diferentes apartados con un contenido mínimo de la garantía constitucional de la autonomía lo-

30. GRACIA RETORTILLO, R., “La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía local”, en FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A. (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, IDP-Fundación Democracia y Gobierno Local, diciembre 2016, pp. 225-280, y en concreto pp. 249-268, basándose en: a) autoorganización local; b) competencias locales; c) controles sobre los entes locales, y d) autonomía y suficiencia financieras. Y por otro lado, a) la estabilidad presupuestaria, y b) el principio democrático.

cal³¹. Por otra parte, el indicado autor³² recoge la opinión del más alto intérprete de la Constitución sobre el modo en el que debe articularse la garantía de la autonomía local y otros principios.

Así, tras la aprobación de la LRSAL se planteó un primer recurso de inconstitucionalidad, núm. 1792-2014, interpuesto por la Asamblea de Extremadura. Este recurso es el primero de un conjunto de ellos planteados ante las dudas sobre la constitucionalidad de la LRSAL, y que han cristalizado en diversos conflictos de constitucionalidad, además del ya indicado del Parlamento extremeño. Además de los indicados recursos se han producido diversas reuniones previas al amparo de lo previsto en la LOTC, y así los acuerdos de las comisiones bilaterales de Galicia y Andalucía³³.

El 3 de marzo de 2016 el Tribunal Constitucional dictó la correspondiente Sentencia 41/2016³⁴ en el procedimiento sobre recurso de inconstitucionalidad núm. 1792-2014, desestimando el recurso de inconstitucionalidad en todo lo que no señalamos en el apartado final de este punto, aunque algún autor³⁵ lo ha calificado como otra vuelta de tuerca a la autonomía local.

Los anteriores conflictos han dado lugar, como ya hemos indicado, a las SSTC 41/2016, ante recurso interpuesto por la Asamblea de Extremadura; 111/2016,

31. GRACIA RETORTILLO, R., *op. cit.*, pp. 249-260.

32. GRACIA RETORTILLO, R., *op. cit.*, pp. 261 a 268.

33. En primer lugar el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de Administración Local (BOE, 8 de abril de 2015), de conformidad con las negociaciones previas celebradas por el Grupo de Trabajo constituido para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales manifestadas con relación al artículo 3 de la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de Administración Local; ambas partes las consideran solventadas de conformidad con las actuaciones desarrolladas y en razón de los compromisos allí consagrados. Por su parte, en Andalucía, la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de Administración Local (BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2015), en relación con las discrepancias competenciales manifestadas con relación al artículo 2, apartado 2, último inciso, y apartados 3 y 4, y con el artículo 8 del Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de Administración Local; ambas partes las consideran solventadas.

34. Al respecto *vid.* DÍAZ LEMA, J. M., “La STC 041/2016: aval del Tribunal Constitucional a las medidas relativas a la planta local y la reordenación de las competencias locales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 181, 2016, pp. 351-376.

35. ARROYO GIL, A., “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”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, pp. 701-716.

sobre un recurso de la Junta de Andalucía; 168/2016, por recurso interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias; 180/2016, ante recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra; 44/2017, sobre el recurso de los diputados de los grupos políticos de oposición en el congreso; 54/2017, del Parlamento de Cataluña; 93/2017, del Consejo de Gobierno de la Generalitat catalana; 101/2017, del Gobierno de Canarias; y 107/2017, sobre conflicto en defensa de la autonomía local.

Las SSTC 41/2016 y 111/2016 son, tal y como indica MEDINA ALCOZ³⁶, muy relevantes bajo esta última perspectiva; vienen a interpretar las reglas constitucionales y estatutarias que articulan la distribución territorial del poder público y las propias bases de régimen local, que están llamadas a funcionar como parámetro de constitucionalidad mediata en recursos, cuestiones y conflictos ante el Tribunal Constitucional. En cierto modo, cobran una importancia similar a la fundamental STC 214/1989, de 21 de diciembre, que resolvió los recursos acumulados contra la primera redacción de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL); o las SSTC 103/2013, de 5 de abril, 143/2013, de 11 de julio, y 161/2013, de 26 de septiembre, que dieron respuesta a los recursos interpuestos contra la reforma de aquella legislación básica (LRSAL).

El citado autor³⁷ mantiene que, en principio, la atribución en sí queda al margen de este título, según el Tribunal Constitucional: “el Estado solo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que estas se desarrollen 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 atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle; sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución (singularmente, arts. 103.1, 135, 137, 140 y 141 CE), las bases de régimen local *ex* artículo 149.1.18 CE y, en su caso, los estatutos de autonomía” [SSTC 41/2016, FFJJ 9 y 13 c), y 111/2016, FJ 9].

Esta doctrina, que hunde raíces en la importante STC 214/1989, ha dado pie a declarar el carácter básico de los preceptos que imponen condiciones a la Ley que atribuye competencias municipales propias (art. 25 LRBRL, en la redacción dada por el art. 1.º8 LRSAL) o la decisión administrativa que autoriza el ejercicio de una competencia no específicamente atribuida al ente local (art. 7.4 LRBRL, en la redacción dada por el art. 1.3 LRSAL). Estas bases “están regulando la atribución de competencias locales, pero no atribuyéndo-

36. MEDINA ALCOZ, L., “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local”, en FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A. (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, IDP-Fundación Democracia y Gobierno Local, diciembre 2016, pp. 189-224, y en concreto p. 191.

37. MEDINA ALCOZ, L., *op. cit.*

las directamente por sí, ni impidiendo que las comunidades autónomas opten por centralizar o descentralizar en el marco de sus estatutos”.

Ciertamente, el Estado condiciona el ejercicio de las competencias autonómicas cuando obliga a que los municipios tengan competencias “en todo caso” dentro de determinados ámbitos materiales, o cuando prohíbe atribuir poder local mediante cláusulas generales, abiertas o indeterminadas (apartados 2, 3 y 5 del art. 25 LRBRL). Ahora bien, “ello no es más que una opción política del legislador básico, que está autorizado a diseñar el modelo dentro del cual ha de moverse la asignación de competencias municipales” (STC 41/2016, FFJJ 12 y 13).

Por otro lado, se mantiene el respeto a la autonomía local, pero circunscribiendo esta al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, que –recuérdese– plasma igualmente el artículo 135 CE, evitándose coordinaciones obligatorias de servicios tras la nueva redacción del artículo 26.2 LRBRL, que si existiera un margen de actuación sanitaria para las entidades locales hoy se echaría en falta.

En concreto, además de la interpretación de diversos preceptos³⁸, debemos destacar las inconstitucionalidades de la LRSAL³⁹. MONTI-

38. En concreto se declara que no son inconstitucionales el art. 36.2.a) ni la disposición adicional 15 en la redacción dada por el art. 1.13 de la LRSAL, en los términos del fundamento jurídico 2, por la STC 54/2017, de 11 de mayo, y 93/2017, de 6 de julio.

Por otro lado, se declara que no es inconstitucional el art. 36.2.a), párrafo segundo, en la redacción dada por la LRSAL, interpretado en los términos del fundamento jurídico 3 d), por la STC 180/2016, de 20 de octubre. En el mismo sentido se pronuncia la STC 44/2014, de 27 de abril, en los términos del fundamento jurídico 2.1.

Se declara igualmente que no es inconstitucional el art. 36.1.g) y 2.a), segundo párrafo, en la redacción dada por el art. 1.13 de la LRSAL, interpretado en los términos de los fundamentos jurídicos 11 y 12.c) de la STC 111/2016, de 9 de junio.

En esa línea se declara que no es inconstitucional el art. 70.1, párrafo segundo, siempre que se interprete en el sentido de que no se refiere a las decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el pleno, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico 9, por la STC 161/2013, de 26 de septiembre. Finalmente, el Tribunal Constitucional declara que no es inconstitucional el art. 2.2, interpretado en los términos del fundamento jurídico 3, y que no tienen carácter básico los párrafos 1 y 2 del art. 45.2.b), no siendo por tanto su contenido vinculante para las comunidades autónomas recurrentes, por la STC 214/1989, de 21 de diciembre.

39. 1.º) Del apartado 2 del art. 26 LRBRL en los términos redactados por el art. 1.º9 LRSAL, la STC 111/2016, de 9 de junio, anula “al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas” y “Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera”. 2.º) El art. 57 bis LRBRL adicionado por el art. 1.º17 LRSAL es anulado por la STC 41/2016, de 3 de marzo. 3.º) La STC 54/2017, de 11 de mayo, anula los apartados 3 y 4 del art. 104 bis LRBRL en la redacción operada por el art. 1.º28 LRSAL. 4.º) La disposición adicional decimosexta LRBRL añadida por el art. 1.38 LRSAL se declara inconstitucional y nula, con los efectos señalados en el fundamento jurídico 8.f), por la STC 111/2016, de 9 de junio. 5.º) La disposición adicional undécima LRSAL sobre compensación de deudas entre administraciones por asunción de servicios y competencias es anulada por la STC 41/2016, de 3 de marzo. 6.º) La

LLA⁴⁰ ha señalado que, si sumamos las declaraciones de inconstitucionalidad y las declaraciones de interpretación conforme contenidas en estas sentencias, podemos afirmar que los objetivos de la LRSAL en relación con la reordenación de competencias autonómicas sobre régimen local y las limitaciones a la autonomía de los municipios han resultado, en buena medida, desactivados.

Podemos en nuestra opinión concluir resumiendo que el Estado tiene una amplia capacidad en base al tan criticado principio de la política económica, aunque las competencias autonómicas sectoriales (educación, servicios sociales y sanidad) y su autoorganización (órganos competentes para la emisión de informes o autorizaciones en materia de régimen local) no pueden determinarse por el legislador estatal, lo cual es clave para abordar el impacto jurídico de la pandemia.

3

Derecho de emergencia y entidades locales

3.1

Marco jurídico de actuación

Las entidades locales se ven, como el resto de administraciones públicas y de la sociedad, afectadas por la situación de pandemia, y en el ámbito de sus competencias, y dentro del marco del estado de alarma y las normas antipandémicas posteriores, tienen una cierta capacidad de actuación, bajo el mando único que el RDDEA y sus sucesivas actualizaciones establecieron, y las competencias de las comunidades autónomas en materia de salud pública posteriores.

Así, durante la “nueva normalidad” que regula el Real Decreto-ley 21/2020, las capacidades se restablecen al escenario anterior a la crisis, esto es, competencias de las comunidades autónomas y entidades locales y coordinación estatal en base a las normas ordinarias.

disposición transitoria primera LRSAL sobre asunción por las comunidades autónomas de las competencias relativas a la salud es anulada por la STC 41/2016, de 3 de marzo. 7.º) La misma sentencia 41/2016 anuló la disposición transitoria segunda sobre competencias de servicios sociales. 8.º) Lo mismo ocurre y en la misma STC 41/2016 con respecto a la disposición transitoria tercera sobre servicios de inspección sanitaria. 9.º) La STC 111/2016, de 9 de junio, declara inconstitucionales las palabras “el Consejo de Gobierno de” de la disposición final primera LRSAL, mediante la cual se modifica el art. 97 TRRL.

40. MONTILLA, J. A., *Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL*, IDP, 22 de diciembre de 2016, disponible en <http://idpbarcelona.net/las-sentencias-del-tribunal-constitucional-la-lrsal/>

Así, la CE, en su artículo 43, reconoce el derecho a la protección de la salud, y atribuye a los *poderes públicos* organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y los servicios necesarios, remitiendo a la ley los derechos y deberes de todos al respecto; asimismo, manda a los *poderes públicos* fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte.

Debe recordarse que durante el estado de alarma, y conforme al artículo 4.º del RDDEA, la autoridad competente fue el Gobierno, y en tal sentido, además, el artículo 5.º de dicha norma indica que los cuerpos de policía de las corporaciones locales quedarán bajo las órdenes directas del ministro del Interior, a los efectos de dicho Real Decreto, en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

En casos de emergencia el derecho local siempre atribuyó a la alcaldía las capacidades para realizar cuantas actuaciones fueran necesarias⁴¹. En este ámbito el alcalde puede “adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad”, una serie de medidas.

Es necesario diferenciar conceptualmente los términos “medida” y “acto administrativo”. Es cierto que el cauce natural del ejercicio de las competencias de alcaldía es el decreto o la resolución de alcaldía, pero quizá en un momento circunstancial extraordinario se justifica el dictado de este tipo de medidas mediante bando (sobre el que profundizaremos más adelante), o incluso por la vía de hecho (no es recomendable dadas las determinaciones legales de los arts. 4º.1 LRJSP y 84.2 LRBRL, sobre principios de menor intervención, igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue, salvo en circunstancias realmente muy excepcionales).

De hecho, el propio RDDEA reconoce cierta capacidad de intervención al establecer, en su disposición final primera, la ratificación de las medidas adoptadas por las autoridades de las entidades locales con ocasión del COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas, siempre que resulten compatibles con el RDDEA.

No obstante, VILLAR CRESPO⁴² sostiene que las medidas desarrolladas por los alcaldes se dictaron, fundamentalmente, para lograr la continuidad de la

41. El artículo 21.1 m) de la LRBRL indica su competencia para: “m) Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno”.

42. VILLAR CRESPO, G., “Repensando el derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 54, 2020.

vida vecinal y municipal, no incidiendo especialmente sobre los derechos de la ciudadanía.

Las indicadas medidas por parte de los alcaldes en base a la LRBRL se podrán tomar únicamente “en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos”. Entendemos que la situación generada por el COVID-19 podría ser catalogada de catástrofe, si bien, al estar al amparo de los dictados del Gobierno, seguramente, como recuerda VELASCO⁴³, debería acreditarse otra catástrofe más “local”, digamos más concreta en el espacio y el tiempo, muy probablemente derivada en este caso de la catástrofe principal (hemos visto durante la pandemia bandos “verbales” desalojando playas). Como muy bien matiza BLANES⁴⁴: “La catástrofe o el infortunio tienen en común que se trata de un hecho aislado que causa gran daño. El estado de alarma no es un hecho aislado sino una situación continuada”. Por su parte, la expresión “o grave riesgo de los mismos” puede ser defectuosa, pero la lógica invita a pensar que se refiere a un grave riesgo que podría amenazar el funcionamiento de los servicios o la seguridad de las personas.

Las medidas que se adopten deben ser “las necesarias y adecuadas”⁴⁵. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que encierra un indudable margen de discrecionalidad, algo que ya asume el propio precepto cuando indica *ab initio* que el alcalde actúa “bajo su responsabilidad”, pero lógicamente dichas medidas deben adoptarse en el entorno del principio de legalidad y, por tanto, tener al menos una base genérica en el marco de la LRBRL u otra ley, y no aprovechar “que el Pisuerga pasa por Valladolid”.

Además, se debe dar cuenta inmediata al pleno. Dar cuenta, evidentemente, no equivale a “ratificar”, por lo que en principio parece que el precepto no está pensado para que el alcalde ejerza por esta vía competencias del pleno. Además, evidentemente, no parece que en este momento resulte sencillo que dicha dación de cuenta sea inmediata, especialmente en los ayuntamientos en los que la celebración del pleno se encuentra suspendida.

En esa línea de facilitar la celebración de los plenos con seguridad sanitaria se produjo la modificación de la LRBRL, que luego analizaremos, mediante real decreto ley.

43. VELASCO CABALLERO, F., “Restricciones a la libertad de circulación por bando de alcaldía”, en blog del IDL de la UAM, 6 de mayo de 2020, disponible en <https://www.idluam.org/blog/restricciones-a-la-libertad-de-circulacion-por-bando-de-alcaldia/>

44. BLANES, M. A., tuit citado por ALMONACID LAMELAS, V., y disponible en <https://twitter.com/nuevadmon/status/1241634728853360640>

45. Sobre esto podría escribirse mucho a la vista de las divergencias entre el Estado y la Comunidad de Madrid, sobre modelos de confinamiento en base a municipios o áreas de salud, pero esto no es objeto de este trabajo.

Debe señalarse, como indica ALMONACID LAMELAS⁴⁶, que en los municipios sometidos al régimen especial de gran población del Título X LRBRL y en las ciudades de Madrid y Barcelona “también corresponde al alcalde ‘Adoptar las medidas necesarias y adecuadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad, dando cuenta inmediata al Pleno’ (art. 124.4.h). Como puede observarse, el precepto no es idéntico. Desaparece el plus de responsabilidad (teórica al menos) que deriva de la expresión ‘personalmente, y bajo su responsabilidad’, y se rebaja, por así decirlo, el nivel de gravedad, de ‘catástrofe o infortunios públicos’ a ‘extraordinaria y urgente necesidad’”. Esto se corresponde con una lógica mimesis, pero teniendo en cuenta el gran número de competencias que el artículo 127 LRBRL atribuye a la junta de gobierno local en estos municipios, en especial toda la contratación.

En el caso del régimen especial de Madrid se sigue una regla parecida en el artículo 14.3 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid⁴⁷; y la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, en el artículo 13.1.1), atribuye al alcalde similares facultades⁴⁸. No obstante, esa analogía no es mimética, al no requerir situaciones de catástrofe.

Por ejemplo, tal y como indica VILLAR CRESPO⁴⁹, puede citarse el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Valladolid 2020/1920, de 13 de marzo. Y más contundente es el Decreto de 15 de marzo de 2020, dictado sobre la base del artículo 124.4.h) LRBRL, por el que se procede a “suspender con carácter general ya toda la actividad desarrollada por el Ayuntamiento de Valladolid (...) mientras se mantenga el estado de alarma”, con excepción de las necesidades de personal para garantizar el funcionamiento de los servicios municipales. Este Decreto fue actualizado, de nuevo, por otro de 30 de marzo de 2020.

46. ALMONACID LAMELAS, V., “¿Puede el alcalde asumir excepcionalmente competencias del pleno durante el estado de alarma?”, disponible en <https://nosoloaytos.wordpress.com/2020/03/22/puede-el-alcalde-asumir-excepcionalmente-competencias-del-pleno-durante-el-estado-de-alarma/>

47. e) *Dictar bandos para recordar y precisar los términos del cumplimiento de normas en vigor, o para efectuar apelaciones a la población municipal con motivo de acontecimientos o circunstancias especiales. Dictar decretos e instrucciones.*

f) *Adoptar las medidas necesarias y adecuadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad, dando cuenta inmediata al Pleno.*

48. *Adoptar personalmente y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunio público, o de riesgo grave de estos, las medidas necesarias y adecuadas, de las que debe darse cuenta inmediatamente al Plenario o a la Comisión del Consejo Municipal que sea competente por razón de la materia.*

49. VILLAR CRESPO, G., “Repensando el derecho...”, *op. cit.*

Estamos hablando de un supuesto excepcional incluso dentro de las circunstancias excepcionales que produce la pandemia. Dicho de otro modo: la declaración del estado de alarma no altera el régimen legal de distribución de competencias establecido en la legislación de régimen local, puesto que además vulneraría en nuestra opinión el bloque de constitucionalidad establecido por el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, estando reservada dicha función a la Ley básica.

Por tanto, y conforme indica ALMONACID LAMELAS, no es una alternativa a la celebración de plenos, los cuales pueden celebrarse por los medios telemáticos⁵⁰, con una celeridad similar al dictado de medidas del órgano unipersonal, sobre todo si se articulan como extraordinarios y urgentes, el tipo de convocatoria que obviamente más se ajusta a estos casos. No existiendo excusas, puesto que juicios, conferencias de presidentes de comunidades autónomas, juntas de accionistas y hasta consejos europeos se han celebrado por esta vía.

Por otro lado, tampoco es en absoluto una vía para el ejercicio de las competencias ordinarias, ni del pleno ni del propio alcalde. La regla general sigue siendo que los actos administrativos se dictarán por el procedimiento legalmente establecido.

El sistema de distribución de competencias local ya es sumamente presidencialista, y de hecho las competencias de tipo ejecutivo recaen, de ordinario, sobre la figura del alcalde (o las ya apuntadas de la junta de gobierno en las grandes poblaciones). Sin negar ni la existencia ni la posible utilización de la figura estudiada, debemos acotar todo lo posible su uso, a fin de impedir su abuso (como corresponde a una prerrogativa exorbitante).

Por último, no olvidemos que el alcalde ya dispone de la figura de la avocación respecto de las competencias delegadas a la junta de gobierno. En grandes ciudades se delegan competencias (delegables) de la junta de gobierno, que sí tiene competencias propias, en los concejales delegados o en el propio alcalde.

Como hemos anunciado, debemos indicar que mediante la disposición final 2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, se ha añadido un nuevo apartado 3 al artículo 46 de la LRBRL. La Exposición de Motivos (IV) justifica esta modificación en base al lacónico argumento de que “la pandemia ha puesto de manifiesto la necesidad de que, ante situaciones de crisis de tal envergadura, que puedan producirse por causas de fuerza mayor, grave ries-

50. VELASCO CABALLERO, F., “Restricciones a la...”, *op. cit.*, y ALMONACID LAMELAS, V., “FAQ sobre Plenos telemáticos de las Entidades Locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 8 de abril de 2020.

go colectivo o catástrofe pública, se puedan adoptar medidas conducentes a garantizar el funcionamiento democrático y eficaz de las entidades locales”.

La modificación de la LRBRL⁵¹ es muy similar, tal y como destaca LAGO NÚÑEZ⁵², a la efectuada días antes en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por la disposición final 1 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, aunque como destaca ese autor es curioso que en la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2020 se matice que “dicha previsión afecta, exclusivamente, a un aspecto parcial y concreto del régimen de funcionamiento del Gobierno en tanto que órgano colegiado de dirección política, y no a elementos estructurales, esenciales o generales de su organización y funcionamiento (STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4)”. Y ello ya que en esta STC 60/1986 se analizaba la prohibición de afectar mediante real decreto ley al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado. Con la modificación de la LRBRL no ha parecido oportuno añadir este matiz, obviando que los municipios son la entidad básica de organización territorial del Estado, lo que se señala en el artículo 137 CE, en relación con el 1.º LRBRL.

Conforme al señalado LAGO NÚÑEZ, se exige que las herramientas de audioconferencias, videoconferencias u otros sistemas tecnológicos o audiovisuales se garanticen adecuadamente, y para ello se deberá:

a) Garantizar la seguridad tecnológica.

Para ello hay que estar al tenor del artículo 13 de la LPCAP, que establece como principio de actuación administrativa el de la seguridad, así como la protección de datos de carácter personal, tal y como se establece en el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) contemplado en el artículo 156 de la LRJSP.

51. La redacción del nuevo apartado 3 del art. 46 LRBRL es:

3. *En todo caso, cuando concurran situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones de los órganos colegiados de las entidades locales, estos podrán, apreciada la concurrencia de la situación descrita por el alcalde o presidente o quien válidamente les sustituya al efecto de la convocatoria de acuerdo con la normativa vigente, constituirse, celebrar sesiones y adoptar acuerdos a distancia por medios electrónicos y telemáticos, siempre que sus miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad. Asimismo, se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter público o secreto de las mismas según proceda legalmente en cada caso.*

A los efectos anteriores, se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias, videoconferencias, u otros sistemas tecnológicos o audiovisuales que garanticen adecuadamente la seguridad tecnológica, la efectiva participación política de sus miembros, la validez del debate y votación de los acuerdos que se adopten.

52. LAGO NÚÑEZ, G., “De la cercanía a la distancia. Examen del artículo 46.3 de la LRBRL”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 6, Sección Rincón Local, junio 2020, p. 122.

No podemos obviar que desde la entrada en vigor del artículo 46.3 de la LRBRL se están utilizando aplicaciones comerciales (Zoom, Google, Teams, etc.) que pueden, al parecer, conllevar transferencia internacional de datos fuera de la Unión Europea, por lo que se están incumpliendo el Reglamento (UE) 2016/679, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

b) Propiciar la efectiva participación política de sus miembros, la validez del debate y votación de los acuerdos que se adopten.

Para ello, de no contar con reglamento orgánico, las reglas de funcionamiento y ordenación del debate y votación que, con respeto a estos principios, en caso de inaplicabilidad de legislación autonómica o del ROF, han de regular la sesión, y deben ser aprobadas como primer punto tras la constitución del órgano colegiado a distancia. Estas disposiciones requieren mayoría absoluta e informe previo de la secretaría. En cuanto a la votación, y de no estar previsto un sistema de voto telemático, se deberá decidir por el pleno si la adopción de acuerdos se produce por votación nominal (art. 46.2.d LRBRL).

c) El sistema debe asegurar que sus miembros participantes se encuentren en territorio español⁵³ y quede acreditada su identidad.

Es decir, el sistema debe garantizar que quien expresa la voluntad es el concejal que no está presente y no un tercero que pueda actuar en su nombre.

La LPCAP distingue entre identificación y firma electrónica, y simplifica los medios para acreditar una u otra, de modo que, con carácter general, solo será necesaria la primera, y se exigirá la segunda cuando deban acreditarse la voluntad y el consentimiento del interesado. En el caso de la acreditación de la identidad se entiende que habrá que estar a los sistemas previstos en el artículo 9 de la Ley procedimental, ya sea mediante certificado electrónico, de firma o sello o sistemas de clave concertada que las administraciones consideren válidos en los términos y condiciones que se establezcan.

Aquí podría plantearse el hecho de si los participantes deben encontrarse en el término municipal, provincial, insular, comarcal, del área metropolitana o de la mancomunidad, dependiendo de la sesión de la respectiva entidad local, aunque se encuentren en la playa (como ha ocurrido en algún caso).

d) El sistema debe asegurar la comunicación entre los concejales en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter público o secreto de la misma según proceda legalmente en cada caso.

⁵³. Sin perjuicio de la aplicabilidad del art. 12.2 del ROF, que obliga a los miembros de la corporación local a comunicar al alcalde su ausencia del término municipal.

Se ha querido ver, en opinión de LAGO⁵⁴, que este requisito se desdobra en dos, de forma que por un lado se asegure la comunicación entre los concejales durante la sesión y por otro se garantice el carácter público o secreto de las sesiones según proceda legalmente en cada caso.

Esto desde el punto de vista gramatical no es así; este apartado del precepto, que es similar al establecido para el Consejo de Ministros, las comisiones delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, se refiere al carácter secreto o reservado de sus deliberaciones. En la de los órganos colegiados locales lo que se garantiza es el carácter público o secreto “de las mismas”, sin que se llegue a entender si este adjetivo determinativo se refiere a la comunicación entre los concejales, a la propia sesión, o a ambas (al estar en plural), lo que resulta un tanto extraño.

Y ello ya que las sesiones del pleno de las corporaciones son siempre públicas (art. 70 LRBRL), los que pueden ser secretos son el debate y la votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta, lo que no parece compatible con una sesión de estas características. Pero es que además en un gran número de municipios dichas sesiones ya se celebran en *streaming* para facilitar el libre acceso de la ciudadanía...

Las sesiones de la junta de gobierno local y de las comisiones informativas no son públicas (art. 70 LRBRL), pero tampoco son secretas, como únicamente lo han de ser las deliberaciones del Consejo de Ministros (art. 50 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). De hecho, en el juramento o la promesa de los concejales al tomar posesión del cargo no existe la coletilla de “guardar el secreto de las deliberaciones...”, como sí concurre en los ministros.

3.2

Competencias municipales en el estado de alarma

A la vista de la naturaleza bifronte de nuestro derecho local, ya apuntada en el punto 2, se puede comprobar, siguiendo a VELASCO⁵⁵, en qué medida las leyes estatales y autonómicas atribuyen a los municipios *competencias* que puedan amparar medidas municipales contra la pandemia.

54. LAGO NUÑEZ, G., *op. cit.*, p. 124.

55. VELASCO CABALLERO, F., “Restricciones a la...”, *op. cit.*

a) Legislación estatal

Hay que aclarar de entrada que, aunque en este punto la confusión es muy frecuente, el listado de materias del artículo 25.2 LRBRL no atribuye competencias sectoriales a los municipios. Es un listado de *materias de interés local* en el que las leyes sectoriales del Estado o de cada comunidad autónoma han de atribuir competencias propias a los municipios (STC 41/2016). En consecuencia, aunque el artículo 25.2 f) LRBRL menciona expresamente la “policía local” y el artículo 25.2 j) LRBRL se refiere a la “protección de la salubridad pública”, estas menciones legales no enuncian competencias municipales, simplemente mandatan a que otras leyes (estatales o autonómicas) atribuyan competencias concretas a los municipios. Distinto es el caso de los servicios públicos obligatorios, donde el listado del artículo 26.1 LRBRL al tiempo impone obligaciones de actuación municipal y atribuye la necesaria competencia para cumplir esos mandatos.

Partiendo de ese marco general, en la actual situación de emergencia sanitaria se comprueba que las *leyes estatales* no atribuyen a los municipios una competencia específica sobre *salud pública*⁵⁶, que es una de las dos materias más conectadas con la actual pandemia. La *protección civil*, que es otra de las materias más relacionadas con la emergencia sanitaria, sí aparece mencionada expresamente como servicio municipal obligatorio –y por tanto como competencia municipal– en el artículo 26.1 c) LRBRL, si bien solo para los municipios de más de 20 000 habitantes. Para los municipios menores, la vigente Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, no contiene una clara atribución competencial al conjunto de los municipios, aunque sí algunas referencias indirectas o difusas a los ayuntamientos (arts. 15.2 y 17.1, y disposición adicional 9.^a). Pudiera parecer, en opinión de VELASCO, que la Ley estatal ha considerado que, siendo la protección civil una materia tradicionalmente autonómica, corresponde a las leyes autonómicas atribuir competencias concretas a los municipios, en ejecución del mandato del artículo 25.2 f) LRBRL.

También corresponde a cada municipio la gestión de los *espacios y dotaciones públicos locales*, todos ellos bienes demaniales cuya defensa (art. 82 LRBRL) y policía (art. 74 TRRL) corresponde a los correspondientes ayuntamientos. Ello permite una ordenación del uso común general de estos bienes al servicio del principio constitucional de protección de la salud (art. 43 CE),

⁵⁶ Lo que sí hacía la legislación anterior a la LRBRL y a la Ley General de Sanidad, esto es, la Ley de 25 de noviembre de 1944 de Bases de Sanidad Nacional, y que ni el TRRL ni la LGS reconocen, pese a la obligación que esta última establece en su disposición derogatoria de publicar en un año una tabla de vigencias, no realizada.

que vincula directamente como hemos visto a los ayuntamientos como poderes públicos. Esta competencia municipal para ordenar el uso común general de las dotaciones y los espacios públicos está enunciada expresa y selectivamente en relación con los *parques públicos*, que el artículo 26.1 b) LRBRL enuncia como servicio municipal obligatorio⁵⁷.

Por otro lado, como apuntó acertadamente CIERCO SEIRA⁵⁸, la referencia de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP) a las “autoridades sanitarias” no solo alude a las autonómicas y estatales, sino también a las locales, por dos motivos: por un lado, porque *donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros*; y, por otro, porque la situación de proximidad de las entidades locales a la ciudadanía les permite ofrecer *una respuesta pública inmediata*.

Otras hipotéticas competencias municipales, directamente atribuidas por la legislación básica de régimen local, son más difusas o imprecisas. Es el caso que apunta VELASCO de una hipotética competencia municipal sobre *convivencia cívica*, que difícilmente se puede construir sobre la simple mención legal al poder de aprobar ordenanzas para intervenir la actividad de los ciudadanos [art. 84.1 a) LRBRL].

No deben en cualquier caso olvidarse las funciones de colaboración y auxilio de las entidades locales con las autoridades sanitarias competentes en materia de salud pública, y, así, debe recordarse el artículo 52.4 de la Ley General de Salud Pública 33/2011, de 4 de octubre, que señala: “La autoridad sanitaria, en el ejercicio de sus funciones, podrá solicitar el apoyo, auxilio y colaboración de otros órganos administrativos, funcionarios públicos u otras instituciones, pudiendo incluso requerir, en caso de estricta y urgente necesidad y para el mejor cumplimiento de la legislación vigente, el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado u otros agentes de la autoridad que tengan encomendadas funciones de seguridad”.

b) Legislación de las comunidades autónomas

Pero, como hemos apuntado en otros trabajos⁵⁹, el carácter bifronte del derecho local implica también una legislación autonómica de las bases estatales, que dejan a nivel de régimen local y de la legislación sectorial un importante campo a las leyes autonómicas, mediante las cuales las comunidades autónomas han atribuido a los municipios diversas competencias que pueden

57. Los parques se han visto afectados tanto por los efectos del RDDEA como por las órdenes autonómicas de la segunda ola, que obligan al cierre de estos.

58. CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, 1.ª ed., Comares, Granada, 2006, p. 149, y especialmente nota 114.

59. GARCÍA RUBIO, F., *El derecho local...*, op. cit.

legitimar la ordenación de conductas a fin de impedir el contagio. En este caso no hay en opinión de VELASCO un patrón competencial único.

Existen diversas tipologías de comunidades autónomas en relación con la diferente atribución de competencias municipales. Así, en Cataluña, el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril (TRLMRLC), atribuye directamente competencias municipales sobre “seguridad en lugares públicos” (art. 66. 3 a) o sobre “salubridad” [art. 66.2 h) TRLMRLC].

En Andalucía, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía (LAULA)⁶⁰ atribuye a los municipios competencia sobre “promoción, defensa y protección de la salud pública”⁶¹, o sobre la “ordenación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública”⁶².

En cambio, las comunidades autónomas que no reformaron sus estatutos de autonomía no recogen un ámbito específico en sus estatutos de autonomía para los municipios, salvo su carácter de unidad territorial de la comunidad y la competencia sobre desarrollo de las bases del régimen local. Por ejemplo, la Comunidad de Madrid, en la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, establece eso mismo en el artículo 3 y en el 27.1.

Por otro lado, también se atribuye a la Comunidad la legislación de desarrollo de las bases estatales en materia de sanidad e higiene en el apartado 4 de dicho artículo 27, y la ejecución de la legislación del Estado en materia de Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la materia 17. a del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente

60. Al respecto *vid.* GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (dir.), *Comentarios sobre la legislación local de Andalucía*, AL Fundación (Fundación Asesores Locales), 2012, y RIVERO YSERN, J. L., *Derecho local de Andalucía. Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía*, Iustel, 2012.

61. Que incluye, conforme el art. 9.13 de la Ley, “(...) c) el control preventivo, vigilancia y disciplina en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud (...) f) el control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana (...) i) El control sanitario de industrias, transporte, actividades y servicios (...) y j) el control de la salubridad de los espacios públicos (...)”.

62. Que incluye: “a) El control, vigilancia, inspección y régimen sancionador de los establecimientos de pública concurrencia (...) d) La autorización de condiciones específicas de admisión de personas en los establecimientos de espectáculos públicos y actividades recreativas (...) f) La elaboración, aprobación, implantación y ejecución del Plan de Emergencia Municipal, así como la adopción, con los medios a disposición de la corporación, de medidas de urgencia en caso de catástrofe o calamidad pública en el término municipal (...) k) La ordenación de las relaciones de convivencia ciudadana y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos municipales”.

al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto, conforme al artículo 28.1.1.

Por ejemplo, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid reserva un título (el XI) a las competencias municipales; así, el artículo 137.1 dispone que las corporaciones locales ejercerán las competencias en materia sanitaria que tienen atribuidas en la legislación de régimen local. No obstante, sin perjuicio de las competencias de las demás administraciones públicas, tendrán diversas⁶³ responsabilidades en relación con el obligado cumplimiento de las normas y los planes sanitarios.

Además, se posibilita en el artículo 139 la delegación de competencias propias de la Comunidad, aunque dichas competencias solo podrán ser delegadas cuando se cumpla el principio de responsabilidad financiera y se asuman los resultados económicos de su gestión, de acuerdo con el principio de autonomía municipal.

Incluso a falta de una atribución idónea de competencias en las leyes autonómicas de régimen local, las leyes sectoriales autonómicas, como hemos visto en el caso de la Comunidad de Madrid, también atribuyen a los municipios diversas competencias que pueden amparar prohibiciones de deambulación por los espacios públicos, para evitar el contagio de la COVID-19.

En algún caso, por ejemplo, el de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, se reconoce al alcalde la condición de “auto-

-
63. a) Prestar los servicios mínimos obligatorios, establecidos en la legislación que regula el régimen municipal en lo referente a los servicios de salud y los regulados en la presente Ley.
- b) Control sanitario del medio ambiente: Contaminación atmosférica, ruidos y vibraciones, abastecimiento y saneamiento de aguas, residuos urbanos e industriales.
- c) Control sanitario de industrias, actividades, servicios y transportes.
- d) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas y campamentos turísticos y áreas de actividad física, deportiva y de recreo.
- e) Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos relacionados con el uso o consumo humano, así como los medios de su transporte.
- f) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria.
- g) Desarrollo de programas de promoción de la salud, educación sanitaria y protección de grupos sociales con riesgos específicos, coherentes con los objetivos del Informe del Estado de Salud de la Población de la Comunidad de Madrid y resto de prescripciones establecidas en la presente Ley.
- h) Realizar actividades complementarias de las que sean propias de otras administraciones públicas en las materias objeto de la presente Ley, y en particular, respecto a la educación sanitaria, vivienda, protección del medio y fomento del deporte en los términos establecidos en la legislación que regula el régimen municipal.
- i) Prestar los servicios relacionados con las materias objeto de la presente Ley derivados del ejercicio de las competencias que en ellas puedan delegar la Comunidad de Madrid según los términos establecidos en la legislación que regula el régimen municipal.

ridad sanitaria” (art. 28), y se atribuyen al ayuntamiento ciertas competencias propias sobre salud pública (art. 47.1). Esta legislación autonómica contrasta con la de otras comunidades que concentran la actividad sanitaria en la propia Administración autonómica (tal es el caso ya visto de Madrid o Cataluña).

Como hemos podido comprobar, son varios los títulos competenciales –en leyes estatales o autonómicas– que permiten a los ayuntamientos, con mayor o menor amplitud, adoptar medidas de distancia social contra la propagación del virus. Pero esas competencias no amparan por sí cualesquiera formas de actuación municipal, como la limitación de la movilidad en los espacios públicos. Cuando se trata de imponer *restricciones* en el ejercicio de derechos fundamentales –como la libertad de circulación, el derecho de reunión o la libertad religiosa– no basta con la titularidad municipal de una materia competencial, atribuida por la ley. Dado que la limitación o restricción de derechos fundamentales está reservada a la ley (art. 53.1 CE), las posibles limitaciones municipales han de estar mínimamente *previstas, autorizadas o programadas* en la ley, en opinión de VELASCO⁶⁴.

4

Las variaciones producidas sobre el derecho local

4.1

Entidades locales y restricciones sanitarias

El conjunto normativo que denominamos derecho local se ve, como toda la sociedad, afectado por la situación de pandemia, por una parte en el ámbito de las competencias municipales, pero en especial como entes integrantes del propio Estado en base al artículo 137 CE.

Así, fue paradigmática, en los días previos e inmediatamente posteriores al RDDEA, la realización de bandos de alcaldía, no solo recordando deberes, sino estableciendo situaciones normativas *ex novo*.

La rápida expansión de estos bandos motivó una comunicación de la Secretaría de Estado de Seguridad en la que expresamente se requería a los alcaldes a atenerse a la ejecución estricta, en sus propios términos, de las prohibiciones dictadas por el Gobierno o por los ministros que actuaban como “autoridades delegadas”. En aquella comunicación *se cuestionaba la competencia municipal* (y en concreto, del alcalde) para imponer restricciones

64. VELASCO CABALLERO, F., “Restricciones a la...”, *op. cit.*

adicionales a la libertad de circulación, más allá de las “medidas de alarma” acordadas por el Gobierno.

Como apunta el ya citado VELASCO⁶⁵, la cuestión suscitada es muy compleja, y no se limita a la simple afirmación o negación de la competencia municipal. Confluyen aquí cinco elementos normativos cuya interacción determina la posibilidad de restricciones municipales de la movilidad: la existencia de un *principio constitucional* que obliga a todos los poderes públicos a proteger la salud de los ciudadanos (art. 43 CE); la necesidad de *competencia material* suficiente para que un ayuntamiento pueda actuar en relación con la epidemia; la necesidad de una *autorización legal* también suficiente para limitar el ejercicio de un derecho fundamental, en un ámbito de competencia municipal⁶⁶; la exigencia de *proporcionalidad* en toda limitación de la libertad; y la prohibición de que las posibles medidas restrictivas municipales entren en *contradicción* con las “medidas de alarma” dictadas por el Gobierno.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que la protección de la vida y la integridad física (art. 15 CE) y la de la salud (art. 43 CE) son mandatos constitucionales dirigidos *a todos los poderes públicos*. Por tanto, también a los ayuntamientos (aunque el primero con reserva de ley orgánica).

Esto significa, en opinión de VELASCO, tal y como ha señalado ya el Tribunal Constitucional en relación con otros derechos y principios constitucionales, que corresponde a los municipios dirigir el ejercicio de sus competencias, incluso las no directamente relacionadas con la salud, hacia la superación del actual estado de pandemia. En consecuencia, no es imprescindible, para que los municipios desplieguen diversas actividades contra la enfermedad de la COVID-19, la titularidad de una competencia específicamente sanitaria, o relacionada con la salud pública. También *otras competencias municipales* permiten a los ayuntamientos, con los límites que fijen las leyes, adoptar iniciativas contra el contagio masivo por el virus. Así, la ordenación de la circulación de las personas tras la finalización del estado de alarma, con la ampliación de calles peatonalizadas, o, durante la vigencia del RDDEA y en algunas partes de comunidades autónomas en la segunda ola, el ya apuntado cierre de los parques públicos y zonas infantiles.

En segundo lugar, la existencia de una *competencia municipal* apta para adoptar medidas contra el contagio infeccioso no supone que el ayuntamiento pueda sin más imponer restricciones a la libre circulación. Tal y como

65. VELASCO CABALLERO, F., “Restricciones a la...”, *op. cit.*

66. Y también autonómico, aunque sea en ejecución de un acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud, como en el célebre caso de la determinación del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que precipitó la declaración de un nuevo estado de alarma.

argumentó el Tribunal Constitucional en la STC 132/2001, una cosa es la *atribución por ley* de competencias municipales, y otra la *autorización legal* para que los ayuntamientos puedan imponer restricciones en el disfrute de los derechos fundamentales. Así, la simple atribución de una competencia material (la ya aludida de tráfico) no incluye *per se* la potestad para sancionar las contravenciones a las ordenanzas de circulación. Esto solo será posible cuando la ley, además de atribuir la competencia, atribuye esa concreta potestad de intervención o restricción de derechos.

Esto es, no basta –prosigue VELASCO– con que la ley haya reconocido la posible actuación municipal en una materia, mediante la atribución de la correspondiente competencia (protección civil, sanidad, uso común de los espacios públicos). Es necesario, además, que la ley haya *predeterminado* los supuestos normativos y el posible alcance de las medidas municipales limitativas de la libertad individual. Es necesario, entonces, que una ley *autorice* las posibles limitaciones, en materias de *competencia* municipal.

Con carácter general, las leyes de salud pública no autorizan a los ayuntamientos a adoptar medidas restrictivas de la libertad de circulación, garantizada por el artículo 19 CE. El artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, prevé la adopción de “cuantas medidas sean necesarias” cuando concurran “motivos de extraordinaria gravedad y urgencia”, pero solo el Estado y las comunidades autónomas –no los municipios– pueden adoptar tales medidas.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, autoriza a adoptar “medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” a “las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias”. En este caso la Ley Orgánica no limita al Estado y a las comunidades autónomas la posible adopción de medidas limitativas de la libertad individual. La Ley autoriza a acordar tales medidas a cualquier Administración pública “dentro del ámbito de su competencia”.

Pero en el ámbito estatal (el art. 25 de la LRBRL, la Ley General de Sanidad y la Ley Orgánica complementaria de 1986 y la Ley General de Salud Pública de 2011) no se recogen funciones sanitarias locales, salvo la inspección de bebidas y alimentos, etc., y además están muy mediatizadas por la legislación de las comunidades autónomas. Por tanto, y como sostiene el reiteradamente citado VELASCO, solo allí donde las leyes autonómicas han reconocido a los municipios competencias sobre salud pública⁶⁷, los co-

67. Es el caso de Andalucía conforme al art. 9.13 LAULA, y de Canarias de acuerdo con el art. 47.1 de su Ley 11/1994.

rrespondientes ayuntamientos están facultados para imponer restricciones en sus correspondientes términos municipales en el ejercicio del derecho fundamental de circulación (art. 19 CE) y lógicamente previa ratificación jurisdiccional.

4.2

Habilitaciones para restricciones en base a leyes no sanitarias

Fuera de la materia estrictamente sanitaria, algunas otras leyes también prevén la imposición municipal de límites a la libre circulación, aunque estas otras leyes no siempre presentan la misma amplitud. Así, por ejemplo, el artículo 48.2 de la Ley catalana 4/1997, de Protección Civil, habilita a los ayuntamientos para adoptar algunas restricciones a la libertad de los ciudadanos, aunque sin llegar al confinamiento. No hay autorización legal, en cambio, en el artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, en la medida en que no se menciona a los ayuntamientos entre las “autoridades” competentes en materia de seguridad ciudadana (art. 5).

VELASCO sostiene –y nosotros matizamos– que donde hay competencia municipal (atribuida por ley) y donde además hay autorización legal suficiente (también atribuida por ley) el ayuntamiento, a través del alcalde, puede imponer limitaciones a la libre circulación de las personas, conforme al ordenamiento jurídico. Es cierto que tanto los títulos competenciales municipales como buena parte de las autorizaciones legales para limitar la libertad son –con la excepción de las leyes de protección civil– imprecisos o muy genéricos. Y por sí solos no amparan cualquier medida de emergencia de la alcaldía. En consecuencia, la cuestión jurídica central no es tanto –frente a lo que sugería la comunicación de la Secretaría de Estado de Seguridad ya mencionada– la existencia de competencia municipal en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. La cuestión será la de los límites de esta y su adecuación al conjunto del ordenamiento. Esto es, qué alcance pueden tener las restricciones a la libre circulación impuestas por la alcaldía.

Esos límites son fundamentalmente dos. El primero parte del principio de proporcionalidad, propio de todo Estado de derecho (art. 1.1 CE) y que prohíbe restricciones a los derechos fundamentales que, aun autorizadas en abstracto por la ley, sean exageradas o desviadas de los fines perseguidos, o excesivas en los medios en relación con la libertad. Deben aquí recordarse los principios clásicos locales de los artículos 5 del Reglamento de servicios locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, y 84 de la LRBRL,

que hoy son generales de todas las administraciones públicas, conforme el artículo 4 de la LRJSP.

Por otro lado, debe recordarse igualmente el límite competencial: un ayuntamiento puede imponer limitaciones a la libertad, en materias en las que sea competente, previa habilitación legal y de forma proporcionada; esos posibles mandatos municipales carecen de prevalencia o primacía frente a las decisiones de emergencia aprobadas por el Estado o la correspondiente comunidad autónoma. Tal y como argumenta VELASCO, las decisiones municipales de emergencia, en la medida en que concurren con otras competencias de emergencia del Estado o de las comunidades autónomas, no pueden contradecir o dificultar la eficacia de las decisiones extraordinarias dictadas por el Estado o la correspondiente comunidad autónoma. Porque, siguiendo la pauta argumental de la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, STC 40/1998), en ámbitos de concurrencia competencial de varias entidades territoriales debe prevalecer aquella competencia que expresa el interés general, lo que normalmente hace prevalecer el ejercicio de la competencia estatal (respecto de la autonómica o local) o de la autonómica (respecto de la municipal). Así ocurre, de una forma expresa y manifiesta, con las restricciones de la libre circulación por parte del Gobierno durante los estados de alarma, y de las comunidades autónomas en relación con los confinamientos y las medidas restrictivas de la segunda ola.

En consecuencia, en cada caso concreto será necesario determinar si las prohibiciones de libre circulación impuestas por un alcalde, en el contexto de la actual crisis sanitaria, concurren y entran en conflicto con las medidas limitativas contenidas en su momento en el artículo 7 del RDDEA y en las sucesivas órdenes ministeriales que lo concretaron, y en los diferentes decretos leyes, decretos y órdenes de las comunidades autónomas durante la segunda ola.

En este análisis hay que tener en cuenta que cada una de las restricciones a la libertad acordada por el Gobierno en el artículo 7 del RDDEA resulta de una ponderación entre diversos bienes jurídicos, todos ellos de relevancia constitucional. Esto es, cada concreto sacrificio en el ejercicio del derecho a la libre circulación (art. 19 CE) impuesto por el artículo 7 del RDDEA resulta de la ponderación de ese derecho fundamental, en el concreto contexto de la actual pandemia, con el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) y con el “derecho” constitucional a la protección de la salud (art. 43 CE). En consecuencia, dado que las limitaciones impuestas por el Gobierno expresan un determinado equilibrio entre diversos bienes constitucionales, un aumento o reducción de las prohibiciones –por parte de un ayuntamiento– afectaría a ese equilibrio, y por tanto sería contradictorio, en opinión de VELASCO, con la pon-

deración contenida en las prohibiciones prevalentes dictadas por el Gobierno. Esto excluye la posibilidad de que un alcalde realice una valoración política diferenciada de los datos epidemiológicos considerados y valorados por el Gobierno a la hora de ponderar los bienes jurídicos en juego.

Pero no impide, en opinión del reiteradamente citado VELASCO, que, allí donde se den circunstancias fácticas singulares y cualificadas, que precisamente por su dimensión marcadamente local no hayan podido ser consideradas por el Gobierno en su valoración y ponderación general, el alcalde dicte medidas prohibitivas adicionales. Se traslada aquí la idea, ya expuesta con carácter general para la regulación de derechos fundamentales por ordenanza municipal, de que la vigencia efectiva de los derechos fundamentales requiere de un ajuste singular, para adecuar su contenido general al concreto contexto territorial en el que han de actuar. La clave estará entonces en la efectiva existencia de una información epidemiológica localizada, cierta y determinante, que justifique la adopción de restricciones adicionales a la libertad, por un alcalde. Sin esa información precisa y fiable, el alcalde no estaría actuando al margen de las competencias municipales, pero sí estaría ejerciendo su competencia de forma ilegal.

Junto a otras manifestaciones jurídicas y otras más por vía de hecho, la principal manifestación para la adecuación a esta nueva realidad de las entidades locales ha sido la figura de los bandos, lo que nos obliga a realizar unas reflexiones previas sobre dicha figura.

5

El papel de los bandos

Los bandos como elementos de capacidad normativa⁶⁸ de los alcaldes siempre han sido discutidos, dada la expresa reserva que para la potestad normativa derivada del artículo 4.º LRBRL atribuye para los plenos de las entidades locales dicha norma.

Ahora bien, en momentos de urgencia inusitada, y ante lo lento del procedimiento normativo recogido en el artículo 49 LRBRL, en relación con la LPCAP, pueden en los términos alegados en el apartado anterior adoptarse medidas por parte de la alcaldía.

La LRBRL solo se refiere a los bandos de forma expresa en los artículos 21.1.e) y 84.1.a). El primero de estos preceptos incluye entre las atribucio-

68. Al respecto *vid.* PAREJA LOZANO, C., “Autonomía y potestad normativa de las corporaciones locales”, *RAP*, n.º 138, septiembre-diciembre 1995, pp. 107-142.

nes que corresponden al alcalde la de “dictar bandos”; el segundo se refiere a los bandos como forma de intervención en la actividad de los ciudadanos. Además, aunque no se refiera de forma expresa a los bandos, también hay que tener en cuenta la habilitación al alcalde para “adoptar personalmente y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunio públicos o de grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta al pleno”, recogida en el apartado j) del artículo 21.1. Por otro lado, el ROF, a estas atribuciones, añade la de “dirigir la policía urbana, rural, sanitaria, de subsistencia, de seguridad, de circulación y de costumbres, publicando al efecto bandos, órdenes o circulares de instrucción”.

Tal y como recuerda FARRÉ TOUS⁶⁹, la negación a los bandos de la naturaleza de disposiciones de carácter general⁷⁰ se encuentra respaldada por una línea jurisprudencial polarizada en torno a la primigenia STS de 28 de diciembre de 1977⁷¹.

A partir de aquí, y admitidos, en opinión de FARRÉ, los bandos como manifestación de la potestad normativa de los entes locales, el Tribunal Supremo diferencia los bandos de las ordenanzas y los reglamentos, y lo hace en primer lugar tomando como criterio diferenciador el contenido de ambos: “la ordenanza es instrumento adecuado para regular las materias importantes, el bando se reserva para cuestiones de índole menor, por responder su ratio

69. FARRÉ TOUS, S., “Los Bandos del Alcalde”, *REALA*, n.º 273, 1997, pp. 101-125, y en concreto p. 105.

70. Al respecto, RODRÍGUEZ-SABUGO FERNÁNDEZ, J. R., “Sobre la naturaleza de los bandos como disposiciones de carácter general (Las disposiciones de carácter general en la Administración Local)”, *Revista de Estudios de la Vida Local* (actual *REALA*), n.º 207, 1980, pp. 487-505, y VALLINA VELARDE, V. DE LA, “Consideraciones sobre la potestad normativa de los entes locales”, *REVL*, n.º 176, octubre-diciembre 1972, pp. 601-654.

71. Ciertamente, ya en sentencias anteriores se había incidido sobre la interpretación del artículo 7.2 del Reglamento de Servicios de 1955 (así, en las SSTS de 20 de diciembre de 1962, 30 de mayo de 1969, 18 de enero de 1971, 27 de febrero de 1976...) en el sentido de afirmar que las disposiciones de carácter general adoptadas por la corporación debían adoptar la forma de ordenanza o reglamento, y hacer derivar de esta afirmación la consecuencia de que ningún otro órgano municipal dispone de competencia para dictar disposiciones de carácter general, que recordemos está atribuida en exclusiva al pleno y solo es delegable en los municipios de gran población en las comisiones de este.

No obstante, es la STS de 28 de diciembre de 1977 la que de una forma más explícita se dedica a establecer las diferencias entre los bandos y las disposiciones de carácter general aprobadas por los entes locales. En la misma línea se manifiestan, incluso reproduciendo literalmente aquella sentencia, las SSTS de 18 de octubre de 1983 y 30 de octubre de 1984. Sin embargo, y pese a las conclusiones a que pueda llevar una primera lectura, la STS del año 1977 no excluía el carácter normativo de los bandos, sino que, más bien al contrario, lo reconocía al admitir que “aunque la Ley de régimen local no delimita las líneas que separan las distintas manifestaciones de la potestad normativa de los entes locales (ordenanzas, reglamentos y bandos) ello no supone que puede adoptarse indistintamente cualquiera de estas formas, ya que habrá de atenerse al sentido o finalidad de la ley en relación a la materia a regular”.

a la necesidad de recordar, a veces, el cumplimiento de una disposición legal o reglamentaria, fechas o lugares en que se llevarán a cabo determinadas actuaciones o prestaciones, actualización de mandatos contenidos en las leyes cuando se producen las situaciones que estas contemplan (vacunación, etc.); esto es, se trata de medidas, en general, temporales y de carácter instrumental más que de carácter modificadorio o innovador. (...) una regulación general y de duración indefinida del tráfico rodado de determinadas características en el casco urbano de la ciudad cuya implantación exige (ante la falta de norma o instrucción superior en que apoyarse y que desborda la potestad de mando del alcalde) la aprobación de la correspondiente ordenanza, atribuida por ley la competencia para dictarla al pleno, previo cumplimiento de los trámites legales y subsiguiente control de legalidad...”.

Hasta aquí parecería que el Tribunal Supremo otorga una diferente posición a ordenanzas y bandos en atención a la mayor importancia de las materias que han de ser reguladas por ordenanza, por cuya razón deben ser aprobadas mediante un procedimiento formal que ofrece mayores garantías. Aunque estas consideraciones puedan ser ciertas, el principio de seguridad jurídica y de competencia de los órganos impide que un criterio tan inseguro como “la importancia de la materia” pueda ser útil, con carácter general, para separar las materias que corresponden al alcalde y las que corresponden al pleno.

Bajo la denominación de bandos se da en la práctica una gran diversidad de manifestaciones con forma diversa, que van desde los textos que más bien podrían ser calificados como auténticas piezas literarias⁷² hasta disposiciones que pueden ser calificadas como de carácter general, en la medida en que tienen por objeto la fijación, y no solo el recordatorio, de normas básicas para la convivencia ciudadana. Diversos autores se han ocupado de establecer clasificaciones de los bandos dictados por el alcalde.

Quizás la más extendida sea la que clasifica los bandos en ordinarios y de necesidad, siendo estos últimos aquellos que solo puede dictar el alcalde cuando se produce una situación de emergencia, que actúa como supuesto de hecho habilitante para su ejercicio.

Pero de todos estos autores, posiblemente es SERRANO GUIRADO⁷³ quien ha realizado un intento más exhaustivo de clasificación. Dejando de lado los bandos dictados por los extintos gobernadores civiles en uso de las atribuciones que les confería la Ley de Orden Público y los bandos dictados por las autoridades militares, y centrándonos solo en los bandos dictados por el

72. ASÍ, TIERNO GALVÁN, E., *Bandos del Alcalde*, Tecnos, 6.^a ed., 1986.

73. SERRANO GUIRADO, E., “Bandos”, *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo III, Seix, Barcelona, 1951, p. 277.

alcalde, según este autor se puede diferenciar: a) Por razón de la materia, clasifica los bandos en dos grandes grupos: policía general administrativa y policía de seguridad u orden público. b) Por razón de su finalidad: ejecutivos, administrativos y de urgencia. Ciñéndonos a esta última distinción, y dejando para un capítulo aparte el tema de los bandos de necesidad, SERRANO considera como ejecutivos los que dicta el alcalde para el más conveniente desarrollo y cumplimiento de los acuerdos del ayuntamiento, mientras que los administrativos son los que dicta el alcalde en virtud de la potestad propia dentro de su competencia. De esta distinción deriva, según este autor, una diferente posición del bando: así, mientras en el primer caso el bando debe respetar el principio de jerarquía respecto a las ordenanzas del ayuntamiento, en el segundo caso no hay sometimiento jerárquico, puesto que la relación entre las dos figuras ya no se articula en virtud del principio de jerarquía, sino del principio de competencia. Esta clasificación puede resultar ciertamente interesante. No obstante, parece que, para establecer una delimitación más precisa de esta figura, se debe intentar una clasificación que tenga en cuenta la gran diversidad de manifestaciones que bajo esta denominación se dan en la práctica cotidiana de los ayuntamientos.

Siguiendo al indicado FARRÉ TOUS⁷⁴ podemos diferenciar entre:

a) Bandos que tienen por objeto dar publicidad a actos, hechos, derechos y obligaciones previstos en otras disposiciones. Entrarían dentro de este grupo, a título de ejemplo, los bandos que tienen por objeto el anuncio de la celebración de fiestas, la felicitación o agradecimiento, el recordatorio de la normativa legal sobre prevención de incendios, o bien la publicidad de los períodos de liquidación de tributos municipales previamente establecidos de acuerdo con otras normas, etc.

b) Bandos por los cuales se fijan determinados elementos necesarios para la realización de un acto, o se establecen mandatos generales para una situación concreta. Entrarían dentro de este grupo las convocatorias para la realización de actos públicos, como por ejemplo los actos de alistamiento, vacunaciones sanitarias..., y para la comunicación de ciertas medidas a adoptar ante ciertos hechos (restricciones del tráfico, solicitud de colaboración ciudadana...).

c) Bandos por los cuales se establecen prohibiciones, deberes, derechos o condiciones para su ejercicio, con vocación de permanencia y que comportan una innovación en la regulación establecida hasta entonces con carácter general.

74. FARRÉ TOUS, S., *op. cit.*, pp. 109-111.

Así, en una situación de pandemia con enormes limitaciones, y dado el procedimiento para la elaboración o modificación de las ordenanzas locales que el artículo 49 LRRL establece, máxime tras los nuevos requisitos incorporados por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los bandos recuperan un importante papel como figura en base a ese concepto de “bandos de necesidad” que teorizara CLAVERO ARÉVALO⁷⁵.

Tal y como destaca VELASCO CABALLERO⁷⁶, en el inicio del estado de alarma algunos alcaldes dictaron bandos o decretos de alcaldía en los que se imponían limitaciones a la libre circulación, o a la actividad comercial, adicionales respecto de las establecidas con carácter general por el Gobierno en el artículo 7 RDDEA.

6

Afecciones concretas principales de la normativa “COVID-19”

6.1

Organización de los servicios

En cualquier caso, y según el artículo 6.º RDDEA, corresponde a los ayuntamientos la “gestión ordinaria de sus servicios”⁷⁷, a lo que se une que no fueron categóricamente suspendidos los procedimientos y, de forma concreta, no fueron suspendidos los procedimientos tributarios (en este caso es indiscutible, y el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se decanta por la ampliación de plazos).

⁷⁵. CLAVERO ARÉVALO, M. F., “Ensayo de una teoría de la urgencia en el derecho administrativo”, *RAP*, n.º 10, 1953.

⁷⁶. VELASCO CABALLERO, F., “Restricciones a la...”, *op. cit.*

Conocido es, por ejemplo, el bando del alcalde de Tres Cantos (que fue muy rápidamente revocado) en el que se limitaba a días alternos la movilidad de los vecinos, incluso para la realización de algunas de las actividades no prohibidas en el art. 7 del Real Decreto 463/2020.

También el alcalde de Alcañiz precisó y amplió, mediante un bando, algunas de las prohibiciones impuestas por el Real Decreto 463/2020.

Algún alcalde, como el de Xeraco (Valencia), incluso ordenó el bloqueo físico, mediante vallas y montones de tierra, de los accesos rodados al municipio.

⁷⁷. Así, el art. 6 RDDEA señala, bajo la rúbrica “Gestión ordinaria de los servicios”, que “Cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5”.

Así, la primera reflexión en este aspecto es la cuestión competencial en referencia al órgano de gobierno municipal que, dentro de cada ayuntamiento, puede ejercer la competencia y la autorización legal para restringir la libre circulación de los vecinos, imponiendo medidas de distancia social. Esto es precisamente lo que regula el artículo 21.1 j) LRBRL, al enunciar la competencia de alcaldía para adoptar las medidas necesarias en situación de catástrofe, como ya hemos apuntado anteriormente. Este precepto no otorga competencia alguna al ayuntamiento, ni le autoriza a limitar ningún derecho fundamental, tal y como acertadamente apunta VELASCO⁷⁸, puesto que el artículo 116, en relación con el 53 de la CE, lo reserva al Gobierno de la nación, tal y como desarrolla la Ley Orgánica 4/1981.

Debemos señalar, por ejemplo, que el Ayuntamiento de Madrid, mediante decreto de alcaldía de 12 de marzo de 2020, estableció los servicios excepcionales del Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y empresas públicas con motivo de las medidas excepcionales adoptadas para contener el COVID-19, recogiendo en su apartado segundo, bajo la rúbrica de “formas de organización del trabajo”⁷⁹, las medidas correspondientes.

Así, en virtud del principio de continuidad de los servicios públicos y las modulaciones de estos y adaptación a esta nueva realidad, los más acuciantes de los servicios públicos en este periodo de pandemia y “nueva nor-

78. VELASCO CABALLERO, F., “Restricciones a la...”, *op. cit.*

79. 1. *El Ayuntamiento de Madrid mantendrá el funcionamiento de los servicios públicos municipales.*

2. *Se mantendrá la modalidad presencial en la organización del trabajo en relación con aquellas actividades que resulten imprescindibles para garantizar la prestación de los servicios públicos municipales que, por sus especiales características, no admitan su realización en la modalidad no presencial. Estos servicios se describen en los anexos adjuntos.*

3. *En relación con los demás servicios, se dispone la implantación de formas de trabajo no presenciales. No obstante, cuando motivos de interés general lo exijan, se podrá requerir a empleados públicos en régimen de trabajo no presencial la realización en régimen presencial de actividades administrativas específicas que resulten imprescindibles para la adecuada prestación de los servicios.*

4. *Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, los titulares de las secretarías generales técnicas, coordinaciones de los distritos, gerencias de los organismos autónomos del Ayuntamiento de Madrid y responsables de las empresas municipales adoptarán las medidas pertinentes para garantizar dicha prestación.*

5. *En caso de ser estrictamente necesario para garantizar el correcto mantenimiento de los servicios públicos y previa autorización del responsable de la unidad afectada, se articularán las medidas necesarias para que los empleados públicos puedan disponer de los expedientes administrativos en los términos previstos en el artículo 16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.*

6. *En el caso de que el personal no pueda acceder a su centro o unidad de trabajo, por cierre del mismo o suspensión temporal de actividades, y no sea posible su reubicación en otros, la permanencia en su domicilio tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo.*

malidad” son los servicios sociales, y el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, recoge en su artículo 10, “Servicios sociales”, que las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento, por los titulares de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día, de las normas de desinfección, prevención y acondicionamiento de las instalaciones que aquellas establezcan.

En particular, velarán por que su normal actividad se desarrolle en condiciones que permitan en todo momento prevenir los riesgos de contagio.

Las autoridades competentes deberán garantizar la coordinación de los centros residenciales de personas con discapacidad, de personas mayores y de los centros de emergencia, acogida y pisos tutelados para víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra las mujeres, con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma en que se ubiquen.

Los titulares de los centros han de disponer de planes de contingencia por COVID-19 orientados a la identificación precoz de posibles casos entre residentes y trabajadores y sus contactos, activando en su caso los procedimientos de coordinación con la estructura del servicio de salud que corresponda.

Igualmente, los titulares de los centros adoptarán las medidas organizativas, de prevención e higiene en relación con los trabajadores, usuarios y visitantes, adecuadas para prevenir los riesgos de contagio. Asimismo, garantizarán la puesta a disposición de materiales de protección adecuados al riesgo.

La información a que se refiere este apartado estará disponible cuando lo requiera la autoridad de salud pública.

La prestación del resto de servicios recogidos en el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales, aprobado por Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el 16 de enero de 2013, y en el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, deberá realizarse asegurando que se adoptan las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio.

Así, las entidades locales se ven concernidas por estas obligaciones, tanto en su vertiente de autoridades competentes como en la de titulares de centros. No obstante, tal y como destaca DOMÍNGUEZ MARTÍN⁸⁰, a través de la aplicación del Fondo de Contingencia y la concesión de un suplemento de

80. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “La acción social municipal en la gestión de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19 y en el proceso de salida de la crisis sanitaria y social”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 53, junio 2020, pp. 75-106.

crédito, recogido por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se refuerza en 300 millones de euros el presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para financiar un Fondo Social Extraordinario, para hacer frente a las consecuencias sociales de la COVID-19 mediante transferencias a las autoridades competentes de las comunidades autónomas, Ceuta y Melilla, para financiar las prestaciones básicas de los servicios sociales de las comunidades autónomas, diputaciones provinciales o corporaciones locales, que tengan por objeto exclusivamente hacer frente a situaciones extraordinarias derivadas de la COVID-19. Junto a lo anterior, el artículo 3 del Real Decreto-ley establece una financiación extraordinaria a los servicios sociales cuyas destinatarias son ya directamente las entidades locales (no vía indirecta, a través de las comunidades autónomas, como en el caso del art. 1). Esta financiación no tiene por objeto atender las competencias municipales prestadas en relación con los servicios sociales en general, sino que acota el destino de esta ayuda extraordinaria, tanto si la reciben las comunidades autónomas (art. 1) como si las destinatarias son directamente las entidades locales (art. 3).

Por otra parte, no debe olvidarse que los municipios son titulares de los servicios públicos de transporte en los municipios de más de 50 000 habitantes, los culturales (teatro, exposiciones, conciertos, etc.), y por tanto, en dicha condición, pudieran estar afectados por las determinaciones del artículo 26 sobre *Provisión de información esencial para la trazabilidad de contactos*.

Dicha determinación legal indica que los establecimientos, medios de transporte o cualquier otro lugar, centro o entidad pública o privada en los que las autoridades sanitarias identifiquen la necesidad de realizar trazabilidad de contactos, tendrán la obligación de facilitar a las autoridades sanitarias la información de la que dispongan, o que les sea solicitada, relativa a la identificación y los datos de contacto de las personas potencialmente afectadas.

6.2

Contratación pública

Muchos de los reales decretos leyes aprobados por el Gobierno de la nación como consecuencia de la pandemia⁸¹ regulan directamente aspectos de la gestión contractual pública, y/o tienen un efecto sobre la actividad contractual del sector público (y por tanto de las entidades locales), tanto de los expe-

81. Sobre la incidencia general *vid.* GIMENO FELIU, J. M.^a, “La nueva regulación de la contratación en los sectores especiales y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto-ley 3/2020”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 53, junio 2020, pp. 12-74.

dientes que se encontraban en tramitación al decretarse el estado de alarma como de contratos que se encontraban en ejecución el 14 de marzo, tal y como destaca MARTÍNEZ FERNÁNDEZ⁸².

Estos reales decretos leyes con regulación que afecta a los contratos públicos son los siguientes:

- Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. Dispone en su artículo 16 que la adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19, justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación la **tramitación de emergencia** regulada en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Este precepto fue modificado por los reales decretos leyes 8 y 9/2020.
- Real Decreto-ley 8/2020, 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Regula, en su artículo 34, una serie de medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la **suspensión de contratos públicos**, y la **ampliación del plazo de ejecución**, tratando de evitar la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público, y que las medidas adoptadas por las diferentes administraciones tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo. Estas medidas suponen en general una modificación expresa del artículo 208 de la LCSP y una alteración de la doctrina sobre reequilibrio económico de las concesiones. También se modifica la regulación de la tramitación de emergencia de los contratos necesarios para hacer frente a la enfermedad, incluyendo la previsión de abonos a cuenta sin garantía. El artículo 34 de este Real Decreto-ley ha sido modificado por los reales decretos leyes 11 y 17/2020.
- Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. Modifica el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, y extiende la contratación por la **tramitación de emer-**

82. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “Efectos sobre los expedientes de contratación en tramitación y los contratos en ejecución de las medidas adoptadas por el Gobierno a raíz de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º II, Sección A Fondo, mayo 2020.

gencia a todo el sector público, para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19.

- Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Modifica (disposición final primera, apartado diez) el apartado 1, el cuarto párrafo del apartado 3, el apartado 6, y añade dos nuevos apartados 7 y 8 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, en relación con la suspensión y ampliación del plazo de ejecución de contratos. Además, **modifica el artículo 29.5 de la LCSP** en relación con la duración de los contratos de suministro. Esta modificación afecta a los contratos en ejecución y pudiera afectar también a algún nuevo contrato de suministro que se vaya a tramitar.
- Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Modifica la **letra d) del apartado 4 del artículo 159 de la LCSP** para prever la celebración de mesas electrónicas en el procedimiento abierto simplificado, al igual que en el abierto ordinario, suprimiendo la referencia a la apertura de sobres en “acto público” (disposición final séptima); y modifica la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 11/2020, añadiendo un nuevo apartado 3 para **levantar la suspensión del procedimiento de recurso administrativo especial en los contratos que se puedan tramitar de acuerdo con la disposición adicional 3.4 del Real Decreto 463/2020** (disposición final décima).
- Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Modifica de nuevo la letra d) del apartado 4 del artículo 159 de la LCSP y la letra f) para prever la celebración de mesas electrónicas en el procedimiento abierto simplificado, suprimiendo también en este la referencia a la apertura de sobres en “acto público” y añadiendo junto al término “sobres” el de “o archivo electrónico” (disposición final tercera).
- Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. Modifica el apartado 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, **levantando la suspensión** de los términos e interrupción de los plazos **de los procedimientos de contratación** promovidos por entidades pertenecientes al sector público, incluido el inicio de nuevos

procedimientos de contratación, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, medida que se extiende a los recursos especiales que procedan en ambos casos; da **nueva redacción a los apartados 2 y 3 del artículo 33 de la LCSP**, que regula las entidades que tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador (disposición final octava); modifica el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, permitiendo los pagos parciales a cuenta de las indemnizaciones por suspensión de contratos, y ampliando su aplicación a los contratos de concesión y gestión de servicios públicos y complementarios de estos, celebrados con anterioridad al TRLCSP 3/2011 (disposición final novena).

Al menos los tribunales administrativos de recursos contractuales de Andalucía, Aragón, País Vasco, Cataluña y Castilla y León, acogiendo la suspensión de plazos de la disposición adicional 3.^a del Real Decreto, habían comunicado que no dictarán acto alguno sobre los procedimientos de recurso o reclamación durante la vigencia del Real Decreto 463/2020 o prórroga de la misma, incluyendo su resolución definitiva, medidas provisionales o cualquier otro acto de trámite o instrucción, y que los plazos de interposición de recursos y reclamaciones están suspendidos (Nota del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, de 16 de marzo de 2020, similar a las de los otros tribunales citados).

6.3

Haciendas locales

El capítulo I del Real Decreto-ley 8/2020 regula una serie de medidas de apoyo a las familias, colectivos más vulnerables y trabajadores que se vean afectados por la pandemia; fruto de esta regulación, entran en escena las determinaciones que el Real Decreto-ley 8/2020, en su artículo 3, recoge respecto al destino del superávit de las entidades locales para atender ciertos gastos sociales, extendiéndose no solo a los gastos de inversión, como tradicionalmente venía regulándose cada año, al prorrogar el destino del superávit de las entidades locales aplicando la disposición adicional 16.^a TRLRHL, sino también a aquellas prestaciones señaladas en el punto 2 del artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2020, que regula como novedad no solo el destino a los gastos de inversión (recordemos que eran inversiones financieramente sostenibles), sino también el gasto corriente imputable a los capítulos 1, 2 y 4, siempre que esté dentro de la política social 23 (“servicios sociales y promoción social”).

Es decir, se regula como novedad, y a efectos de poder priorizar el impacto negativo en la economía, proteger a los sectores más vulnerables como los incluidos en las políticas sociales de nuestros ayuntamientos, extendiéndose estas medidas no solo a gastos de inversión, sino también a gastos corrientes siempre que tengan encaje dentro de las actuaciones previstas en el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 8/2020, en sus letras a) a i).

Por tanto, tal y como destaca APARISI⁸³, desde que se promulgó por primera vez la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera –LOEPySF–, para regular el destino del superávit presupuestario, que iba dirigido básicamente a la amortización extraordinaria de deuda (art. 32), hasta el momento actual –8 años después–, se han ido introduciendo muchos cambios, desde permitir que los efectos presupuestarios y económicos de las inversiones se extiendan a más de un ejercicio, hasta el momento actual que permite no solo destinarlas a gastos de inversión (que como predica su propio nombre son inversiones), hasta incluir, en estos momentos y en base a la situación actual, ciertos gastos corrientes motivados por este estado excepcional que necesita de ayudas a los sectores más vulnerables y necesitados, como las ayudas de bienestar social, y entre ellas las de servicios y promoción social, lo cual permite que la crisis, la imaginación y la creatividad se erijan en espíritu de superación, de lucha contra el miedo, de fomento de la creatividad y de la importancia de dar valor a lo importante (y tanto que es creatividad, porque llamar inversiones financieramente sostenibles⁸⁴ a cual-

83. APARISI APARISI, M.^a C., “Incidencia de la crisis ocasionada por el COVID-19 en el destino del superávit de las entidades locales y en las inversiones financieramente sostenibles”, *Revista de Derecho Local El Derecho*, n.º 84, 23 de abril de 2020, p. 2.

84. Respecto al desarrollo normativo de lo que se entiende por inversión financieramente sostenible, la disposición adicional 6.^a se remite a una ley. Y fue el Real Decreto-ley 2/2014, de 21 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados en los dos primeros meses de 2014 por las tormentas de viento y mar en la fachada atlántica y la costa cantábrica el que modificó el TRLRHL, añadiendo una nueva disposición adicional 16.^a con el título “Inversión financieramente sostenible”.

Esta disposición adicional 16.^a fue modificada por la disposición adicional 96.^a LPGE 2017, que, a efectos del apartado 5.º de la disposición adicional 16.^a, en el supuesto de que un proyecto de inversión no pudiera ejecutarse íntegramente en el ejercicio 2017, dispuso que la parte restante del gasto autorizado en el ejercicio 2017 se pudiera comprometer y reconocer en el ejercicio 2018, financiándose con cargo al remanente de tesorería de 2017, quedando afectado a ese fin por el importe restante y no pudiendo la entidad local incurrir en déficit al final del ejercicio 2018.

Y también fue modificada por el Real Decreto-ley 1/2018, de 23 de marzo, por el que se prorroga para 2018 el destino del superávit de las corporaciones locales para inversiones financieramente sostenibles y se modifica el ámbito objetivo de estas, que en su art. 1 permitió comprometer y ejecutar durante el ejercicio 2019 la parte restante del gasto autorizado en el 2018, cuando el proyecto de inversión no pudiera ejecutarse íntegramente en este ejercicio.

Para el ejercicio 2019, fue el Real Decreto-ley 10/2019 el que prorrogó el destino del superávit para ese ejercicio.

quier contratación laboral para reforzar los servicios sanitarios, por ejemplo, es tener mucha imaginación, en opinión de la citada APARISI⁸⁵).

El artículo 3 del Real Decreto-ley 8/2020 permite el destino alternativo a la amortización de deuda para las IFS imputadas a la política de gasto 23, “servicios sociales y promoción social”, con un máximo del 20 %, y se pueden destinar a gastos de inversión (art. 3.1 del Real Decreto-ley 8/2020) siempre que se cumplan los requisitos previstos en la disposición adicional 6.^a LOEPYSF.

Pero lo que permite también la norma, como una de las novedades previstas en el Real Decreto-ley 8/2020, es el destino a gastos corrientes, pero solo los que estén relacionados en las letras a) hasta la i) previstas en el artículo 1.2.

Es decir, el Real Decreto-ley 8/2020 prorroga la disposición adicional 6.^a LOEPySF únicamente para inversiones financieramente sostenibles referidas a la política de gasto 23, no solo las relativas al capítulo 6, sino también las prestaciones corrientes que quedan señaladas en el punto 2 del artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2020 y que se imputan a los capítulos 1, 2 y 4⁸⁶.

Puesto que la redacción original obligaba a ejecutar el proyecto íntegramente en un ejercicio (lo que resultaba prácticamente imposible salvo que se asfaltaran calles), la presión de los distintos representantes municipales obligó al Gobierno de la nación, a través de la FEMP, a modificar la norma en los términos expuestos, de tal forma que las IFS se pudieran ejecutar durante el año y el siguiente.

85. APARISI APARISI, M.^a C., *op. cit.*, p. 3.

86. Es decir, se puede destinar a gasto corriente el relacionado con el art. 1.2 del Real Decreto-ley 8/2020, para:

- a) *Reforzar los servicios de proximidad de carácter domiciliario para garantizar los cuidados, el apoyo, la vinculación al entorno, la seguridad y la alimentación, especialmente los dirigidos a personas mayores, con discapacidad o en situación de dependencia, compensando así el cierre de comedores, centros de día, centros ocupacionales y otros servicios similares, considerando el mayor riesgo que asumen estas personas en caso de contagio. Estos servicios comprenden la ayuda a domicilio en todas sus modalidades y cualquier otro de análoga naturaleza que se preste en el domicilio de la persona usuaria.*
- b) *Incrementar y reforzar el funcionamiento de los dispositivos de teleasistencia domiciliaria de manera que incrementen el ritmo de contactos de verificación y la vigilancia de la población beneficiaria de dicho servicio.*
- c) *Trasladar al ámbito domiciliario, cuando sea considerado necesario, los servicios de rehabilitación, terapia ocupacional, servicios de higiene, y otros similares, considerando la suspensión de atención diurna en centros.*
- d) *Reforzar los dispositivos de atención a personas sin hogar, con el personal y medios materiales adecuados, asegurando que tanto ellas como quienes las atienden estén debidamente protegidas, y posibilitar la ampliación, tanto en el tiempo de estancia como en intensidad, de los mismos.*
- e) *Reforzar las plantillas de centros de Servicios Sociales y centros residenciales en caso de que sea necesario realizar sustituciones por prevención, por contagio o por prestación de nuevos servicios o sobrecarga de la plantilla.*
- f) *Adquisición de medios de prevención (EPI).*

Estas inversiones deben ser a lo largo de la vida útil financieramente sostenible. A estos efectos la ley determina los requisitos formales que permiten calificar una inversión como financieramente sostenible, para lo que se valorará especialmente su contribución al crecimiento económico a largo plazo. En el epígrafe siguiente nos detendremos en su regulación.

Una última cuestión: las IFS excepcionales para los gastos sociales COVID-19 se podrán tramitar durante todo el ejercicio 2020 (no solo durante el estado de alarma) y con independencia de que el Gobierno prorrogue el resto de IFS incluidas tanto en la disposición adicional 6.^a como en la 16.^a TRLRHL, permitiendo que las mismas se ejecuten también en el ejercicio 2021, siempre y cuando las IFS lleguen a la fase AD, y, dada la urgencia para la que se dictan estos reales decretos –ya que son para paliar los efectos negativos de este estado de alarma–, lo lógico sería pensar que su tramitación será rápida y ágil, por lo que lo razonable es esperar que se ejecuten íntegramente este año, pero el tiempo nos dirá..., porque el mundo local nos sorprende la mayoría de las veces.

Esto es, en palabras de DOMÍNGUEZ MARTÍN⁸⁷, se acota el destino de los fondos atribuibles a las corporaciones locales, ya que el artículo 3 del Real Decreto-ley establece que aquellas disponen de una cantidad de igual cuantía (300 millones) del superávit del ejercicio 2019 para financiar gastos de inversión incluidos en la política de gasto 23 (“servicios sociales y promoción social”), recogida en el anexo I de la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales. Por su parte, en la Exposición de Motivos, apartado II, del propio Real Decreto-ley, se establece que el destino de estas ayudas es financiar “todas las prestaciones de servicios gestionadas por los servicios sociales de atención primaria y atención a la dependencia que vienen recogidas en el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 16 de enero de 2013, que recoge el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales”.

g) Ampliar la dotación de las partidas destinadas a garantizar ingresos suficientes a las familias, para asegurar la cobertura de sus necesidades básicas, ya sean estas de urgencia o de inserción.

h) Reforzar, con servicios y dispositivos adecuados, los servicios de respiro a personas cuidadoras y las medidas de conciliación para aquellas familias (especialmente monoparentales y monoparentales) que cuenten con bajos ingresos y necesiten acudir a su centro de trabajo o salir de su domicilio por razones justificadas y/o urgentes.

i) Otras medidas que las comunidades autónomas, en colaboración con los Servicios Sociales de las entidades locales, consideren imprescindibles y urgentes para atender a personas especialmente vulnerables con motivo de esta crisis, y sean debidamente justificadas.

87. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “La acción social...”, *op. cit.*

Hay que insistir en que los ayuntamientos no se pueden gastar todo el superávit. Esta financiación alcanza al 20 % del superávit presupuestario de cada ayuntamiento correspondiente a 2019 (medido en los términos del art. 20 del Real Decreto-ley 11/2020), y con un límite máximo en conjunto (nacional) de 300 millones de euros, cumpliendo con la regla de gasto y otra serie de condiciones de estabilidad. Por otro lado, también hay que destacar que se mantiene el mismo régimen de autorización de las inversiones financieras sostenibles (IFS). Y, efectivamente, las que no superen los umbrales establecidos en la disposición adicional 16.^a TRLHL no necesitan autorización previa de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local.

En cualquier caso, el acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de septiembre de 2020 decidió suspender para 2020 y 2021 las reglas de déficit, también para las entidades locales.

Otro aspecto importante y complementario es el nuevo escenario de prudencia financiera que la Resolución de 7 de mayo de 2020, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se actualiza el Anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales (BOE 8 mayo 2020), incorpora.

Dados los actuales niveles de coste de financiación del Estado, en el caso de las operaciones de préstamo, si el coste total máximo al que se refiere el apartado tercero de la citada Resolución de 4 de julio de 2017 fuera negativo, podrán formalizarse préstamos a un tipo del 0 %.

Posteriormente la Resolución de 2 de junio de 2020, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se actualiza el Anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales (BOE de 4 de junio de 2020), ha precisado lo anterior, aumentando el margen de una “imprudencia” limitada.

Por otra parte, la FEMP⁸⁸ ha aprobado un documento que se basa en dos pilares; por una parte, la ya analizada supresión de la limitación en el gasto del remanente de tesorería, y por otro lado, un pilar basado en tres ejes:

88. Disponible en <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/documento-para-la-reactivacion-economica-y-social-desde-las-entidades-locales>, documento aprobado por la junta de gobierno de dicha asociación el 22 de mayo de 2020. También se puede consultar en el n.º 335 de la revista *Carta Local*, de mayo de 2020, editado por la FEMP.

1.— **Fondo financiero que pueda ser destinado exclusivamente al impulso de la recuperación social y económica.** Este Fondo tendría a su vez dos bloques de financiación: el primero, con un importe de **5000 millones de euros en 2020 y una cantidad no inferior a 1000 millones en 2021**; y el segundo bloque, dotado con el **14,16 % de los fondos procedentes de la UE**. Se prevé, igualmente, que las federaciones territoriales de municipios y provincias reclamen a sus respectivas comunidades autónomas la constitución de fondos destinados a planes locales de choque en sus territorios.

2.— **Fondo extraordinario para el sostenimiento del transporte público urbano** que cubra el déficit generado por este servicio público que durante la crisis de la COVID-19 registró caídas de uso superiores al 90 %. A estos efectos, se solicita al ministro de Movilidad y Agenda Urbana la constitución de dos fondos extraordinarios: uno, por importe de **1000 millones de euros**, para el transporte colectivo terrestre (autobús y tranvía), y otro, de **725 millones de euros, para el metro**.

3.— **Fondo para la colaboración de las entidades locales en la gestión del ingreso mínimo vital.** Sobre este último, y en razón de la cuantía que se prevé para el ingreso mínimo vital, la colaboración de las entidades locales en la implantación y el seguimiento del mismo precisará de la aprobación de un fondo propio.

A juicio de la FEMP, se trata de dos líneas de actuación que resultan absolutamente necesarias para que la Administración local pueda desarrollar su potencial en la lucha contra los efectos adversos de la pandemia. En su propuesta, la FEMP añade que, “una vez salgamos de las actuaciones más urgentes de lucha contra la pandemia, es prioritario sentar las bases para una reforma de la financiación local”.

No obstante, el Estado, ante esta situación, y previo un polémico acuerdo con la FEMP (es la única vez en su historia que el acuerdo se adoptó con el voto de calidad del presidente), aprobó el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, publicado en el “Boletín Oficial del Estado” número 211, de 5 de agosto de 2020, que el Congreso, en su sesión de 10 de septiembre de 2020, acordó derogar⁸⁹.

En la vertiente de los tributos, además de la lógica merma de los ingresos municipales, tanto por la morosidad sobrevenida de los contribuyentes como por la moratoria de ingresos establecida, debe reseñarse la Consulta (Direc-

⁸⁹. Es el quinto caso en la historia desde la vuelta de la democracia, el anterior fue el Real Decreto-ley 21/2018, sobre vivienda.

ción General de Tributos) V1456-20, 18 mayo 2020⁹⁰, en la que se señala que las adquisiciones de bienes necesarios por parte de un ayuntamiento para combatir los efectos del COVID-19 tributan en IVA a tipo 0.

Así, dichas entregas de bienes necesarios para combatir el COVID-19 en las operaciones en las que el destinatario sea una entidad pública se rigen por el artículo 8 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, que dispone que hasta el 31 de julio de 2020 se aplicará el tipo del 0 por ciento del impuesto sobre el valor añadido a las entregas de bienes, importaciones y adquisiciones intracomunitarias de bienes referidos en el Anexo del Real Decreto cuyos destinatarios sean entidades de derecho público.

Conforme a la Directiva 2006/112/CE se entiende aplicable a los ayuntamientos la exención sanitaria, y en igual sentido se pronuncia la LIVA en torno a las exenciones aplicables a determinadas actividades realizadas por las entidades públicas.

Lógicamente, en un panorama de gran descenso del PIB, aumento del desempleo, etc., se aproximan tiempos de restricción presupuestaria, y por tanto las haciendas locales deberán optimizar sus estructuras a una disminución de ingresos y aumento de gastos.

6.4 Urbanismo

Uno de los principales campos de actuación de las entidades locales es el del urbanismo, y en ese sentido los expertos⁹¹ ya empiezan a plantearse respuestas a la incidencia de la pandemia sobre nuestras ciudades, e incluso algunas ciudades han comenzado a trabajar en su transformación. En casi todas ellas se observa una constante que ya conocíamos: la transformación que nos traerá la COVID-19 consistirá en acelerar el viaje de las ciudades hacia la sostenibilidad, que está directamente relacionada con la salud.

Este enfoque propone mejorar los entornos urbanos para facilitar a la población el acceso a las opciones más saludables. Por ejemplo, las políticas que promueven el transporte sostenible y activo —es decir, caminar o ir en bicicleta— favorecen practicar actividad física y reducir el sedentarismo, así

90. Consulta Vinculante V1456-20, de 18 de mayo de 2020, de la SG de Impuestos sobre el Consumo.

91. Al respecto *vid.* <https://www.huellasbysareb.es/en-primera-persona/ciudades-des-pues-covid/>

como disfrutar de menores niveles de contaminación. En el entorno actual, además, este tipo de desplazamientos ayudan a prevenir la propagación de la pandemia, porque permiten mantener la distancia social.

Uno de los grandes retos de esta crisis, tal y como se apunta desde “Urbanismo transversal”⁹², va a ser hacer frente al uso innecesario del coche, fruto del miedo al contagio, así como adaptar el transporte público a los nuevos requerimientos. Como nos recuerdan expertos en movilidad, la elección del medio de transporte debería basarse en el riesgo de transmisión, los impactos sanitarios y ambientales y el acceso y uso del espacio. Será fundamental favorecer la proximidad, los tránsitos peatonales y los sistemas de movilidad sostenible (la bicicleta va a ser una pieza clave en la movilidad posCOVID-19), dejando el transporte público de baja ocupación para los trayectos más largos, y el coche para las personas más vulnerables que no puedan utilizar otros medios de transporte.

Será imprescindible, también, evitar la necesidad de grandes desplazamientos, facilitada por el teletrabajo y la flexibilización de horarios. Tal vez estamos más cerca que nunca de la utopía de la *slowcity* y de una reestructuración de las horas destinadas al trabajo.

Pero este cambio en el urbanismo se articulará progresivamente mediante las correspondientes planificaciones futuribles, aunque el COVID-19 ya ha incidido en nuestro ordenamiento jurídico-urbanístico.

En cuanto a la realización de obras, tanto públicas como privadas, debe recordarse la Orden SND/340/2020, de 12 de abril, por la que se suspenden determinadas actividades relacionadas con obras de intervención en edificios existentes en las que exista riesgo de contagio por el COVID-19 para personas no relacionadas con dicha actividad, que implicó la suspensión de toda clase de obra que suponga una intervención en edificios existentes, en los supuestos en los que en el inmueble en el que deba ejecutarse se hallen personas no relacionadas con la actividad de ejecución de la obra, y que, debido a su ubicación permanente o temporal, o a necesidades de circulación, y por causa de residencia, trabajo u otras, puedan tener interferencia con la actividad de ejecución de la obra, o con el movimiento de trabajadores o traslado de materiales, exceptuándose de esta suspensión de las obras aquellas en las que, por circunstancias de sectorización del inmueble, no se produzca interferencia alguna con las personas no relacionadas con la actividad de la obra, y también se exceptuaron los trabajos y las obras puntuales que se realizaran en los inmue-

92. <https://paisajetransversal.org/2020/05/el-urbanismo-tiempos-coronavirus-covid-19-desescalada-propuestas-ciudad/>

bles con la finalidad de efectuar reparaciones urgentes de instalaciones y averías, así como las tareas de vigilancia.

Esta suspensión es lógicamente una causa de fuerza mayor que vincula tanto a las obras públicas como a las privadas y que tiene sus efectos sobre las licencias de obras otorgadas, suspendiéndose por tanto los plazos para su ejecución mientras dure la suspensión.

Dejando al margen estas cuestiones generales, de profunda importancia, cabe señalar diferentes campos afectados por el COVID-19 en el urbanismo, y así:

a) El estatuto de la propiedad inmobiliaria

Una de las cuestiones que mayor preocupación ha generado es el uso del estado de alarma para la limitación, hasta casi su pérdida, del derecho de propiedad urbana, y así, mediante una mera orden ministerial (eso sí, de una autoridad competente conforme al RDDEA), se limita de forma muy preocupante.

El artículo 4-3.º de la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril, por la que se incorporan, sustituyen y modifican sendos programas de ayuda del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, prevé que “las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y de Melilla pondrán a disposición de la persona beneficiaria una vivienda de titularidad pública, o que haya sido cedida para su uso a una administración pública, aunque mantenga la titularidad privada, adecuada a sus circunstancias en términos de tamaño, servicios y localización, para ser ocupada en régimen de alquiler, de cesión de uso, o en cualquier régimen de ocupación temporal admitido en derecho. Cuando no se disponga de este tipo de vivienda, la ayuda podrá aplicarse sobre una vivienda adecuada, de titularidad privada o sobre cualquier alojamiento o dotación residencial susceptible de ser ocupada por las personas beneficiarias, en los mismos regímenes”.

Esta determinación es en nuestra opinión una auténtica vulneración del derecho de propiedad y su régimen estatutario reservado al binomio Ley-planeamiento.

b) Instrumentos de planeamiento y gestión

Por lo que se refiere a los procedimientos relativos a la tramitación de instrumentos de planeamiento o de gestión urbanística, caracterizados por incluir, además del trámite de audiencia a los interesados, un plazo de información pública, cabe señalar que desde el 14 de marzo hasta el 4 de junio de 2020 no se pudo entender computado un plazo de información pública por el tiempo transcurrido durante el estado de alarma. Pero sí se podía publicar

un trámite de información pública durante el estado de alarma, advirtiendo expresamente de la suspensión del plazo correspondiente.

En Cataluña, superando la vieja polémica denunciada en su día por GONZÁLEZ PÉREZ⁹³, se había regulado, mediante la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que los plazos para la tramitación y la resolución definitiva de las figuras de planeamiento urbanístico y de gestión urbanística establecidos por esta Ley se amplían en un mes, en caso de que coincidan total o parcialmente con el mes de agosto.

Con el parón antes señalado del RDDEA, y toda vez que, tras el levantamiento de la suspensión, puede suponer el solapamiento con dicho mes de agosto en la nueva tramitación, con la consiguiente ralentización de las operaciones urbanísticas, para superar esta dificultad se dictó el Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas urgentes en materia de urbanismo, fianzas y ambiental⁹⁴, cuyo artículo 1 suspende la eficacia de la indicada disposición adicional décima del texto refundido de la Ley de urbanismo durante el año 2020, con respecto a la resolución definitiva de los órganos urbanísticos de la Administración de la Generalidad de carácter colegiado.

c) Licencias

Cabe reseñar, con HERNÁNDEZ JIMÉNEZ⁹⁵, que en los procedimientos de solicitud de licencias urbanísticas las legislaciones urbanísticas autonómicas regulan el plazo máximo de resolución del procedimiento; por ejemplo, en Andalucía⁹⁶. Pues bien, si la solicitud se ha realizado antes de la vigencia del estado de alarma, o incluso durante el mismo, y para su resolución no resulta preciso atender ningún plazo que se considere suspendido (no es preciso realizar requerimientos de deficiencias, requerir informes sectoriales, etc.), nada ha de impedir que se dicte el acto resolutorio concediendo o denegando la licencia.

Cuestión distinta será la eficacia de dicho acto resolutorio, que requerirá la notificación al interesado, estando suspendidos los plazos para cursar la

93. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Las notificaciones del mes de agosto”, *RAP*, n.º 61, enero-abril 1970, pp. 121-123; incluido como n.º 18 de los *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, INAP, 1983 (selección, introducción general y presentación de A. NIETO).

94. Un breve comentario de este lo tenemos en DURÁ ALEMAÑ, C., “Cataluña, a consecuencia de la Covid-19, establece medidas urgentes en materia de urbanismo, fianzas y ambiental”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 19 de junio de 2020. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/>

95. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H., “La afección del estado de alarma a los procedimientos urbanísticos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 6, junio 2020, p. 88.

96. El artículo 172.5.ª de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía dispone que “la resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses”.

notificación del artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, una de las disposiciones más incumplidas del ordenamiento administrativo con o sin pandemia, y entendiendo rechazada la notificación electrónica si no se accede a su contenido transcurridos diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación (artículo 43.2).

Y, aunque dicha notificación se practique (por ejemplo, porque el interesado haya accedido a su contenido en sede electrónica), estarán suspendidos los plazos para interponer recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, e interrumpidos si se trata de actos desfavorables, conforme a la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (se empieza a computar el plazo para recurrir desde el primer día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma).

Otro aspecto es el de los efectos del silencio en materia de dominio público (las terrazas que posteriormente abordaremos), y desde luego la agilización de los procedimientos para intentar superar la crisis económica, como hace la modificación de la Ley del suelo de la Comunidad de Madrid de 15 de octubre de 2020⁹⁷, que generaliza la declaración responsable, agiliza las licencias y exime de título jurídico habilitante a: “Todas aquellas obras o actuaciones urbanísticas de menor entidad consistentes en sustitución de acabados interiores de una sola vivienda o local, solados, alicatados, yesos y pinturas, reparaciones puntuales de cubiertas, cornisas, salientes o vuelos, reposición o renovación de instalaciones eléctricas o de aires acondicionados, limpieza de solares u otras obras o actuaciones de análogas características, sin perjuicio de contar con las autorizaciones necesarias para la retirada de residuos o la ocupación de la vía pública, de conformidad con la legislación de régimen local”.

d) Disciplina

En los procedimientos de restitución de la legalidad urbanística, la suspensión afecta al plazo máximo para su resolución, no computando para la caducidad el tiempo transcurrido durante el estado de alarma, pero no ha de impedir acordar la incoación del procedimiento; dicho acto deberá notificarse al interesado, siendo de aplicación las determinaciones dichas anteriormente

⁹⁷. Ley 1/2020, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística (BOCM, de 15 de octubre), que así lo especifica en su art. 160 f).

sobre las notificaciones y estando suspendido, en todo caso, el plazo de audiencia al interesado. De este modo, suspendido el trámite de audiencia, este procedimiento de restitución de la legalidad no podrá resolverse hasta tanto se alce el estado de alarma y se reanude y complete dicha audiencia.

Y si se encontrase incoado un procedimiento de restitución de la legalidad con anterioridad al estado de alarma, solo podríamos resolver el procedimiento si el plazo de audiencia hubiese transcurrido por completo antes de dicha declaración, por lo que no se vería afectado dicho plazo de audiencia por la suspensión. Resuelto el procedimiento, nos reiteramos en lo indicado sobre la eficacia del acto mediante su notificación e impugnación respecto de las licencias urbanísticas, no debiendo olvidar que la ejecutividad del acto depende no de su firmeza, pero sí de su eficacia, es decir, que se practique la notificación.

Las mismas consideraciones habría que realizar respecto de los procedimientos sancionadores, con una salvedad: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.3 de la LPCAP, “la resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa”, por lo que, si se resuelve un procedimiento sancionador conforme a los criterios expuestos (es decir, sin considerar un plazo transcurrido en todo o en parte durante el estado de alarma), al no comenzar el plazo para recurrir hasta el primer día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma (disposición adicional octava del Real Decreto-ley 11/2020), el acto no alcanzará firmeza, siendo la sanción inejecutable.

Respecto de los procedimientos disciplinarios, sí tendrían acogida en el apartado cuarto de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 los procedimientos de órdenes de ejecución o de ruina por poder justificar, según los casos, que resultan indispensables para la protección del interés general, en cuyo caso, previa resolución motivada, podría continuarse el procedimiento, computándose los plazos correspondientes durante el estado de alarma.

e) El caso de las terrazas

Como se encarga de señalar PENSADO SEIJAS⁹⁸, las terrazas cobraron gran notoriedad en estos tiempos de pandemia, debido al avance de las fases de la “desescalada”. Así, gran número de ayuntamientos se pusieron manos a la obra para dinamizar sus economías locales, dentro de sus competencias “difusas” en materia de promoción económica, a la vista de las graves consecuencias negativas que se avecinan.

La iniciativa local se está centrando fundamentalmente en la ampliación y la exención o bonificación del pago por la instalación de terrazas en la vía

⁹⁸. PENSADO SEIJAS, A., “Terrazas: ampliación y COVID-19”, *El Consultor Urbanístico*, 14 de mayo de 2020.

pública, anexas a los locales del sector hostelero, ya que son evidentes las grandes pérdidas que sufre el sector⁹⁹.

Dos órdenes ministeriales son las que han recogido nuevos requisitos, tanto formales como materiales específicos, para poder llevar a cabo la ampliación de las terrazas: la Orden SND/386/2020, de 3 de mayo, por la que se flexibilizan determinadas restricciones sociales y se determinan las condiciones de desarrollo de la actividad de comercio minorista y de prestación de servicios, así como de las actividades de hostelería y restauración en los territorios menos afectados por la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; y la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo (arts. 15 y 16), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, que establece las “Condiciones para la reapertura al público de terrazas de los establecimientos de hostelería y restauración”.

El artículo 12 de la Orden SND/386/2020, de 3 de mayo, regula la reapertura de las terrazas de los establecimientos de hostelería y restauración, que constriñe de manera notoria el desarrollo de esta actividad, en lo cual las comunidades autónomas en sus normas de “segunda ola” han profundizado¹⁰⁰.

Así, PENSADO SEIJAS considera cardinal que se respete la STS n.º 159/2019 (rec. 1152/2016), de fecha 11 de febrero de 2019. La citada Sentencia recoge y recalca lo ya dispuesto en el artículo 5 de la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados.

El artículo 15 de la Orden SND/399/2020 regula las condiciones de la ocupación del dominio público, resaltando que la ampliación requerirá como requisito *sine qua non* la licencia/autorización municipal para poder llevarla a cabo (con independencia de la que ya poseyera); es decir, debe presentarse la solicitud ante el ayuntamiento, que procederá a estudiar su viabilidad y resolver expresamente sobre la misma.

99. Así el Ayuntamiento de Madrid, https://www.abc.es/espana/madrid/abci-almeida-anuncia-bonificacion-cien-cien-tasa-terrazas-202009091049_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F

100. Desde la Orden 311/2020, de 29 de mayo, de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas, por la que se fija el horario de funcionamiento de las terrazas de determinados establecimientos de espectáculos y actividades recreativas, como medida complementaria del plan de dinamización de la economía madrileña, como consecuencia de la entrada de la Comunidad de Madrid en la Fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, a la de aplicación del acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud anulado por el TSJM y sustituida por el nuevo estado de alarma.

Resolución expresa porque, en este caso, la solicitud de instalación de la terraza implica la autorización de la ocupación de dominio público, debiendo tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), siendo su silencio negativo.

Por otro lado, este artículo también establece el respeto a la proporción del cincuenta por ciento entre mesas y superficie disponible, llevando a cabo un incremento proporcional del espacio peatonal en el mismo tramo de la vía pública en el que se ubique la terraza.

Es decir, para poder ampliar la terraza, debe obligatoriamente acondicionarse un espacio peatonal proporcional en el mismo tramo de la vía, por lo que se reducirá mucho su viabilidad, salvo en espacios abiertos como plazas públicas o en su caso, siempre que sea posible y de manera excepcional y motivada, acotando espacios dedicados al estacionamiento de vehículos.

Otro requisito es la ocupación máxima de diez personas por mesa o agrupación de mesas¹⁰¹. La mesa o agrupación de mesas que se utilice para este fin deberá ser acorde al número de personas, permitiendo que se respete la distancia mínima de seguridad interpersonal.

Por su parte, el artículo 16 de la Orden SND/399/2020 recoge los requisitos materiales concretos en el ámbito sanitario bajo el título “Medidas de higiene y/o prevención en la prestación del servicio en terrazas”¹⁰².

101. Reducida a seis o incluso a cinco por las órdenes autonómicas de la segunda ola.

102. Artículo 16. Medidas de higiene y/o prevención en la prestación del servicio en terrazas.

En la prestación del servicio en las terrazas de los establecimientos de hostelería y restauración deberán llevarse a cabo las siguientes medidas de higiene y/o prevención:

a) Limpieza y desinfección del equipamiento de la terraza, en particular mesas, sillas, así como cualquier otra superficie de contacto, entre un cliente y otro.

b) Se priorizará la utilización de mantelerías de un solo uso. En el caso de que esto no fuera posible, debe evitarse el uso de la misma mantelería o salvamanteles con distintos clientes, optando por materiales y soluciones que faciliten su cambio entre servicios y su lavado mecánico en ciclos de lavado entre 60 y 90 grados centígrados.

c) Se deberá poner a disposición del público dispensadores de geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad, en todo caso en la entrada del establecimiento o local, que deberán estar siempre en condiciones de uso.

d) Se evitará el uso de cartas de uso común, optando por el uso de dispositivos electrónicos propios, pizarras, carteles u otros medios similares.

e) Los elementos auxiliares del servicio, como la vajilla, cristalería, cubertería o mantelería, entre otros, se almacenarán en recintos cerrados y, si esto no fuera posible, lejos de zonas de paso de clientes y trabajadores.

f) Se eliminarán productos de autoservicio como servilleteros, palilleros, vinagreras, aceiteras, y otros utensilios similares, priorizando monodosis desechables o su servicio en otros formatos bajo petición del cliente.

g) El uso de los aseos por los clientes se ajustará a lo previsto en el artículo 6.5.

Estas determinaciones han sido moduladas en diversas ocasiones por las comunidades autónomas, siguiendo los diversos momentos y situaciones de la pandemia.

Ahora bien, la aplicación subjetiva del concepto de terraza y qué establecimientos tienen derecho a ella, ha sido ampliada igualmente por normativa autonómica muy poco respetuosa con la autonomía municipal¹⁰³, que va progresando en la restricción a medida que avanza la segunda ola¹⁰⁴.

^{103.} La Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, recoge en su apartado vigesimoquinto: *Medidas de flexibilización para la instalación de terrazas*:

Tienen la consideración de asimilable a cafeterías, bares y restaurantes, y en consecuencia podrán ser autorizados para la instalación de terrazas, los siguientes locales y establecimientos recogidos en el Anexo I del Decreto 184/1998, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos, Locales e Instalaciones:

1. Bares especiales: Bares de copas, con y sin actuaciones en directo.
2. Tabernas y bodegas.
3. Chocolaterías, heladerías, salones de té, croissanteries y asimilables.
4. Bares y restaurantes de hoteles.
5. Salones de banquetes.
6. Café-espectáculo.
7. Salas de fiestas.
8. Restaurante-espectáculo.
9. Discotecas y salas de baile.
10. Teatros. Siempre que dispongan de servicio de bar en licencia de funcionamiento.
11. Salas de creación y experimentación teatral. Siempre que dispongan de servicio de bar en licencia de funcionamiento.
12. Pabellones de Congresos. Siempre que dispongan de servicio de bar y restauración en licencia de funcionamiento.
13. Parques de atracciones, ferias y asimilables. Siempre que dispongan de servicio de bar y restauración en licencia de funcionamiento.
14. Parques acuáticos. Siempre que dispongan de servicio de bar y restauración en licencia de funcionamiento.
15. Casetas de feria. Siempre que dispongan de servicio de bar y restauración en licencia de funcionamiento.

^{104.} Así, la Orden 1177/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 668/2020, de 19 de junio, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, como consecuencia de la evolución epidemiológica, establece en su punto Tres:

Se modifica el punto 1 del apartado vigesimotercero, que queda redactado de la siguiente forma:

“1. El porcentaje de aforo permitido en las terrazas al aire libre de los establecimientos de hostelería y restauración será del cien por cien de las mesas permitidas en el año inmediatamente anterior en base a la correspondiente licencia municipal o de lo que sea autorizado para este año, si bien deberá garantizarse el mantenimiento de la debida distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros entre clientes o, en su caso, grupos de clientes.

6.5

Policía administrativa

El RDDEA también actúa sobre las capacidades locales en materia de policía administrativa, en tanto en cuanto las entidades locales no solo mantienen sus competencias, sino que además el artículo 5.º2 de dicha norma faculta a los agentes de la autoridad para practicar las comprobaciones en las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos que sean necesarias para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidos en dicho Real Decreto, salvo los expresamente exceptuados. Para ello, podrán dictar las órdenes y prohibiciones necesarias y suspender las actividades o servicios que se estén llevando a cabo. Esta situación se ve ampliada *mutatis mutandi* en la nueva normalidad para las determinaciones de las comunidades autónomas, eso sí, sin una habilitación legal clara.

Pero la intervención de los poderes públicos en los diversos sectores de poco o nada serviría, tal y como destaca CANO CAMPOS¹⁰⁵, si el ordenamiento jurídico no arbitrara también los adecuados mecanismos sucesivos o de reacción frente a los comportamientos que contravienen las normas, y los actos jurídicos en que se concreta dicha intervención. Son muchos los mecanismos de reacción que el ordenamiento jurídico prevé en caso de incumplimiento o violación de sus mandatos y prohibiciones o por la causación de un daño: el restablecimiento de la legalidad conculcada (por ejemplo, la violación de un confinamiento perimetral), la ejecución forzosa de lo previamente ordenado (como la devolución a su domicilio de las personas que violen la cuarentena) o la reparación de los daños causados por la destrucción de un bien de la Administración. Junto a todas esas medidas de reacción, una de las más habituales es la amenaza de un castigo o sanción.

A diferencia de las medidas preventivas, los mecanismos de reacción tienen destinatarios muy concretos: el que está en situación de restablecer la legalidad alterada, el que ha incumplido la norma de conducta, el sujeto al que es imputable el daño causado, etc. Los propios medios de prevención son objeto

Las mesas o agrupaciones de mesas, deberán guardar una distancia de, al menos, 1,5 metros, respecto a las sillas asignadas a las demás mesas o agrupaciones de mesas con el objeto de asegurar el mantenimiento de la debida distancia física de, al menos, 1,5 metros entre las personas sentadas en diferentes mesas o, en su caso, agrupaciones de mesas.

La ocupación máxima por mesa o agrupación de mesas será de seis personas y deberán cesar su actividad, como máximo, a la 1:00 horas, no pudiendo en ningún caso admitir nuevos clientes a partir de las 00:00 horas, rigiendo el horario de cierre que tuvieran autorizado por los órganos competentes si este fuera anterior a dicha hora”.

105. CANO CAMPOS, T., “El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración”, en GIREU FONT, J. (dir.), *Litigación administrativa*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 143 a 182, y en concreto p. 144.

de protección mediante medidas de reacción (imposición coercitiva de cuarentenas) o la imposición de sanciones (violación de las limitaciones sanitarias, incumplimiento de las órdenes de la Administración, etc.), por lo que no siempre son medios alternativos a las sanciones como habitualmente se cree.

La imposición de sanciones no es monopolio exclusivo de los jueces y tribunales, sino que hoy las administraciones públicas tienen reconocida en nuestro país, y en otros muchos de nuestro entorno, una amplísima potestad sancionadora en todos los sectores y que afecta por ello a todos los ciudadanos. La propia CE ha terminado reconociéndola explícitamente y sometién-dola a una serie de límites para los poderes públicos y de garantías para los particulares, que singularizan el régimen jurídico de las sanciones del resto de la actividad administrativa.

El fin de las sanciones no es reprimir sin más o castigar a ciegas a los responsables, sino prevenir la repetición de la conducta por la misma persona o por otras. El Tribunal Constitucional ha destacado en numerosas ocasiones ese carácter preventivo o disuasorio de las sanciones. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su conocida Sentencia de 21 de febrero de 1984 (caso *Oztürk*), y en otras muchas posteriores, ha aludido a la finalidad represiva y preventiva o disuasoria de las sanciones administrativas. Pero dicho carácter no es exclusivo de las sanciones, de modo que “una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción” (STC 164/1995). Lo característico de las sanciones no es, por eso, su finalidad preventiva, sino la forma en que dicha finalidad se persigue: castigando. Se inflige un mal para castigar, y se castiga para prevenir, lo cual es más redundante para los casos de salud pública.

En el supuesto que nos ocupa debemos recordar las palabras del Consejo Consultivo de Andalucía, en el Dictamen 216/2020, de 15 de abril: “... algunas interpretaciones han considerado que no se han de emitir informes y dictámenes mientras se mantenga vigente el estado de alarma, dicha interpretación no resulta aceptable porque la suspensión de plazos no equivale a la paralización de la actividad administrativa ni a la detención de trámites en cualesquiera procedimientos. Es posible que la literalidad de la norma haya podido dar pie a esas interpretaciones,... Sin embargo, la norma puede y debe interpretarse atendiendo a su sentido y finalidad, de manera que pueden y deben llevarse a cabo los actos de ordenación e instrucción que no resulten incompatibles con el estado de alarma o menoscaben los bienes jurídicos que el Real Decreto 463/2020 trata de proteger... entre ellos, los derechos de los interesados... Observando estas cautelas nada obsta a la práctica de trámites que favorecen el interés general ínsito en todo procedimiento... Esta interpre-

tación contribuye al mantenimiento de la actividad administrativa (en la generalidad de los casos llevada a cabo mediante teletrabajo), que de otro modo quedaría paralizada cuando se requiere que sea celeré y eficaz”. Aunque debemos mencionar la opinión contraria sostenida por la Abogacía General del Estado en informe de 26 de marzo de 2020.

En ese sentido, el artículo 20 RDDEA establece un régimen sancionador¹⁰⁶ y en consonancia el artículo 31.1, segundo párrafo, del RDDEA¹⁰⁷ atribuye un papel local, este de colaborador necesario.

Fuera de las determinaciones del estado de alarma lógicamente se debe estar a la legislación ordinaria, modulada por las determinaciones que se realicen por las autoridades sanitarias, y estas determinaciones parten a nivel estatal del Real Decreto-ley 21/2020.

Conforme a este Real Decreto-ley las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento, por los titulares de los establecimientos comerciales de venta minorista o mayorista de cualquier clase de artículos, de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas determinen. En cualquier caso, deberá asegurarse la adopción de las medidas organizativas que resulten necesarias para evitar aglomeraciones y garantizar que clientes y trabajadores mantengan una distancia de seguridad de, al menos, 1,5 metros. Cuando no sea posible mantener dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio.

Las administraciones competentes prestarán especial atención a las particularidades de los centros y parques comerciales y de los mercados que desarrollan su actividad en la vía pública al aire libre o de venta no sedentaria, comúnmente denominados mercadillos. En igual forma las actividades de hostelería y restauración¹⁰⁸, los equipamientos culturales, espectáculos pú-

106. Así, indica: “El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio”.

107. “La vigilancia, inspección y control del cumplimiento de dichas medidas, así como la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores que procedan, corresponderá a los órganos competentes del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales en el ámbito de sus respectivas competencias”.

108. Así, el art. 13 establece:

Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que se determinen. En cualquier caso, deberá asegurarse la adopción de las medidas organizativas que resulten necesarias para evitar aglomeraciones tanto dentro del establecimiento como en los espacios de terrazas autorizados y garantizar que clientes y trabajadores mantengan una distancia de seguridad de, al menos, 1,5 metros. Cuando no sea posible mante-

blicos y otras actividades recreativas¹⁰⁹, las instalaciones para las actividades y competiciones deportivas¹¹⁰, y finalmente lo que el Real Decreto-ley de “nueva normalidad” denomina *Otros sectores de actividad*¹¹¹.

La reserva de ley en el ámbito sancionador es aún más laxa o flexible en el ámbito local que aquí nos ocupa. Tras una larga discusión doctrinal y una contradictoria jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que, en este ámbito, la ley solo tiene que “fijar los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer los tipos de infracciones”, y “las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales” (SSTC 132/2001, 161/2003, 6/2004 y 232/2006).

Esta jurisprudencia motivó la reforma del artículo 127 LRJPAC (hoy art. 25 LRJSP) y de la LRBRL (el título XI, introducido por la Ley 11/1999, del pacto local), que trata de fijar tales criterios y los límites de las sanciones pecuniarias en defecto de normativa sectorial específica. Los argumentos utilizados para ello son la presencia de la autonomía municipal reconocida por

ner dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio.

109. Art. 14:

Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de equipamientos culturales, tales como museos, bibliotecas, archivos o monumentos, así como por los titulares de establecimientos de espectáculos públicos y de otras actividades recreativas, o por sus organizadores, de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas determinen.

En todo caso, se deberá asegurar que se adoptan las medidas necesarias para garantizar una distancia interpersonal mínima de 1,5 metros, así como el debido control para evitar las aglomeraciones. Cuando no sea posible mantener dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio.

110. Art. 15.1:

Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de las instalaciones en las que se desarrollen actividades y competiciones deportivas, de práctica individual o colectiva, de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas establezcan.

En todo caso, se deberá asegurar que se adoptan las medidas necesarias para garantizar una distancia interpersonal mínima de 1,5 metros, así como el debido control para evitar las aglomeraciones. Cuando no sea posible mantener dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio

111. Art. 16:

Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de cualquier otro centro, lugar, establecimiento, local o entidad que desarrolle su actividad en un sector distinto de los mencionados en los artículos anteriores, o por los responsables u organizadores de la misma, cuando pueda apreciarse riesgo de transmisión comunitaria de COVID-19 con arreglo a lo establecido en el artículo 5, de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas establezcan.

En todo caso, se deberá asegurar que se adoptan las medidas necesarias para garantizar una distancia interpersonal mínima de, al menos, 1,5 metros, así como el debido control para evitar las aglomeraciones. Cuando no sea posible mantener dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio.

la CE (arts. 137 y 140) y la circunstancia de que las ordenanzas las aprueba un órgano de representación popular cual es el pleno del ayuntamiento; pero los mismos no resultan del todo convincentes para CANO para una relajación tal de la reserva de ley, máxime cuando el necesario respaldo punitivo de la regulación contenida en las ordenanzas se puede conseguir, sin merma de la reserva de ley, a través de la técnica de las leyes sancionadoras en blanco, circunstancia que ya existía en el ámbito local con la habilitación del artículo 59 TRRL, que solo requería una actualización.

Algún ayuntamiento (Barcelona) afirmó que no cobraría las sanciones por ellos impuestas, o no las tramitaría. Esto puede equipararse a una condonación, y debemos destacar que la LRJSP no se ocupa de la posibilidad de condonar las sanciones, o de conmutarlas por las correspondientes a otras infracciones de menor gravedad, por razones de equidad, o por la concurrencia de un interés general en el caso concreto. Algunos autores han apuntado que, en defecto de norma sectorial, sería de aplicación el artículo 109.1 LPAC, que regula la revocación de los actos de gravamen o desfavorables, entre los que se encuentran lógicamente las sanciones¹¹².

En virtud de dicho precepto, la revocación de las sanciones impuestas por infracciones del RDDEA solo sería posible siempre que no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni resulte contraria al principio de igualdad o al ordenamiento jurídico.

Los límites de la condonación de las sanciones administrativas estarían, como acertadamente apunta CANO CAMPOS¹¹³, en el principio de igualdad y en el de legalidad de la actuación administrativa. En cualquier caso el papel de las entidades locales es de carácter colaborativo y vicarial en este ámbito sancionador pandémico.

6.6 Personal

Los recursos humanos de las entidades locales se han visto afectados, como todos los trabajadores del país y del orbe, por las limitaciones de movimientos y por la generación del teletrabajo allí donde era posible, siendo esta materia,

¹¹². Al respecto *vid.* HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 441-442; SANZ RUBIALES, I., “Revocación de sanciones administrativas por razones de oportunidad”, *RAP*, n.º 148, 1999, pp. 362-363; LOZANO CUTANDA, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Barcelona, 1990, p. 180, y CANO CAMPOS, T., *op. cit.*, pp. 176-177.

¹¹³. CANO CAMPOS, T., *op. cit.*, p. 152.

junto a la normativa de prevención de riesgos laborales, la que ha sido el eje de la normativa local en este sector.

La situación generada por el COVID-19 supuso la ya indicada generalización del teletrabajo, ya desde el RDDEA, pero el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, impone nuevas medidas de limitación de la movilidad de las personas, para un mayor control de la propagación del virus: un **permiso retribuido recuperable**, de carácter obligatorio entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos), para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollan las actividades no esenciales calificadas como tales en el anexo de dicho Real Decreto-ley.

Tras la finalización del estado de alarma, y en virtud del Real Decreto-ley 21/2020, ya indicado, sobre regulación de la “nueva normalidad”, debemos recordar que se establecen normas de obligado cumplimiento sobre centros de trabajo¹¹⁴, que regulan las imprescindibles materias sobre

-
114. El art. 7 de dicho Real Decreto-ley, bajo la rúbrica *Centros de trabajo*, señala:
1. Sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades, deberá:
 - a) Adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, con arreglo a los protocolos que se establezcan en cada caso.
 - b) Poner a disposición de los trabajadores agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad para la limpieza de manos.
 - c) Adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos, así como el uso de los lugares comunes de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre los trabajadores. Cuando ello no sea posible, deberá proporcionarse a los trabajadores equipos de protección adecuados al nivel de riesgo.
 - d) Adoptar medidas para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia.
 - e) Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.
 2. Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19 o que se encuentren en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con COVID-19 no deberán acudir a su centro de trabajo.
 3. Si un trabajador empezara a tener síntomas compatibles con la enfermedad, se contactará de inmediato con el teléfono habilitado para ello por la comunidad autónoma o centro de salud correspondiente, y, en su caso, con los correspondientes servicios de

distancias, higiene, limitación de acudir al trabajo para los sintomáticos, etc. Disposiciones dictadas en base al amparo del artículo 149.1.16.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos, tal y como refleja la disposición final sexta.1 de dicho Real Decreto-ley.

Por otra parte se establece (entendemos que para afectados, pero también para empresas y lógicamente para las entidades locales) una declaración obligatoria¹¹⁵ de esta enfermedad, con la correlativa obligación de facilitar la información¹¹⁶ que el artículo 27 del Real Decreto-ley de “nueva normalidad” engloba en el ámbito de protección de datos, con su régimen específico de carácter sanitario, por lo que las entidades locales deberán ajustarse en este aspecto a la normativa de las autoridades sanitarias y a la regulación en este aspecto de dicha legislación, con las modulaciones del indicado artículo 27 y de acuerdo a lo dispuesto 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 la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; y en los artículos ocho.1 y veintitrés de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En particular, las obligaciones de información a los interesados relativas a los datos obtenidos por los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento

prevención de riesgos laborales. De manera inmediata, el trabajador se colocará una mascarilla y seguirá las recomendaciones que se le indiquen, hasta que su situación médica sea valorada por un profesional sanitario.

115. Art. 22. *Declaración obligatoria de COVID-19:*

El COVID-19, enfermedad producida por la infección por el virus SARS-CoV-2, es una enfermedad de declaración obligatoria urgente, a efectos de lo previsto en el Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica.

116. Art. 23. *Obligación de información:*

1. Se establece la obligación de facilitar a la autoridad de salud pública competente todos los datos necesarios para el seguimiento y la vigilancia epidemiológica del COVID-19 que le sean requeridos por esta, en el formato adecuado y de forma diligente, incluidos, en su caso, los datos necesarios para la identificación personal.

2. La obligación establecida en el apartado anterior es de aplicación al conjunto de las administraciones públicas, así como a cualquier centro, órgano o agencia dependiente de estas y a cualquier otra entidad pública o privada cuya actividad tenga implicaciones en la identificación, diagnóstico, seguimiento o manejo de los casos COVID-19.

En particular, será de aplicación a todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios y servicios sociales, tanto del sector público como del privado, así como a los profesionales sanitarios que trabajan en ellos.

(UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, teniendo en cuenta las excepciones y obligaciones previstas en su apartado 5.

Pero la gran novedad es el teletrabajo, y así, tal y como destaca MUÑOZ PINTO¹¹⁷, en los puestos de trabajo que así lo permitan, parece ser que trabajar de forma telemática va a ser algo más habitual. Desde el mes de marzo hemos sido testigos de un exitoso y masivo piloto de teletrabajo improvisado, sin conciliación, e instaurado a la fuerza por el COVID-19, que ha digitalizado más empresas y administraciones que la normativa o la propia tecnología¹¹⁸.

Es cierto que las administraciones públicas no estaban preparadas para la situación acontecida de forma inminente. Existen carencias técnicas, humanas y organizativas. El obligado funcionamiento electrónico del conjunto de administraciones afecta a cada uno de los niveles de Administración territorial –Estado, comunidades autónomas y Administración local–, siendo esta última (con 8131 municipios) la más flexible de las tres.

Como ya hemos indicado, se ha demostrado que la tecnología estaba preparada desde hace tiempo, y que lo que dificulta en buena parte este tipo de avances son las personas y su resistencia al cambio basada en un modelo tradicional de trabajo; en una cultura que prima la presencialidad frente a los resultados.

La situación producida por la crisis sanitaria ha permitido constatar errores y aciertos en la forma de desarrollar el trabajo en la Administración: se han identificado puntos fuertes –que hay que fortalecer todavía más: el personal– y débiles (que se deberán pulir o suprimir). Queda acreditado que la sociedad, a pesar de la brecha digital, está sobradamente familiarizada con entornos electrónicos. Es el momento de avanzar, de cambiar lo que no iba bien. Mantener para futuro lo que ha funcionado en estos meses de confinamiento obligatorio generalizado.

Destaca en la nueva realidad sobrevenida la necesidad de invertir en recursos tecnológicos, en las competencias de las personas, en su formación respecto a una nueva forma de trabajar. Ahora se trabaja en un nuevo espacio y hacen falta nuevas capacidades que desarrollar: trabajar desde casa exige un nivel de autodisciplina que no conoce el trabajo presencial. Se han puesto en

117. MUÑOZ PINTO, T., “La administración electrónica y la implantación del teletrabajo tras el COVID-19”, primera parte, disponible en <https://www.administracionpublica.com/la-administracion-electronica-y-la-implantacion-del-teletrabajo-tras-el-covid-19-parte-i/>, blog de es.publico, de 3 de julio de 2020.

118. Los datos del Instituto Nacional de Estadística de la EPA de 2019 revelan que el 90,7 % de los ocupados no trabajó ningún día en su domicilio particular. Solamente el 4,8 % de los españoles trabajó en casa más de la mitad de los días, mientras que el 3,5 % lo hizo ocasionalmente.

valor determinados perfiles de empleados públicos que puede que no se hubiesen evidenciado con anterioridad: empleados proactivos, comprometidos, trabajadores, responsables, con habilidades digitales muy importantes y otra serie de habilidades *soft skills*, frente a trabajadores “de la antigua usanza” a quienes los cambios dejan en mal lugar.

El artículo 14 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por real decreto legislativo (en adelante TREBEP), en su apartado j), reconoce el derecho de los empleados públicos a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo que se sitúa en el contexto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

De hecho, el artículo 38 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET), contempla el sistema de teletrabajo como una herramienta directamente relacionada con dicha finalidad¹¹⁹, y a pesar de que se trata de una posibilidad que debería estar abierta al conjunto de los empleados públicos, en la mayoría de experiencias y marcos normativos se vincula como una opción preferente en atención a la conciliación personal y familiar.

La nueva “clave de bóveda” del teletrabajo en la función pública es el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que establece un nuevo artículo 47 bis del TREBEP¹²⁰.

119. Pese a ello y por las razones en él aducidas se aprobó el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

120. 1. *Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.*
 2. *La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio. El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.*
 3. *El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.*

Debemos también tener muy presente que el verdadero teletrabajo es el que de partida cuenta con los medios necesarios y con los recursos tecnológicos para la gestión remota a servidores que contengan la información, documentación y expedientes con los que trabaje de forma presencial, y el nuevo artículo 47.3 bis del TREBEP así lo exige. Igualmente, la ciberseguridad y las condiciones de acceso y seguridad en la conectividad y los datos para que el trabajo sea efectivo (administración digital) deben entenderse, en nuestra opinión, incluidos en este precepto¹²¹.

En el contexto del momento en que nos encontramos, es necesario un impulso del teletrabajo preferente, en relación con la forma y el fondo de lo anterior. Vamos a avanzar en el desarrollo del Real Decreto-ley indicado para adaptarnos a la nueva realidad, las nuevas necesidades que se han identificado, y a desarrollar la posibilidad de conciliar.

7

Conclusiones

Como hemos constatado en el apartado 2 de este trabajo, la LRSAL fue una de las consecuencias de la firma del MoU entre el Reino de España y la Unión Europea para la apertura del crédito para el rescate de las cajas de ahorro. Esta circunstancia nos hace evidente que las imprescindibles ayudas por parte de la Unión hacia el Reino de España en términos de “rescate financiero” vengán acompañadas de nuevas reformas, y si dicha Ley supuso el ahorro de los famosos 7127 millones de euros de ahorro¹²² comprometidos por esta materia en el marco del MoU¹²³, en el previsible marco de la reconstrucción económica y social, la ayuda del BCE, del MEDEM y otras fórmulas de financiación vía transferencia o préstamo, se exigirán nuevas reformas y “racionalizaciones” para el conjunto del gasto público y que sin duda afectarán a nuestras entidades locales.

4. La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.

5. El personal laboral al servicio de las administraciones públicas se regirá, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo.

121. Así el programa “pulse secure” u otros análogos.

122. Sobre esta cifra que se redondea en 8000 millones véase *Ocho mil millones de euros de ahorro: la compleja reforma de la Administración local*, del Circulo Cívico de Opinión, disponible en <https://www.circulocivicodeopinion.es/ocho-mil-millones-de-euros-de-ahorro-la-compleja-reforma-de-la-administracion-local/>

123. Sobre los efectos del Memorandum of Understanding, puede consultarse ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y Reforma de las Cajas de Ahorro*, Thomson-Civitas, 2013, pp. 174-184.

De hecho, el acuerdo de la Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020)¹²⁴ que acordó los fondos, tanto transferencias como préstamos, implica la indicada condicionalidad.

Pero estas actuaciones no deben plantearse vía decreto ley, como ya hemos apuntado en referencia a la modificación del sistema de celebración telemática de los plenos, puesto que las entidades locales son parte del Estado y sus elementos esenciales tienen reserva de ley, al menos en nuestra opinión, debiéndose recordar que si la Constitución se reformó en 15 días de agosto-septiembre de 2011, la LRRL y otras leyes podrían haberse modificado por procedimiento de urgencia y lectura única. De hecho buena parte de los conflictos interadministrativos surgidos en la segunda ola de la pandemia se derivan de la falta de tramitación de las correspondientes leyes para el tema, que al menos desde la finalización del estado de alarma pudieran suplir las lagunas o discrepancias existentes¹²⁵.

Por otro lado, y tal y como apunta VILLAR CRESPO, es necesario también actualizar el modelo de estados excepcionales configurado en 1981. La experiencia de la crisis sanitaria ha permitido ver sus carencias: ni es –constitucionalmente– posible suspender derechos bajo el estado de alarma, ni siempre se dan los presupuestos fácticos necesarios –de orden público– para activar el de excepción, que sí lo permite.

Igualmente es preciso entonces actualizar el derecho de necesidad a la realidad territorial española. A la luz de la crisis del COVID-19 nadie duda ya de la adecuación y utilidad de las potestades extraordinarias indicadas, del mismo modo que nadie discute los peligros que puede conllevar su ejercicio sin un sustrato doctrinal, jurisprudencial y legal fuertemente consolidado, en el que el principio de proporcionalidad sirva de guía y –al tiempo– de mecanismo de control.

En ese sentido es necesario precisar las competencias municipales y los poderes extraordinarios de los alcaldes, no solo en base a los principios de mínima intervención en relación con los derechos de los ciudadanos, sino también sobre la actualización a estas situaciones excepcionales y a un control inmediato.

En cualquier caso, la capacidad de control de la población recae sobre las policías locales en buena medida, pero no se ha articulado norma alguna para

¹²⁴. Puede consultarse el documento en <https://www.consilium.europa.eu/media/45124/210720-euco-final-conclusions-es.pdf>

¹²⁵. Así, un ejemplo es la disconformidad de las comunidades autónomas más pobladas de España con la Resolución de 30 de septiembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, de fecha 30 de septiembre de 2020.

que los ayuntamientos sean competentes para la tramitación e imposición de sanciones, por lo que serán las comunidades autónomas y sus servicios de salud los competentes.

Por último, debemos destacar el papel clave de los ayuntamientos en la asistencia a los ciudadanos, y en especial en materia de servicios sociales, puesto que, como sostiene DOMÍNGUEZ MARTÍN¹²⁶, la asistencia social se va a desplegar en el marco de la LRBRL, generalmente, bajo el artículo 26.1.c) de esta (en los municipios de más de 20 000 habitantes), pero va a cambiar mucho al avanzar la desescalada y después. Parece razonable que, a medida que avance la desescalada, se prevea un aumento de protagonismo de las comunidades autónomas y los ayuntamientos, aunque estos al servicio de las comunidades autónomas, de la política autonómica, no de políticas propias, con pura gestión de la financiación y fines que se les atribuyan: los ayuntamientos son puro instrumento de ejecución de políticas ajenas, desconociendo –añadimos nosotros– el principio de descentralización y mayor cercanía al ciudadano que nuestro ordenamiento establece.

La vida local y su derecho, al igual que el resto de la sociedad y el ordenamiento jurídico, se han visto gravemente afectados por la pandemia y sus consecuencias, pero parafraseando a la célebre canción, himno oficioso del confinamiento, ¡sobrevivirán!

8

Bibliografía

ALMONACID LAMELAS, Víctor, “¿Puede el alcalde asumir excepcionalmente competencias del pleno durante el estado de alarma?”, disponible en <https://nosoloaytos.wordpress.com/2020/03/22/puede-el-alcalde-asumir-excepcionalmente-competencias-del-pleno-durante-el-estado-de-alarma/>

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, marzo-abril 2020 (Monográfico sobre “Coronavirus... y otros problemas”), pp. 6-21.

126. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *op. cit.*

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (dir.), “Coronavirus y Derecho (I): una introducción mínima al Derecho de necesidad”, 18 de marzo de 2020, y “Coronavirus y Derecho (II): los elementos esenciales del Derecho de necesidad”, 21 de marzo de 2020, en el *Foro de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Extremadura* [www.forocsyj.es] [concretamente ver <https://derechoadministrativouex.files.wordpress.com/2020/03/20200318.-coronavirus-y-derecho-i.pdf> y <https://forocsyj.com/2020/03/21/coronavirus-y-derecho-ii-los-elementos-esenciales-del-derecho-de-necesidad/>].
- APARISI APARISI, M.^a Carmen, “Incidencia de la crisis ocasionada por el COVID-19 en el destino del superávit de las entidades locales y en las inversiones financieramente sostenibles”, *Revista de Derecho Local El Derecho*, n.º 84, 23 de abril de 2020.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar y GARCÍA, Miriam, *Vindicación y reforma de las cajas de ahorro*, Thomson-Civitas, 2013.
- ARROYO GIL, Antonio, “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”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, pp. 701-716.
- BLANES, Miguel Ángel, tuit citado por ALMONACID LAMELAS, Víctor, y disponible en <https://twitter.com/nuevadmon/status/1241634728853360640>
- CANO CAMPOS, Tomás, “El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración”, en GIFREU FONT, Judith (dir.), *Litigación administrativa*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 143 a 182.
- CIERCO SEIRA, César, *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, 1.^a ed., Comares, Granada, 2006.
- CIERCO SEIRA, César, “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y salud*, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre 2005.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, “Ensayo de una teoría de la urgencia en el derecho administrativo”, *RAP*, n.º 10, 1953.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis y CARBONELL PORRAS, Eloísa (dirs.), *Reforma estatutaria y régimen local*, Civitas-Thomson Reuters, Ministerio de Ciencia e Innovación, 2011.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, “Reforma de la Administración local. Una oportunidad de modificar la planta local que no puede perderse”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 157, enero-marzo 2013, pp. 11-19.

- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “La protección extraordinaria del Estado”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PREDIERI, Alberto (dirs.), *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 661-689.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, “El principio de autonomía local”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010, pp. 877-900.
- DÍAZ LEMA, José Manuel, “La STC 041/2016: aval del Tribunal Constitucional a las medidas relativas a la planta local y la reordenación de las competencias locales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 181, 2016, pp. 351-376.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, “La acción social municipal en la gestión de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19 y en el proceso de salida de la crisis sanitaria y social”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 53, junio 2020, pp. 75-106.
- DURÁ ALEMAÑ, Carlos, “Cataluña, a consecuencia de la Covid-19, establece medidas urgentes en materia de urbanismo, fianzas y ambiental”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 19 de junio de 2020. <https://www.actualidad-juridicaambiental.com/>
- FARRÉ TOUS, Santiago, “Los Bandos del Alcalde”, *REALA*, n.º 273, 1997, pp. 101-125.
- FEÁS, Enrique, “El virus que paró el mundo”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º 90, marzo-abril 2020.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, “Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos”, *Diario La Ley*, n.º 9641, 2020.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, 2005.
- FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, Fernando, “Reflexiones en el ámbito local con ocasión de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 49, febrero 2019, pp. 176-194, y en concreto pp. 188-189.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, EDESA, Madrid, 1978.
- FONT I LLOVET, Tomàs y GALÁN GALÁN, Alfredo (dirs.), “Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?”, *Anuario del Gobierno Local 2012*, mayo 2013.

- GALÁN GALÁN, Alfredo, “La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número extraordinario 2015.
- GARCÍA RUBIO, Fernando, *El derecho local tras la “racionalización”. Entre la transparencia, la remunicipalización y el ajuste presupuestario*, Tirant lo Blanch, 2020.
- GIMENO FELIU, José María, “La nueva regulación de la contratación en los sectores especiales y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto-ley 3/2020”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 53, junio 2020, pp. 12-74.
- GÓMEZ-ACEBO SANTOS, Ricardo, “El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: leyes delegadas y decretos leyes”, *RAP*, n.º 6, septiembre-diciembre 1951, pp. 99-124.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa, “Competencia y regulación de la provisión de servicios sociales como servicios públicos en escenarios de recesión económica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 159, 2013, pp. 363-384.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Las notificaciones del mes de agosto”, *RAP*, n.º 61, enero-abril 1970, pp. 121-123; incluido como n.º 18 de los 34 artículos seleccionados de la *Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, INAP, 1983 (selección, introducción general y presentación de Alejandro NIETO).
- GRACIA RETORTILLO, Ricard, “La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía local”, en FONT I LLOVET, Tomàs y GALÁN GALÁN, Alfredo (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, IDP-Fundación Democracia y Gobierno Local, diciembre 2016, pp. 225-280.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio (dir.), *Comentarios sobre la legislación local de Andalucía*, AL Fundación (Fundación Asesores Locales), 2012.
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario, “La afección del estado de alarma a los procedimientos urbanísticos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 6, junio 2020, p. 88.
- HUERGO LORA, Alejandro, “Estado de alarma en el país de los decretos leyes”, disponible en <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-en-el-pais-de-los-decretos-leyes>
- HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “La reforma local: primer análisis de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Contexto, elementos estructurales y algunas pautas interpretativas para la aplica-

- ción de un marco normativo complejo”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, n.º 5, 2013, pp. 300 y ss.
- LAGO NÚÑEZ, Guillermo, “De la cercanía a la distancia. Examen del artículo 46.3 de la LRBR”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 6, Sección Rincón Local, junio 2020.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Barcelona, 1990.
- MACIP, Salvador, *Las grandes epidemias modernas. La lucha de la humanidad contra los enemigos invisibles*, Destino, 2020.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, “Efectos sobre los expedientes de contratación en tramitación y los contratos en ejecución de las medidas adoptadas por el Gobierno a raíz de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º II, Sección A Fondo, mayo 2020.
- MCNEILL, William H., *Plagues and Peoples*, Anchor Books, Nueva York, 1967.
- MEDINA ALCOZ, Luis, “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local”, en FONT I LLOVET, Tomàs y GALÁN GALÁN, Alfredo (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, IDP-Fundación Democracia y Gobierno Local, diciembre 2016, pp. 189-224.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004.
- MONTILLA, José Antonio, *Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL*, IDP, 22 de diciembre de 2016, disponible en <http://idpbarcelona.net/las-sentencias-del-tribunal-constitucional-la-lrsal/>
- MONTOYA MARTÍN, Encarnación, “Las fórmulas de gestión de los servicios públicos locales: los entes instrumentales”, *Congreso europeo sobre descentralización territorial y administración local*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pp. 215-258.
- MORELL OCAÑA, Luis, *El régimen local*, Civitas, 1988.
- MUÑOZ PINTO, Tamara, “La administración electrónica y la implantación del teletrabajo tras el COVID-19”, primera parte, disponible en <https://www.administracionpublica.com/la-administracion-electronica-y-la-implantacion-del-teletrabajo-tras-el-covid-19-parte-i/>, blog de es.publico, de 3 de julio de 2020.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “El régimen local en los nuevos estatutos de autonomía”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, 2011, pp. 253-285.

- PAREJA LOZANO, Carles, “Autonomía y potestad normativa de las corporaciones locales”, *RAP*, n.º 138, septiembre-diciembre 1995, pp. 107-142.
- PENSADO SEIJAS, Alberto, “Terrazas: ampliación y COVID-19”, *El Consultor Urbanístico*, 14 de mayo de 2020.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro, “Apología de la forma: COVID-19 y seguridad jurídica”, *Diario La Ley*, n.º 9649, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 9 de junio de 2020.
- PÉREZ GARCÍA, Manuel Luis, “La aplicación diferenciada o asimétrica de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en las distintas comunidades y ciudades autónomas (y en dos municipios: Madrid y Barcelona)”, *Gabilex*, N.º Extraordinario Jornadas de Letrados de las CCAA, 15, 16 y 17 de abril de 2015, disponible en http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20150603/asimetria_de_la_ley_racionalizacion_y_sostenibilidad.pdf
- PORRAS RAMÍREZ, J. M.^a, *El conflicto de defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Civitas, 2001.
- RIVERO Y SERN, José Luis, *Derecho local de Andalucía. Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía*, Iustel, 2012.
- RODRÍGUEZ-SABUGO FERNÁNDEZ, José Ramón, “Sobre la naturaleza de los bandos como disposiciones de carácter general (Las disposiciones de carácter general en la Administración Local)”, *Revista de Estudios de la Vida Local* (actual *REALA*), n.º 207, 1980, pp. 487-505.
- SALAS, Javier, “Los decretos leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia”, *RAP*, n.º 51, septiembre-diciembre 1966, pp. 41-96.
- SANZ RUBIALES, I., “Revocación de sanciones administrativas por razones de oportunidad”, *RAP*, n.º 148, 1999.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Artículo 116”, en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 1554-1611.
- SERRANO GUIRADO, Enrique, “Bandos”, *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo III, Seix, Barcelona, 1951, pp. 276 y ss.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio, “Los decretos leyes en la jurisprudencia constitucional”, *RAP*, n.º 100-102, 1983.
- TIERNO GALVÁN, Enrique, *Bandos del Alcalde*, Tecnos, 6.ª ed., 1986.
- TORRES MURO, Ignacio, “Artículo 116. Los estados excepcionales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, BOE-Ministerio de Justicia-Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 630-636.
- VALLINA VELARDE, Vicente DE LA, “Consideraciones sobre la potestad normativa de los entes locales”, *REVL*, n.º 176, octubre-diciembre 1972.

- VEGA DE DÍAZ RICCI, Ana M. DE LA, *La autonomía municipal y el bloque constitucional local*, Ciudad Argentina–Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Buenos Aires-Madrid, 2006.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, “Restricciones a la libertad de circulación por bando de alcaldía”, en blog del IDL de la UAM, 6 de mayo de 2020, disponible en <https://www.idluam.org/blog/restricciones-a-la-libertad-de-circulacion-por-bando-de-alcaldia/>
- VELASCO CABALLERO, Francisco, “Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final”, *Anuario de Derecho Municipal 2016*, IDL-Universidad Autónoma-Marcial Pons, 2017, pp. 23-46.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, “La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local”, en DOMINGO ZABALLOS, Manuel José (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés estudios*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- VILLAR CRESPO, Guillermo, “Repensando el derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 54, 2020.

El principio de eficacia como vínculo entre el derecho y la economía

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO
Doctor en Derecho.
Funcionario con habilitación nacional.
Profesor ayudante doctor (ANECA)

1. Introducción
2. El Estado social y los principios rectores
3. La eficacia administrativa: características y manifestaciones
4. Análisis y repercusión de la eficacia administrativa en el derecho administrativo
 - 4.1. Parte general
 - 4.2. Sectores regulados
5. Conclusiones
6. Bibliografía

Resumen

En el Estado social y democrático de derecho tienen que respetarse determinados valores para que la actuación pública se legitime democráticamente, y asegure la eficacia en sus resoluciones para la satisfacción de las necesidades de la colectividad. La Constitución presenta manifestaciones en que la eficacia es guía de los poderes públicos por cuanto tienen que lograr que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Además, la eficacia supone atender la realidad de los servicios públicos y los sectores regulados donde confluyen el mercado y lo público, dando lugar a actividades intervenidas, tuteladas, programadas y en muchos casos asumidas por los poderes públicos.

Palabras clave: *eficacia; principios; Administración pública; economía; servicios públicos.*

Artículo recibido el 03/09/2020; aceptado el 15/10/2020.

The principle of effectiveness as a link between law and economy

Abstract

In the social, democratic and a rule of law state, certain values must be respected in order to democratically legitimize public action and ensure the effectiveness of public decisions. The Spanish Constitution of 1978 refers to effectiveness as a guide of the public powers inasmuch as they have to make freedom and equality real and effective. Furthermore, effectiveness means to manage and regulate public services and economic sectors where the market and the public converge and, therefore, public action entails public intervention in the economy, supervision of markets and planning.

Keywords: efficiency; principles; public administration; economy; public services.

1

Introducción

La Constitución Española (CE) reconoce una serie de principios generales que guían el actuar de la Administración pública dentro del marco del Estado de derecho delimitados en su artículo 9.3 CE tales como el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Unido a esta consideración, en el Título IV CE dedicado al Gobierno y de la Administración, quedan aquellos concretizados por cuanto: “1. La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones” en los términos que al respecto prevé el artículo 103.1 CE.

Al respecto recordó el Tribunal Constitucional como necesidad a asumir y cumplir por los poderes públicos la de tender hacia la necesaria coordina-

ción para evitar conflictos de competencias. Así, en su STC 109/1998, de 21 de mayo, refirió el principio de eficacia como medio de los instrumentos de coordinación. Por esta razón que la norma que “establece y regula las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, los principios del sistema de responsabilidad de las administraciones públicas y de la potestad sancionadora, así como la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de su sector público institucional para el desarrollo de sus actividades”, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹, enumere en su artículo 3 los principios que orientan la actuación objetiva de las administraciones públicas, a saber: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho. Y de manera concreta respetando en su actuación principios que son causa y consecuencia de la eficacia como un servicio efectivo a los ciudadanos: participación, objetividad y transparencia; responsabilidad por la gestión pública; eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados; eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos o cooperación, colaboración y coordinación entre las administraciones públicas.

Apuntar sobre esta norma, la Ley 40/2015, y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo objeto es regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos y el procedimiento administrativo común a todas las administraciones públicas, que “el criterio de distinción invocado en las respectivas exposiciones de motivos (es decir, la inclusión en la Ley 39/2015 de las cuestiones con repercusión *ad extra* o de relación entre la Administración y los ciudadanos, mientras que las de alcance puramente interno quedarían reservadas a la Ley 40/2015), se incumple manifiestamente en algunas ocasiones importantes, como no puede ser de otro modo. Así, la regulación en la Ley 40/2015 (en su Título Preliminar) de la parte material o sustantiva de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se aparta con claridad del referido criterio de división, al tratarse de instituciones que sin ninguna duda afectan a los ciudadanos (en un caso como posibles infractores,

1. HUERGO LORA, A. (2016), “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 63, octubre. A esta relación entre la gravedad de los efectos de las distintas formas de actuación administrativa y el rigor del procedimiento exigido para su producción se refería ya SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1991), *Fundamentos de derecho administrativo*, Ceura, Madrid, p. 216: “Una Administración no dotada de excesivas potestades y privilegios puede permitirse el lujo de actuar ágil y expeditivamente, sin sujeción a formalidades rigurosas; en la situación actual, la Administración española es una máquina poderosa, armada hasta los dientes de todo tipo de poderes, pero extraordinariamente lenta y torpe”.

en el otro como titulares del derecho a ser resarcidos de los daños y perjuicios sufridos) y en las que los posibles aspectos organizativos resultan escasamente relevantes”. En todo caso es necesario tener presente que “una Administración no dotada de excesivas potestades y privilegios puede permitirse el lujo de actuar ágil y expeditivamente, sin sujeción a formalidades rigurosas”. Así que el principio de eficacia en la actuación pública supone que, “por mucho que lo intentemos, la Administración no puede equipararse sin más a las organizaciones privadas, lo que la privaría de las características que han propiciado su existencia. El Poder Ejecutivo, en el que la Administración se integra, está, como el Judicial, sometido plenamente a la ley y al derecho, como sanciona sin ambages la Constitución (art. 103.1). Es por tanto un sinsentido, solo propio de la inmadurez de ciertas disciplinas sociales, el descalificar el modelo normativo, que no es otro que el derivado de los imperativos del Estado de derecho, a extramuros del cual solo existe el autoritarismo político o tecnocrático, que suelen coincidir, por cierto, o el caos”².

Partamos así de una referencia capital en el análisis del principio de la eficacia en el seno del derecho público para una perspectiva económica. “Siuviésemos que delimitar las características diferenciadoras del régimen jurídico-público de las del régimen jurídico-privado, deberíamos cifrarlas en que, en el primero, prima el sometimiento de la autonomía de la voluntad al principio de vinculación positiva a la legalidad y, paralelamente, dichas emanaciones de voluntad gozan del privilegio de la autotutela declarativa y ejecutiva. Por contra, en el régimen jurídico-privado rige el principio de libertad de configuración de la autonomía de la voluntad y el sometimiento jurisdiccional respecto de la declaración de derechos y de la ejecución de los mismos. La razón que ha presidido la aparición de las mencionadas características en el régimen jurídico-público es la propia razón de ser del derecho administrativo, esto es, el constituir un equilibrio entre las prerrogativas del poder público en beneficio de la consecución del interés público y los controles de dichas prerrogativas en beneficio de las garantías de libertad de los ciudadanos”³. Prerrogativas que las regulaciones democráticas avanzadas van perfilando para ser el ciudadano el centro de las políticas públicas, de sus decisiones en conexión con el derecho a una buena administración, así que “el lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad o del privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa por derecho propio la persona, el ser humano, que

2. MARTÍN MATEO, R. (1994), “El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total”, *Revista de Administración Pública*, n.º 134, mayo-agosto, p. 20.

3. ORTEGA ÁLVAREZ, R. (1994), “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, enero-abril, p. 7.

asume un papel central en todas las ciencias sociales, también obviamente en el derecho administrativo. En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del derecho administrativo y la Administración pública proporciona el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración”⁴.

Dimensión económico-pública que supone que la disciplina jurídica del mercado, el derecho del tráfico económico, va abandonando los caracteres privatistas que lo singularizaron en la forma de Estado liberal. El varias veces centenario derecho mercantil va transmutándose en un nuevo derecho económico que aspira a dar razón sistemática de todas las normas que proyectan su sombra sobre el mercado, reservando lugar privilegiado a las que consagran sus principios ordenadores. Estamos “ante el ‘derecho de una sociedad en transformación’, ante ‘nuevos hechos que reclaman nuevo derecho’... Aun así, no conviene olvidar datos tan capitales como la desburocratización de la Administración pública con la huida hacia formas empresariales de gestión de las prestaciones públicas, el control cada vez mayor sobre los protagonistas de la actividad económica –y sobre todo sobre el empresario–, el surgimiento de un nuevo actor en el escenario –el consumidor–, ni el fin de la persecución del mayor beneficio como único objetivo de la actividad económica, papel que en el derecho contemporáneo debe compartir con la protección del patrimonio histórico y artístico y del medio ambiente”⁵. Resulta hoy que la innovación a la que está obligada la nueva Administración le obliga al abandono de la burocratización⁶ contraria a la eficacia. Para este fin la normativa busca soluciones, como ofrece la Ley 39/2015, pues el objetivo de desburocratización es uno de los grandes medios de innovación pública para que exista un compromiso con un servicio público eficaz. De ahí que se alumbren nuevos modelos de gerencia pública, en donde se encuentran indicadores de gestión, resultando ser “la clave para proporcionar información sobre el cumplimiento de los objetivos propuestos, de manera que el control de resultados añadiera valor a una función antes centrada en el control de legalidad, evaluando la actividad desarrollada y proponiendo las medidas oportunas para mejorar la

4. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2012), “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración pública”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUC)*, n.º 16, p. 248.

5. SILVA OCHOA, J. C. DA (1994), “Economía de mercado y concentración de empresas en la Comunidad Europea”, *Revista de Administración Pública*, n.º 134, mayo-agosto, pp. 492-493.

6. CEREZO PECO, F. (2016), “La innovación pública sorprende a la sociedad. Oportunidades inmediatas desde la Ley 39/2015 para una desburocratización radical”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 8 (Ejemplar dedicado a: La transformación digital: retos del procedimiento), pp. 876-896.

eficacia y eficiencia”⁷. Siendo destacado por SAINZ MORENO cómo el principio de libertad de competencia se traduce en términos jurídicos en manifestación del orden público económico, con las importantes consecuencias que de ello se derivan: límite para la aplicación en España de normas extranjeras, límite de la libertad contractual, límite para la renuncia de derechos, límite para el ejercicio de los derechos, tipo que califica determinadas conductas, etc.⁸ No obstante, no debemos perder de vista la postura de la STS de 18 de julio de 2016, siguiendo la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea –por todas: STJUE de 22 de octubre de 2015 (C-194/14 P, AC-Treuhand AG)–, al afirmar que “lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado” (FJ 4.º)⁹.

La objetividad en la búsqueda de la realización por la Administración pública de los intereses generales implica que al principio de eficacia se le otorgue una especial fuerza en nuestros días, pues viene a informar toda la actividad pública, siendo su trascendencia ofrecer que “no basta ahora ya al Estado –ha señalado con toda razón PAREJO ALFONSO– la legitimación que le presta el origen democrático del poder, ni la derivada de la efectividad (en términos tradicionales) de su mando sobre los ciudadanos: le es preciso justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, necesita la legitimación que proviene de la eficacia en la resolución de los problemas sociales”. Ahora bien, esta eficacia en la resolución de problemas solo tiene sentido si se traduce en una gestión objetiva de los intereses generales. Este postulado es absolutamente capital. Ninguna eficacia, ninguna privatización puede entenderse si con ella no se persigue ese servicio objetivo de los intereses generales. Generalidad de intereses de cuya importancia se ocupara ALEJANDRO NIETO. “Por otra parte, y siguiendo con los argumentos constitucionales, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de

7. RESTREPO MEDINA, M. A. (2009), “Burocracia, gerencia pública y gobernanza”, *Revista Diálogos de Saberes*, n.º 30, enero-junio, p. 10, y GONZÁLEZ TORROBA, P. (2009), “Derecho de la competencia y servicio público local”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 20, junio, p. 162.

8. SAINZ MORENO, F. (1980), “El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico”, *REDA*, n.º 24, p. 134; SAINZ MORENO, F. (1977), “Orden público económico y restricciones de la competencia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 84, pp. 597 a 643, y SILVA OCHOA, J. C. DA (1994), “Economía de mercado y concentración de empresas ...”, *ob. cit.*, p. 495.

9. SOLDEVILA FRAGOSO, S. (2017), “Responsabilidad de la Administración pública por favorecer la distorsión de la libre competencia”, *Revista de Jurisprudencia*, enero.

mercado que reconoce el artículo 38 justificaría asimismo, e incluso impondría, la privatización de ciertas funciones que en la actualidad permanecen en el ámbito de la Administración, así como la privatización de las empresas públicas. No obstante, el modelo económico de la Constitución no exige necesariamente optar por la solución privatizadora (incluso en base al mismo podría defenderse sin grandes problemas un modelo sustancialmente diverso, amparado esta vez en el art. 128)”¹⁰. Así se ha encargado de manera constante de reflejarlo la jurisprudencia (SSTS de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989), caso de los contratos públicos definidos por ser negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general, y así que quede sujeta la Administración tanto al principio de legalidad como al servicio objetivo de los intereses generales.

2

El Estado social y los principios rectores

Se delimitó adecuadamente en la postura ofrecida por el Tribunal Constitucional, al configurar nuestro Estado como social de derecho, el logro de la culminación de un proceso de madurez de nuestro país que dio lugar a “una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad, que difumina la dicotomía derecho público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica” (SSTC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 3, y 49/1988, de 22 de marzo, FJ 4).

Configuración para la que es decisiva la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución, desde hace años y resultando hoy vigentes. Carácter que fijó el Tribunal Constitucional, remarcando en su STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 4), que “hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender,

10. PIÑAR MAÑAS, J. L. (1994), “Privatización de empresas y derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, enero-abril, pp. 27-28, y NIETO, A. (1991), “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.) y GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (hom.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3 (La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones públicas), Civitas, Madrid, pp. 2185 y ss.

aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género (STC 155/1987), ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando esta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida”.

Postura que se mantuvo en diversos pronunciamientos y sobre distintas materias, como en la STC 101/2004, de 2 de junio, al abordar la extensión y naturaleza del principio de libertad religiosa; la STC 140/2014, de 11 de septiembre, al analizar el principio de igualdad, o la STC 118/2019, de 16 de octubre, en cuyo voto particular se reconoció que “es cierto que este Tribunal tiene declarado que el derecho a la salud recogido en el artículo 43 CE es un mandato que ha quedado constitucionalmente enunciado como principio rector y no como derecho fundamental, y, por tanto, es el legislador quien ha de determinar las técnicas apropiadas para llevar a cabo su plasmación (STC 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 5). Ahora bien, la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE. Por el contrario, el ‘reconocimiento, respeto y protección’ de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, informarán ‘la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos’, según ordena el artículo 53.3 CE. Esta declaración constitucional impide considerar a tales principios como normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales, como de las leyes (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6). O, en otros términos, ‘al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 CE’ (SSTC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11, y 233/2015, de 5 de noviembre)”.

Este Estado social provocó que, a la hora de la realización de sus fines y objetivos, “la bonanza de la coyuntura económica y la consecuente disposición por el Estado de suficientes recursos para atender a la continua expansión de sus responsabilidades y cometidos veló su importancia [de la eficacia] e impidió que se le prestara una atención prioritaria o, siquiera, destacada”¹¹. Así pues, y

11. PAREJO ALFONSO, L. (1989), “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa (DA)*, n.º 218-219, p. 16, y COR-

según lo ya avanzado, “si la Constitución proclama expresamente en su art. 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas administraciones públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente (STC 178/1989, de 2 noviembre 1989, FJ 3)”¹².

No olvidar su manifestación en la potestad expropiatoria¹³, entendida como “un instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad atendiendo a imperativos crecientes de justicia social. En coherencia, el derecho de propiedad privada pasa a garantizar tan solo a su titular frente al interés general el contenido económico de su propiedad, de modo que se posibilita de forma simultánea la extensión de la expropiación forzosa a un objeto más amplio: toda clase de derechos e intereses patrimoniales y toda categoría de fines públicos y sociales. Requejo Pagés ha recordado en este sentido el doble alcance que nuestro Tribunal Constitucional ha atribuido a la expropiación forzosa en tanto que técnica destinada, por un lado, a la consecución de los intereses públicos y, por otro, a garantizar los intereses económicos privados. En este orden de cosas y tratando de perfilar el sentido actual de la expropiación forzosa, es necesario recalcar su carácter de privación singular de la propiedad privada o de derechos o de intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. Esta definición distingue claramente otras figuras afines como son las medidas legales de delimitación de derechos o la regulación general del contenido de un derecho”¹⁴. Una idea que provoca una evolución y un desarrollo “del concepto de propiedad privada (aparta-

TÁZAR NEIRA, I. (2015), “Análisis del principio de eficacia administrativa: Especial consideración de la sanidad”, *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha (GABILEX)*, n.º 4, diciembre, p. 4.

12. DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2012), “Eficacia administrativa”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 2, marzo-agosto, p. 146.

13. ESCUÍN PALOP, V. (2004), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2005), “Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un sistema de determinación del justiprecio”, *Revista de Administración Pública*, n.º 166, enero-abril.

14. SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. (2013), “Expropiación forzosa, previsiones constitucionales y comunidades autónomas”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 27, pp. 99-100, y REQUEJO PAGÉS, J. L. (2009), “La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Lisboa, octubre.

dos 1 y 2 del art. 33 CE)¹⁵ ha arrastrado una transformación del concepto de expropiación (apartado 3); y la notable ampliación de las situaciones jurídico-patrimoniales que hoy cabe situar bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental ha corrido en paralelo con el abandono de una idea de expropiación que fundamentalmente se centraba en el procedimiento de traslado a la propiedad del Estado de los inmuebles necesarios para la realización de obras públicas: ‘la transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada’ ha implicado ‘una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa’ que experimenta ‘un proceso de extensión (...) a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales’ (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13; y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 4)’; eso sí, “propiedad no significa en el art. 33.1 CE derecho real que atribuye ‘el señorío abstracto y unitario sobre la cosa’ (como en el art. 348 CC). Propiedad no significa en la Constitución ni siquiera (solo) derecho real; ni siquiera (solo) derecho oponible en el tráfico jurídico privado. En el art. 33.1 CE son propiedad protegida, en principio, las *situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial*. En definitiva ‘la eficacia y protección del derecho individual –nazca de una relación pública o de una privada– dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo’ [STC 99/1987, de 11 de junio (caso: reforma del régimen de la función pública), FJ 6 b)]”¹⁶. En fin, desde pronunciamientos como las SSTC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5, y 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, la “evolución de la configuración constitucional de la propiedad se cierra en el artículo 33 CE, al menos semánticamente con un compromiso de que al lado del reconocimiento explícito de la propiedad privada y del carácter garantista de la expropiación, se afirma la función social de la propiedad y se rebaja, como se dijo, el carácter del derecho de la propiedad que pasa a ser un derecho constitucionalmente menor, incluido entre los derechos económicos y sociales, y por ello, regulable por ley ordinaria y carente de la protección del amparo constitucional”¹⁷.

15. TORRES DEL MORAL, A. (1992), *Principios de Derecho Constitucional Español*, 3.^a edición, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense, Madrid, pp. 557 a 560.

16. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a (2008), “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, n.º 177, septiembre-diciembre, pp. 160 y 168.

17. PARADA VÁZQUEZ, R. (1991), “El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.) y GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (hom.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2 (De los derechos y deberes fundamentales), Civitas, Madrid, pp. 1271 y 1276.

3

La eficacia administrativa: características y manifestaciones

Nuestro Estado social y democrático de derecho ofrece en el texto constitucional una serie de manifestaciones en que la eficacia es referente de la actuación de los poderes públicos. Respetando la llamada cláusula de transformación, los poderes públicos harán que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que estos se integran sean reales y efectivas (art. 9.2 CE); sobre el específico contenido del derecho a la tutela judicial, que es derecho fundamental, que deberá ser efectiva (art. 24.1); que las bases de la programación y ejecución del gasto público se fijan con criterios de eficiencia y economía (art. 31.2 CE); la juventud tendrá asegurada una participación eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48 CE); en materia de consumo, la Administración fijará procedimientos eficaces, para su seguridad, la salud y los intereses económicos (art. 51 CE); que se deben promover de manera eficaz las formas de participación en la empresa (art. 129.1 CE); que debe haber una garantía de realización efectiva del principio de solidaridad que fija el artículo 2 (art. 138.1 CE); y el ya citado artículo 103.1 CE, para el que la eficacia es uno de los principios de la actuación administrativa.

Manifestaciones que explican el acierto con que la doctrina ha considerado que “no basta ahora ya al Estado la legitimación que le presta el origen democrático del poder, ni la derivada de la efectividad (en términos tradicionales) de su mando sobre los ciudadanos: le es preciso justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, necesita la legitimación que proviene de la eficacia en la resolución de los problemas sociales”¹⁸.

Principios y derechos que se delimitaron por el supremo intérprete de la Constitución en una de sus primeras resoluciones (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5), pues los derechos fundamentales no son solo derechos individuales, sino que también se configuran como “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”. La consecuencia que se deriva de esta dimensión institucional “radica en que –en la medida en que los derechos fundamentales son principios rectores del ordenamiento– los poderes públicos tienen la misión de contribuir a la realización de estos principios; ello significa, por tanto, que los poderes públicos tienen un interés objetivo en que

18. PAREJO ALFONSO, L. (1989), “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa (DA)*, n.º 218-219, p. 16.

los derechos fundamentales sean ejercidos por los ciudadanos”¹⁹. Argumento por el que la STS de 14 de febrero de 1990 reconociera, al examinar la extensión del artículo 128.2 CE, que en nuestro sistema constitucional coexisten “dos sectores, el privado y el público, que constituye lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta, apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiaridad”.

Una vez que nuestro Estado de derecho se consolida como democrático y la Constitución propugna un Estado social, se hacen necesarios el cambio y la evolución de los poderes públicos hacia la modernidad, que, al proyectarse sobre la Administración, da lugar al “gran reto de la actualidad, el reto de la administración electrónica, de la administración moderna, ágil, eficaz, desde el punto de vista de la Administración central y desde el punto de vista de la administración descentralizada. Es el reto de una administración más eficaz y más moderna”²⁰; reto, en un obligatorio marco de cumplimiento de la legalidad²¹, en el que el derecho administrativo tiende a ser un derecho administrativo global, como derecho de las relaciones administrativas internacionales, con funciones de “proteger los derechos de los individuos frente a la Administración y poner a disposición de esta los procedimientos e instrumentos jurídicos que le permitan un cumplimiento eficaz de sus funciones”²². Una globalización que afecta inmediatamente al actuar administrativo y que provoca la presencia tanto de la Administración como del mercado en las relaciones sociales actuales.

Es en estas donde deben presentarse el respeto a la legalidad y la eficacia como medios de satisfacer los intereses generales. Globalización que ha cambiado tanto a la sociedad en sí como al relacionarse con la Administración pública, de suerte que “la sociedad contemporánea se nos presenta hoy como una sociedad dominada por el mercado, que se desenvuelve más allá de las fronteras territoriales y cuyo funcionamiento no está presidido precisamente por la idea del interés general. La sociedad civil ha abandonado su supuesta

19. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (2000), “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 32, p. 131, y DOMINGO PÉREZ, T. DE (2003), “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: En torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 122, octubre-diciembre, p. 153.

20. MARTÍN REBOLLO, L. (2019), “Los retos actuales y la eficacia de la Administración pública”, <https://www.constitucion40.com/luis-martin-rebollo-los-retos-actuales-y-la-eficacia-de-la-administracion-publica/>, 31 de marzo.

21. RUBIO LLORENTE, F. (1993), “El principio de legalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, septiembre-diciembre.

22. SCHMIDT-ASSMANN, E. (2006), “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 171, septiembre-diciembre, p. 19.

posición pasiva, destinataria de la actividad prestacional del Estado, para asumir un papel decisivo en la actividad económica”²³.

Así que la intervención del Estado en la actividad económica hoy es calificada como “el nuevo y gran reto al derecho administrativo de nuestros días, que en cuanto ciencia no ha escapado al proceso universal de crisis en que se han visto envueltas todas las ramas jurídicas, en mayor o menor medida. El gran tema de las empresas públicas, de la actividad industrial del Estado, precipitó la rotura de las ecuaciones clásicas fines-medios-régimen jurídico y el derrumbamiento del monolítico edificio de la doctrina del servicio público”²⁴. Eso sí, es capital, en el análisis de la eficacia, “reconocer, desde luego, que la mecánica operativa que el sistema jurídico-administrativo español ofrece es notablemente retardataria; casi habitualmente, carece de la flexibilidad precisa; en modo alguno garantiza la eficacia de una gestión. Se trata de algo que no se cuestiona. Ocurre, sin embargo, que ante la no adaptación de ese sistema a las necesidades efectivas que la Administración debe cumplir en nuestros días, en vez de incidir, e incidir de verdad, en esos procedimientos dando cabida a las modificaciones obligadas que los hagan eficaces, lo jurídico-público se relega al cuarto de los trastos viejos y, en aras de esa exigible eficacia, con un evidente simplismo, se acude, sin más, a fórmulas jurídico-privadas”²⁵.

En relación con el reparto de funciones entre Estado y comunidades autónomas en el ámbito de la seguridad industrial, nuestro Tribunal Constitucional determinó, en la STC 179/1998, de 19 de septiembre, FJ 3, lo resuelto anteriormente en sus SSTC 243/1994 y 203/1992, para remarcar estas conclusiones: “primera, que el Estado tiene atribuida la potestad normativa –podrá dictar normas ‘por razones de seguridad industrial’–, que sin embargo no excluye la posibilidad de que la comunidad autónoma que posea la competencia exclusiva en materia de industria, ‘sin perjuicio de lo que determinen (esas) normas del Estado, pueda dictar también disposiciones complementarias de las del Estado, siempre que no violen los mandatos o impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal (...). Se trata, pues, de una concurrencia de potestades normativas, estatal y autonómica, que puede ordenar el legislador estatal con los criterios y puntos de conexión que sea menester fijar y que resulten constitucional y estatutariamente correctos. Por su parte, la ejecución de esta normativa estatal y de la complementaria que pueda dictar

23. MARCHECO ACUÑA, B. (2018), “Los desafíos de la ciencia del derecho administrativo ante la globalización”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 49, octubre.

24. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1972), “La teoría de la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, n.º 68, p. 59.

25. MARTÍN-RETORTILLO, S. (1996), “Reflexiones sobre la ‘huida’ del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 140, mayo-agosto, pp. 37-38.

la comunidad autónoma corresponde en exclusiva a [esta], ya que (...) únicamente [se] excluyen de la competencia autonómica las *normas* que pueda dictar el Estado, sin referencia alguna a ninguna actividad estricta de ejecución. (...) De manera que el Estado carece de facultades ejecutivas en materia de industria y, en concreto, de seguridad industrial en todo el territorio nacional' (STC 243/1994, fundamento jurídico 3.º)".

Esa actividad industrial del Estado que afecta al mercado es debida a lo que desde hace años advirtió la doctrina como la injerencia en la vida económica que "como sistema está reemplazando a los actos de intromisión aislados, esporádicos u ocasionales a que se reducía clásicamente la actividad de la Administración a este respecto, dejando esta de ser una mera regulación límite para adoptar francamente un sentido constitutivo y creador". Y "junto a la concepción liberal del Estado como productor de seguridad se está destacando la idea adjunta del Estado como productor de bienes económicos"²⁶. Una intervención diferenciada de la planificación, por cuanto "la diferencia básica hay que cifrarla en que el intervencionismo es una acción política que suspende parcialmente el principio de libre concurrencia, pero lo deja subsistente, mientras que la planificación apunta a la sustitución de este principio económico por una dirección política estatal"²⁷.

Es trascendental el nuevo campo de actuación de los poderes públicos, que desde la cláusula de transformación²⁸ deben promover las condiciones que hagan que la libertad y la igualdad de las personas y los grupos en que se integran sean reales y efectivas, por constituir un mandato o directriz que ha de informar la actuación de estos poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias (STC 7/2010, de 27 de abril). Precisamente hoy se promueve, para la realidad del principio de eficacia administrativa, el uso por las administraciones, en sus relaciones con el ciudadano, de las nuevas tecnologías, como nueva forma de gestión pública²⁹, basada en el establecimiento de relaciones directas a través de las tecnologías de la información y la comunicación, para postular un sistema social abierto hacia la consolidación y garantía de los derechos reconocidos y en favor de la aplicación efectiva

26. VILLAR PALASÍ, J. L. (1950), "La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 3, p. 54.

27. SÁNCHEZ AGESTA, L. (1950), "Planificación económica y régimen político", *Revista de Administración Pública*, n.º 3, p. 31.

28. LINDE PANIAGUA, E. (2007), "Presupuestos constitucionales de la intervención de la Administración en la sociedad", en LINDE PANIAGUA, E. (coord.), *Parte Especial del Derecho Administrativo*, COLEX, Madrid, pp. 59-73.

29. VALLESPÍN OÑA, F. (2003), "Un nuevo espacio público: la democracia mediática", en ARTETA AISA, A., GARCÍA GUTIÁN, E. y MÁIZ SUÁREZ, R. (coords.), *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza, Madrid, p. 475.

de una administración electrónica, que otorgue al administrado un papel de actor directo en la sociedad mediante las distintas opciones que le brindan los medios tecnológicos, fundamentalmente por ser sujeto activo y pasivo del actuar administrativo³⁰.

Así, “aunque la efectividad está estrechamente vinculada al cumplimiento de determinados objetivos, tiene un sentido distinto en diferentes ámbitos jurídicos y científicos en general, contando además con una significación particular en el marco de la organización interna de la Administración. Se construye así, el de efectividad, como principio encaminado a conseguir la sostenibilidad de la Administración, no desde una perspectiva económica, sino social. A partir del principio, cuya proyección en el seno de una organización poliédrica y compleja como lo es la Administración no está exenta de dificultades, se persigue que la actividad administrativa no genere desafección en la ciudadanía”³¹. Una eficacia conectada a la garantía de la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, con lo que la ciudadanía se encuentra ante la obligación y el derecho de exigir la eliminación de cualquier forma de manipulación y malversación de la confianza depositada en sus representantes³². Interdicción de la arbitrariedad vinculada a la seguridad jurídica que obliga a una suerte de necesaria motivación de las decisiones administrativas, y la consiguiente “proscripción de las decisiones carentes de una justificación racional y razonable jurídica”³³ (STC 215/1991, de 14 de noviembre, y SSTs de 16 de diciembre de 2014 y 31 de enero de 2019).

Recordemos pronunciamientos constitucionales que completan esta realidad del principio de eficacia. En materia de “organización de la función pública”, el FJ 5 de la STC 269/1994, de 3 de octubre, determinó que no era contraria al principio de eficacia administrativa la reserva de plazas en el acceso para personas con “discapacidad física, psíquica o sensorial”, al no restringirse con ello los derechos de las personas que opositan por turno libre y quedar, las personas adheridas al mecanismo de la reserva, obligadas a demostrar su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su capacidad para desarrollar las funciones inherentes a las mismas. Por su parte, el FJ 5 de la STC 265/2000, de 13 de noviembre (y en términos muy similares la STC 257/2007, de 17 de

30. SUBIRATS, J. *et al.* (2008), *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona, pp. 51-69.

31. RASTROLLO SUÁREZ, J. J. (2017), “La evolución del principio de eficacia y su aplicación en el ámbito de la función pública: la evaluación del desempeño”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 45, mayo.

32. GARCÍA MEXÍA, P. (2001), “La ética pública: Perspectivas actuales”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 114, p. 150.

33. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015), “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública*, n.º 196, enero-abril, p. 221.

diciembre), amparándose en diversas resoluciones previas del Alto Tribunal –y en conexión con el concepto de relación estatutaria sobre el que luego volveremos–, reconoce la posibilidad de limitar determinados derechos laborales al funcionario con el objeto de garantizar la eficacia administrativa, siempre que exista proporcionalidad (siendo los sacrificios adecuados, indispensables y ponderados). Por su parte, el único voto particular de la STC 336/2005, de 20 de diciembre, identificó como una clara manifestación del principio de eficacia administrativa el acto administrativo que declara una “comisión de servicios”.

Una eficiencia y eficacia en la organización, alentando su eficacia con medidas para satisfacer los intereses generales como “volver a cuerpos de funcionarios, localizados en cada servicio o administración, que se responsabilicen de por vida de su funcionamiento regular, cuerpos reducidos y jerarquizados y con un alto nivel de motivación no inferior al de los cuerpos militares, que mantengan la memoria institucional en los cambios políticos y que aseguren el perfeccionamiento doctrinal de los servicios que tienen a su cargo, es una base de partida ineludible para sentar una Administración eficaz y honesta”³⁴ y que hoy se observa en la normativa reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), por cuanto son, entre otros, fundamentos de su actuación, la eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos (artículo 1.3.f/); la evaluación a realizar por las administraciones públicas, que establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados (artículo 20.1); “la planificación de los recursos humanos en las administraciones públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad” (artículo 69.1). Esa evaluación, en fin, del desempeño deberá estar dotada de sistemas en los que “las administraciones públicas deberán tener en cuenta los siguientes principios o criterios: transparencia, objetividad, imparcialidad, igualdad y sin menoscabar los derechos de los empleados. Poco más dice el Estatuto Básico sobre el procedimiento de evaluación en sí, preocupándose mucho más –para dotar de credibilidad al mismo– de sus efectos”³⁵.

Previsiones normativas que suponen que “la evaluación económica del impacto normativo podría contribuir a hacer mucho más creíble y responsable

34. PARADA VÁZQUEZ, R. (1999), “La degeneración del modelo de función pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º 150, septiembre-diciembre, p. 451.

35. FUENTETAJA PASTOR, J. Á. (2007), “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Administración Pública*, n.º 174, p. 496.

la acción de los poderes públicos. Obliga a las fuerzas políticas y a los poderes públicos a revelar sus objetivos finales, en lugar de esconderse tras una falsa y retórica representación de sus promesas. Un marco institucionalizado, riguroso y sistemático de evaluación legislativa puede contribuir de forma considerable a justificar un marco coherente de objetivos políticos y de medios para conseguirlos, y de medir el grado de cumplimiento de los programas políticos”³⁶. Es así que, a juicio de ORTEGA ÁLVAREZ, “el proceso de interpenetración entre Estado y sociedad que se produce con la extensión y profundización de la democracia política, tiene como resultado el que lo público no se defina por el agente que lo realiza, sino por el conjunto de objetivos socioeconómicos respecto de los cuales el Estado pretende obtener unos resultados determinados, es decir, objetivos cuyos resultados no se dejan indiferentemente a la mera iniciativa privada y al juego de las reglas del mercado. Ahora bien, la paradoja consiste en que nada impide que el Estado considere que el juego de las reglas del mercado son el mejor instrumento para la consecución de sus objetivos programáticos en relación a determinados tramos o sectores de actividad ni que, como es algo ya habitual, someta sus propias organizaciones a las reglas del derecho privado”³⁷.

Normas que enmarcan nuestra pacífica convivencia a partir del texto constitucional, cuya importancia lo es tanto de forma como de fondo, precisamente para la seguridad jurídica de nuestro sistema democrático. Forma que procede de un determinado proceso, y por eso “no se trata en estos casos de un procedimiento administrativo cualquiera, como es obvio, sino de procedimientos de mayor responsabilidad, basados en una intensa participación, entre otras razones porque tampoco la Administración lo sabe todo... El hecho de que la ley material no pueda dirigir a la Administración en la forma en que idealmente lo venía haciendo no significa que le sea lícito abdicar de la función democrática y de dirección de la Administración que al Parlamento incumbe. La ley –su función respecto de la Administración– ha de ‘reinventarse’ o, por mejor decir, redescubrirse; han de ensayarse nuevos caminos. Y el procedimiento es uno de ellos, cuya configuración en sede parlamentaria deja de ser un tema adjetivo o menor para convertirse en una estrategia reguladora de primer nivel, con efectos trascendentes y multiplicadores”³⁸. De manera que, cuando entre los principios del actuar de los poderes públicos en general y de la eficacia en particular se produzcan conflictos respecto a las distintas formas de aproximarse al fin, según la STC 66/1995 (FJ 5), “para

36. MERCADO PACHECO, P. (2013), “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 47, p. 102.

37. ORTEGA ÁLVAREZ, R. (1994), “El reto dogmático del principio de eficacia”, cit., p. 13.

38. BARNÉS, J. (2019), “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, pp. 88-89.

comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto...; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido propio, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”³⁹.

“Cada uno de los criterios (utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación, esto es, todos juzgan la relación de medio a fin, pero bajo un perfil diferente, el medio ha de ser idóneo para la consecución del objetivo; necesario —el más moderado— respecto de todos los medios útiles y susceptibles de alcanzarlo; y razonable o proporcionada la ecuación costes-beneficios en su resultado. (...) Para el principio de utilidad lo que importa es que el medio elegido no sea desde todo punto de vista y a priori absolutamente incapaz o inidóneo”⁴⁰. En este sentido, la STC 178/1989, de 2 de noviembre (FJ 3), recordó que, “si la Constitución proclama expresamente, en su artículo 1.1, que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas administraciones públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente”.

4

Análisis y repercusión de la eficacia administrativa en el derecho administrativo

4.1

Parte general

Hoy, al intentar en algunos sectores escapar de las exigencias del derecho público, “se abre paso cada vez con más fuerza la idea de privatizar los modos

39. ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009), “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, mayo, pp. 7-8 y 24.

40. BARNÉS, J. (1998), “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, septiembre-diciembre, pp. 25-26.

de actuar de la Administración pública, de ponerla en manos del derecho privado, y más en concreto del derecho mercantil, huyendo del derecho administrativo. De modo que en lugar de ciudadanos se prefiere hablar de ‘clientes’, en lugar de Ministerios de ‘módulos’, en lugar de legalidad de ‘eficacia’⁴¹. Esta realidad económica y jurídica actual debe enmarcarse en la dimensión constitucional.

Reconoce en estos términos el artículo 38 CE que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”, que genera una libertad de empresa a ejercer “dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado” (STC 135/2012, de 19 de junio). Libertad que implica “el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado” (STC 96/2013, de 23 de abril).

Es un precepto que para la STC 111/2017, de 5 de octubre (FJ 4), “asegura a los individuos la libertad de intercambio comercial; esto es, la capacidad de ofrecer servicios o productos en el mercado (STC 71/2008, de 26 de febrero)”. Una libertad de empresa que, según la doctrina constitucional en la STC 83/1984, no reconoce el derecho a acometer cualquier actividad empresarial, pues el ejercicio de la misma puede estar sujeto a normas de muy diverso orden. Las razones que pueden invocar los poderes públicos para justificar su intervención son muy variadas, abarcando la práctica totalidad de las materias sobre las que es posible legislar, y en esto reside precisamente la dificultad que plantea aproximarse al contenido esencial del derecho de la libertad de empresa y que lo distingue de otros derechos fundamentales. La libertad de empresa, al igual que el derecho de propiedad, puede estar limitada *ex ante* por la actividad del legislador y condicionada por una función social⁴².

Tal libertad es compatible con la regulación de condiciones; típicamente las destinadas a proteger a los consumidores, a preservar el medio ambiente, a organizar el urbanismo o a asegurar la “adecuada utilización del territorio por todos” [STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4 e)].

41. PIÑAR MAÑAS, J. L. (1994), “Privatización de empresas y derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, enero-abril, p. 20.

42. LENCE REIJA, C. (2017), “La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 46, octubre.

Ahora bien, el artículo 38 CE impone límites a la configuración legislativa de este tipo de condiciones por parte del Estado, las comunidades autónomas y los entes locales. Las condiciones que se establezcan deben ajustarse a un canon de razonabilidad en el sentido de que respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo, sin que su intensidad llegue al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica. El canon ha de ser más incisivo si los requisitos o las condiciones a la libertad de empresa afectan no ya a su desarrollo o ejercicio, sino al acceso mismo al mercado (SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7; 30/2016, de 18 de febrero, FJ 6; 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4, y 89/2017, de 4 de julio, FJ 14).

Cuando los poderes públicos adoptan una determinada dirección con la aprobación de una concreta política pública, la eficacia en su actuación quedará legitimada de adaptarse a las reglas vigentes. Eficacia que obliga a una particular valoración y evaluación de aquellas decisiones públicas. De ahí que sea “imprescindible asomarnos a los criterios de valoración de los sistemas económicos y muy especialmente al concepto de eficiencia. Una sociedad bien diseñada supone –por ejemplo– el respeto del principio de igualdad. Pero una sociedad no solo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino que también debe asignar correctamente los recursos. Una sociedad que despilfarre recursos que cubren necesidades básicas no es una sociedad justa. La eficiencia –entendida como el mayor beneficio con el mínimo costo– podría ser considerada como uno de los componentes esenciales de una sociedad justa. Aunque evidentemente no es el único ni quizá el más importante. Sin embargo, es un valor que puede estar en relación inversa con otro de los componentes fundamentales de la idea de justicia, como es el principio de igualdad”⁴³.

En este ámbito, el principio de eficacia tiene distintas extensiones. Veamos algunas de ellas. Se le reconoce por la jurisprudencia un “contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, por lo que su concreción queda remitida al legislador en el curso del proceso de desarrollo de la norma fundamental. En este sentido SSTC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 4: ‘Significa ello –el reconocimiento del principio– una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto a aquellas normas, medios o instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia’) y 178/1989, de 2 de noviembre [FJ 3: ‘... el legislador puede tenerlo perfectamente en cuenta –el principio de eficacia– a la hora de diseñar el régimen o sistema de incompati-

43. CALSAMIGLIA, A. (1989), “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, *Documentación Administrativa (DA)*, n.º 218-219, pp. 114-115.

bilidades, extrayendo del mismo todas sus consecuencias'; y luego FJ 5: 'La libertad de conformación del legislador en lo que respecta al régimen de incompatibilidades –en el que está implicado, según el propio Tribunal, el principio de eficacia– de los empleados públicos es, por lo demás, muy amplia, de modo que, siempre que aquel respete los principios que se derivan de la Constitución, puede optar por muy variadas soluciones, que irán, en función de criterios exclusivamente políticos, de un modelo muy estricto a otro más laxo, dependiendo de cuál sea la orientación de la mayoría parlamentaria que sustente la ley en cuestión (*vid.* SSTC 86/1982, 28/1983, 76/1983, 6/1985, 108/1986 y 134/1987)'. c) El principio se traduce en cualquier forma en un deber jurídico a cargo de la Administración pública, de todas y cada una de las administraciones públicas. La STC 178/1989, de 2 de noviembre (FJ 3), afirma rotundamente que dicho principio de eficacia '... es, además, un mandato para la Administración, en la medida en que esta ha de actuar *de acuerdo* con él (art. 103.1 CE)'"⁴⁴.

Pues bien, dedica la Constitución Española su Título VII a la "Economía y Hacienda", que comprende los artículos 128 a 136, resultando que, según el artículo 128 CE: "1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

Destacar que no es una libertad absoluta (STC 108/2014, de 26 de junio) y que se le reconocen limitaciones que derivan de "las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado", estando habilitado reservar un determinado recurso o servicio de forma motivada (STC 206/1990, de 17 de diciembre) y proporcionada (STC 127/1994, de 5 de mayo). Es así que, "al desarrollar estas actuaciones de contenido predominantemente económico, sin embargo, apuntara con claridad la doctrina⁴⁵, y con ello se ha creado un problema teórico de dimensiones prácticas muy importante, el poder legislativo estatal y autonómico viene imponiendo, contra la tradición, la lógica y aun el derecho, la fórmula de la sumisión de estos entes instrumentales al derecho privado", no obstante la salvedad avalada por el Tribunal Constitucional (STC de 11 de mayo de 1983), para evitar esta huida del derecho admi-

44. PAREJO ALFONSO, L. (1989), "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública", *Documentación Administrativa (DA)*, n.º 218-219, p. 24.

45. BERMEJO VERA, J. (2009), *Derecho Administrativo. Parte especial*, 7.ª edición, Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 68 y 71.

nistrativo gracias a la fuerza incuestionable de los “derechos fundamentales” regulados en la Constitución.

Por su parte, en el artículo 130 CE se fija que “1. Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles. 2. Con el mismo fin, se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña”, debiendo considerarse no una simple recomendación, sino norma jurídica que vincula a los poderes públicos. Analizada en clave constitucional, el Tribunal Constitucional manifestó en su STC 64/1982, de 4 de noviembre, que este artículo 130 es un “deber que la Constitución impone a los poderes públicos para atender al desarrollo de todos los sectores productivos”. Se conforma la denominada “Constitución Económica”, que se definió como aquellas “normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica” (SSTC 1/1982, de 28 de enero; 103/1997, de 22 de mayo, FJ 1, y 148/2006, de 11 de mayo, FJ 6).

Sectores que se conectan al sistema del reparto competencial que delimita la propia Constitución⁴⁶ y que conforman e integran la economía general configurada como materia compartida entre Estado y comunidades autónomas (SSTC 196/1988, de 19 de octubre; 96/1990, de 24 de mayo; 139/2005, de 26 de mayo, FJ 7, y 25/2020, de 13 de febrero). Así, las comunidades autónomas pueden asumir competencias sobre materias como la agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación de la economía (148.1.7); en montes y aprovechamientos forestales (148.1.8); pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura (148.1.11), y artesanía (148.1.14). Mientras que el Estado, siguiendo el artículo 149, asume competencias sobre la planificación general de la actividad económica (149.1.13); la pesca marítima, sin perjuicio de las competencias en este sector de las comunidades autónomas (149.1.19), y la legislación básica de montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (149.1.23). Competencias a conectar con previsiones como la solidaridad (artículos 2 y 138.1 CE) o la unidad del orden económico (artículo 139 CE) para aprobar medidas para todo el Estado para lograr fines económicos (STC 1/1982, de 28 de enero), valorando concretos sectores (STC 64/1982, de 4 de noviembre).

En este reparto competencial hay que tener presentes las configuradas como exclusivas para el Estado, que se dibujan como “materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, que tie-

46. MUÑOZ MACHADO, S. (2007), *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo II, Iustel, Madrid.

nen carácter “transversal”, englobando “no solo la ordenación del conjunto de la economía, sino también la ordenación de cada sector o subsector de la actividad económica”. Y por disponer una comunidad autónoma de una competencia en un subsector económico “no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector”, afectando al ejercicio autonómico de aquella “siempre que el fin perseguido –por la medida estatal– responda efectivamente a un objetivo de planificación económica” (SSTC 74/2014, de 8 de mayo, y 11/2015, de 5 de febrero). En todo caso es importante reseñar que, “más allá de la estructura formal de lo básico, incide también en su alcance y contenido, impidiendo a las comunidades autónomas el despliegue de políticas propias. Son dos aspectos imbricados pero distintos. Es evidente que el rango condiciona el contenido; si lo básico se incluye en un reglamento o en un acto administrativo será más detallado y tenderá a agotar la regulación de la materia mientras que si se recoge en una ley parece más lógico que se limite a establecer un mínimo normativo común o incluso tenga un carácter principal. En cualquier caso, nos interesa destacar que, más allá del rango de las normas básicas, se han eliminado los límites a la libertad del legislador estatal también en el alcance o extensión de su regulación en relación al desarrollo normativo autonómico. Ello ha producido la expansión del perímetro de lo básico en las distintas materias hasta impedir, en su envés, el despliegue de la competencia autonómica”⁴⁷.

Se contempla además en el artículo 131 CE que “1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las comunidades autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley”. Saber que la STC 29/1986, de 20 de febrero, analizando modalidades de planificación, afirmó que “... el artículo 131 de la Constitución responde a la previsión de una posible planificación económica de carácter general como indica su propio tenor literal, y de los trabajos y deliberaciones parlamentarias para la elaboración de la Constitución se deduce también que se refiere a una planificación de conjunto de carácter global de la actividad económica. Por ello resulta claro que la observancia de tal precepto no es obligada constitucionalmente en una

47. MONTILLA MARTOS, J. A. (2018), “La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 101, enero-abril, p. 582.

planificación de ámbito más reducido, por importante que pueda ser, como sucede en el caso de la reconversión y reindustrialización”. Siendo su doctrina que “la competencia estatal de coordinación ex artículo 149.1.13, es decir, en el marco de la planificación sectorial, presupone la existencia de competencias autonómicas que no deben ser vaciadas de contenido, pues busca la integración de una diversidad de competencias y administraciones afectadas en un sistema o conjunto unitario y operativo, desprovisto de contradicciones y disfunciones; siendo preciso para ello fijar medidas suficientes y mecanismos de relación que permitan la información recíproca y una acción conjunta, así como, según la naturaleza de la actividad, pensar tanto en técnicas autorizativas o de coordinación a posteriori, como preventivas o homogeneizadoras” (STC 45/1991, de 28 de febrero, y 93/2015, de 14 de mayo).

Consecuentemente, al observar el artículo 139.2 CE, se admitió por el Tribunal Constitucional (STC 111/2017, de 5 de octubre, FJ 4) el límite a la libertad empresarial que no es sino la que “favorece a productos u operadores de un territorio en detrimento de los de otros lugares. Una restricción a la libre circulación de bienes y personas será compatible con el artículo 139.2 CE solo si la autoridad pública que la ha adoptado acredita que no persigue ni produce efectos discriminatorios, por responder a un objetivo constitucionalmente legítimo y ser idónea, necesaria y proporcionada. No contradice necesariamente el artículo 139.2 CE toda medida que en la práctica produzca efectos restrictivos más onerosos sobre las cosas o personas provenientes de fuera; únicamente lo hará ‘cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada’ (STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2, que cita la STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2)”.

4.2

Sectores regulados

Es obligación de la Administración pública satisfacer los intereses generales procurando que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas mediante la gestión de recursos, resultando que “la Administración es una organización económica de primer orden: porque administra los recursos del Estado y porque proyecta su actividad en todas sus formas (regulación, intervención, fomento, servicio público, iniciativa empresarial, planificación, información) sobre el mercado. Esta confluencia entre economía y Administración pública

y, en consecuencia, entre las ciencias económica y jurídica en el campo del derecho administrativo se ha acrecentado en el Estado social, que añade a su legitimidad de origen la búsqueda de una legitimidad de ejercicio a través de su desempeño o *performance*, y en el que la actividad de las administraciones públicas de garantía de las libertades de los ciudadanos cede protagonismo en favor de la prestación de bienes y servicios, así como de la dotación de las necesarias infraestructuras que constituyen el entorno para los bienes y servicios que debe prestar la sociedad, sea de forma mercantil o solidaria⁴⁸. Qué posición ocupe el Estado vinculado será la de ofrecer instituciones públicas que permitan las transacciones en el mercado, a resultas de la cual, “dado que la regulación para la competencia ayuda a crear mercados en los sectores recién liberalizados, estas instituciones esenciales son también aplicables en los sectores estratégicos aquí considerados: la defensa de la propiedad y el cumplimiento de los contratos forma parte esencial de la regulación de sectores estratégicos de abastecimientos, transportes, comunicaciones, etcétera”⁴⁹.

Actividades “hoy calificadas como de interés general y antes llamadas ‘servicios públicos’” que “tienen carácter estratégico, pues mediante ellas se satisfacen necesidades vitales de las personas y sobre ellas se asienta en gran medida la economía productiva (la agricultura, la industria, el comercio, los servicios). Casi desde su nacimiento, fueron actividades intervenidas, tuteladas, programadas y en muchos casos asumidas por los poderes públicos. Reúnen algunas características técnicas y estructurales que conviene recordar: i. Se prestan habitualmente sobre infraestructuras de red, continuas (como las redes eléctricas o gasistas, las autopistas o los ferrocarriles) o discontinuas (como los aeropuertos o los puertos). En ocasiones, como ocurre con las telecomunicaciones, son redes combinadas de telefonía fija o móvil, terrestres o satelitales, por cables o por ondas, que constituyen, no obstante, un sistema unitario. La red es el lugar donde descansa el mercado (sin ella no habría mercado). ii. Normalmente, exigen cuantiosas inversiones, que requieren largos plazos de amortización y una vez hecha la inversión inicial, el coste adicional o ‘marginal’ de suministrar una nueva unidad será bastante pequeño, lo que ofrecerá grandes economías de escala y una tendencia natural al monopolio / oligopolio, protagonizado por grandes empresas. iii. Son, como ya hemos dicho, actividades esenciales para la vida social, tanto para el bienestar individual (que depende del buen funcionamiento de unos servicios) como para

48. VAQUER CABALLERÍA, M. (2011), “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 186, septiembre-diciembre, pp. 95-96.

49. ARIÑO ORTIZ, G. (2006), “Logros y fracasos de la regulación”, *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 52, p. 45.

el desarrollo de la actividad económica (que depende en una parte importante de la eficiencia de aquellos: energía, transporte, comunicaciones). Por estas y otras razones, el Estado las asumió como propias durante mucho tiempo, reservándolas al sector público (artículo 128 de la Constitución)”⁵⁰. “Desde esta perspectiva, el binomio privilegio-garantía, capaz de describir quizás el derecho administrativo decimonónico, se revela excesivamente simplificador cuando se proyecta sobre el derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho, cuya vocación es alcanzar un equilibrio entre los principios constitucionales que integran esta fórmula compleja y que se desarrollan y concretan a lo largo del texto constitucional mediante otras normas más precisas. Así deben entenderse, incluso, los conflictos entre poderes a los que se acaba de hacer referencia, pues a ellos subyace, esencialmente, la tensión entre el principio de eficacia de la acción administrativa y los principios de democracia y de control judicial de la Administración. El derecho administrativo es, en definitiva, un derecho de equilibrios entre principios constitucionales que frecuentemente generan conflictos llamados a ser resueltos en primer lugar por el legislador democrático mediante la elaboración de ponderaciones legislativas”⁵¹. Regulación económica que, en clave de los participantes en el mercado, puede presentar peligros como que “el establecimiento de normativas distorsionan el funcionamiento de los mercados”⁵²; ocurre, como bien afirmara ARIÑO ORTIZ, que “el sector público, tanto el puramente administrativo (de la organización estatal) como el empresarial, se inserta, de derecho el primero y de hecho el segundo, en el sector de actividades que no producen superávit, sino que habitualmente consumen y se financian con los excedentes producidos por el sector mercado”⁵³. El resultado en la actuación pública, enmarcado por la eficacia, será elemento condicionado a los fines constitucionales que se asignan a la Administración, que deberá conseguir con objetividad los objetivos a ella asignados, “sin dejar de estar inevitablemente supeditada en cuanto al desarrollo de su actividad por las decisiones políticas y económicas de quienes la dirigen en cada momento”⁵⁴.

50. ARIÑO ORTIZ, G. (2006), “Logros y fracasos...”, cit., p. 46.

51. ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009), “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, mayo, p. 24.

52. CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, E., POMARES HERNÁNDEZ, I. J. y RAMA MATÍAS, E. (2001), “Análisis económico del derecho: Una revisión selectiva de la literatura reciente”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 1, p. 336.

53. ARIÑO ORTIZ, G. (1979), “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, *Revista de Administración Pública*, n.º 88, enero-abril, pp. 63-64.

54. RASTROLLO SUÁREZ, J. J. (2017), “La evolución del principio de eficacia y su aplicación en el ámbito de la función pública: la evaluación del desempeño”, *Revista General de*

5

Conclusiones

Está reconocida en nuestro Estado de derecho la libertad de empresa con una concreta finalidad, que es “precisamente destacar la libre iniciativa empresarial o económica en el conjunto del sistema económico, con independencia de las formas de su organización y titularidades”, buscando la doctrina una formulación alternativa, encontrando las “claves interpretativas en el conjunto del texto constitucional con especial referencia al art. 131 del mismo y su apelación a una opción planificadora”, optando por que no “puede interpretarse el ‘en su caso’ del art. 38 como dos bloques o mecanismos contrapuestos y no comunicables, de tal suerte de que solo puede apelarse a la planificación cuando se ha canalizado a través del art. 131. La experiencia postconstitucional ha evidenciado que sin una planificación general y formal de la economía (art. 131), han existido planificaciones sectoriales (energética, hidrológica, investigación científica...) y de detalle (reindustrialización y reconversión industrial) que han sido plenamente admitidas, incluso por la jurisprudencia constitucional (STC 29/1986, de 20 de febrero, sobre planes de reconversión y reindustrialización industrial)”⁵⁵.

La sociedad actual y el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos obligan a un comportamiento eficaz y eficiente de los poderes públicos limitado y sujeto a la ley, que conforma la existencia de un nuevo derecho administrativo alumbrando una tarea encomendada que no es sino la de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos, que “requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del derecho administrativo como el derecho del poder para la libertad”⁵⁶.

En definitiva, la actuación y forma de relacionarse de los poderes públicos debe materializarse como un servicio efectivo a los administrados. Para ello se debe dirigir hacia la simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; la participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa; la buena fe, confianza legítima y lealtad institucional; la responsabilidad por la gestión pública, así como la cooperación, colaboración y coordinación. Resultando en definitiva que el principio de eficacia queda asociado a otros como el de jerarquía, la transparencia y la coordinación, en el desarrollo in-

Derecho Administrativo, n.º 45, mayo.

55. BASSOLS COMA, M. (1992), “La Constitución económica”, *Revista de Derecho Político*, n.º 36, pp. 284-285.

56. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2005), “La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, n.º 7, p. 90.

teradministrativo. Resultando ser la eficacia un objetivo de la actuación pública y debiendo ser compatible con los principios de legalidad y seguridad jurídica⁵⁷, recordando la STC de 3 de agosto de 1983, para la que, “aunque la eficacia de la Administración es un bien constitucionalmente protegido, tal principio es de rango inferior a la igualdad, que es no solo un derecho individual de los españoles, sino un principio al que está sometido el legislador e, incluso, un valor superior del ordenamiento jurídico”.

Entre todos se ha analizado la eficacia “de acuerdo con y en ese Estado, no a pesar del mismo”⁵⁸, sin perder de vista la acertada observación de que “la eficiencia, para el derecho público, es un criterio complementario del principio de eficacia, que significa empleo y asignación racionales de los recursos en general y que es susceptible de aplicarse a problemas tan diversos como la minimización del gasto público, la explotación óptima del patrimonio del Estado, la productividad de los empleados públicos, la proporcionalidad de la regulación o la simplicidad y la celeridad del procedimiento administrativo”⁵⁹. A lo que sumar que, en el actuar hacia la realidad y satisfacción del interés general y de las necesidades de la población, “hace acto de presencia la vieja teoría del servicio público, en su formulación compatible con el mercado, esto es, en la de ‘cargas de servicio público’ y ‘obligaciones de servicio universal’, no en la del antiguo servicio público de titularidad estatal exclusiva y excluyente. La denominación de ‘actividades de interés general’ es bastante expresiva de las que tienen lugar en los sectores estratégicos, con la salvedad de que, para justificar restricciones a la libertad, este ‘interés general’ tiene que concretarse en algo, haciéndose lo suficientemente sólido como para contrapesar la preferente aplicación del principio *pro Libertate*, que también impera en los sectores estratégicos una vez liberalizados”⁶⁰.

Servicios públicos y responsabilidad de los poderes públicos sobre su necesaria consideración de ser “pilares fundamentales de los actuales Estados de bienestar”. Todo ello en el marco de nuestro texto constitucional (artículo 1.1): “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”, y que supone (STSJ de Baleares 957/2010, de 29 de octubre, FJ 3) que “los servicios públicos, como actividad prestacional realizada por la Administra-

57. LÓPEZ MENUDO, F. (1992), “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 129, septiembre-diciembre, p. 56.

58. PAREJO ALFONSO, L. (1989), “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa (DA)*, n.º 218-219, p. 39.

59. VAQUER CABALLERÍ, M. (2011), “El criterio de la...”, cit., pp. 101-102.

60. ARIÑO ORTIZ, G. y CUÉTARA, J. M. DE LA (2000), “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 9, enero-abril, p. 17.

ción, en tanto reportan utilidades y beneficios a los ciudadanos, integran el contenido esencial de ese Estado social”⁶¹.

6

Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G. (1979), “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, *Revista de Administración Pública*, n.º 88, enero-abril.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2006), “Logros y fracasos de la regulación”, *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 52.
- ARIÑO ORTIZ, G. y CUÉTARA, J. M. DE LA (2000), “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 9, enero-abril.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009), “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, mayo.
- BARNÉS, J. (1998), “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, septiembre-diciembre.
- BARNÉS, J. (2019), “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21.
- BASSOLS COMA, M. (1992), “La Constitución económica”, *Revista de Derecho Político*, n.º 36.
- BERMEJO VERA, J. (2009), *Derecho Administrativo. Parte especial*, 7.ª edición, Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra).
- CALSAMIGLIA, A. (1989), “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, *Documentación Administrativa (DA)*, n.º 218-219.
- CEREZO PECO, F. (2016), “La innovación pública sorprende a la sociedad. Oportunidades inmediatas desde la Ley 39/2015 para una desburocratización radical”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 8 (Ejemplar dedicado a: La transformación digital: retos del procedimiento).

61. LEÓN ACOSTA, M. (2019), “El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LRBRL”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva Época, n.º 12, octubre-marzo, p. 73; PONCE SOLÉ, J. (2016), “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 40, febrero, pp. 70-73 y 101-103, y VILLAR PALASÍ, J. L. (1950), “La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 3, pp. 60-61.

- CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, E., POMARES HERNÁNDEZ, I. J. y RAMA MATÍAS, E. (2001), “Análisis económico del derecho: Una revisión selectiva de la literatura reciente”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 1.
- CORTÁZAR NEIRA, I. (2015), “Análisis del principio de eficacia administrativa: Especial consideración de la sanidad”, *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha (GABILEX)*, n.º 4, diciembre.
- DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2012), “Eficacia administrativa”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 2, marzo-agosto.
- DOMINGO PÉREZ, T. DE (2003), “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: En torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 122, octubre-diciembre.
- ESCUÍN PALOP, V. (2004), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2005), “Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un sistema de determinación del justiprecio”, *Revista de Administración Pública*, n.º 166, enero-abril.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015), “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública*, n.º 196, enero-abril.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á. (2007), “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Administración Pública*, n.º 174.
- GARCÍA MEXÍA, P. (2001), “La ética pública: Perspectivas actuales”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 114.
- GONZÁLEZ TORROBA, P. (2009), “Derecho de la competencia y servicio público local”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 20, junio.
- HUERGO LORA, A. (2016), “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 63, octubre.
- LENCE REIJA, C. (2017), “La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 46, octubre.
- LEÓN ACOSTA, M. (2019), “El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LRRL”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva Época, n.º 12, octubre-marzo.
- LINDE PANIAGUA, E. (2007), “Presupuestos constitucionales de la intervención de la Administración en la sociedad”, en LINDE PANIAGUA, E. (coord.), *Parte Especial del Derecho Administrativo*, COLEX, Madrid.

- LÓPEZ MENUDO, F. (1992), “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 129, septiembre-diciembre.
- MARCHECO ACUÑA, B. (2018), “Los desafíos de la ciencia del derecho administrativo ante la globalización”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 49, octubre.
- MARTÍN MATEO, R. (1994), “El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total”, *Revista de Administración Pública*, n.º 134, mayo-agosto.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2019), “Los retos actuales y la eficacia de la Administración pública”, <https://www.constitucion40.com/luis-martin-rebollo-los-retos-actuales-y-la-eficacia-de-la-administracion-publica/>, 31 de marzo.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1996), “Reflexiones sobre la ‘huida’ del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 140, mayo-agosto.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (2000), “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 32.
- MERCADO PACHECO, P. (2013), “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 47.
- MONTILLA MARTOS, J. A. (2018), “La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo”, UNED. *Revista de Derecho Político*, n.º 101, enero-abril.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2007), *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo II, Iustel, Madrid.
- NIETO, A. (1991), “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.) y GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (hom.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3 (La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones públicas), Civitas, Madrid.
- ORTEGA ÁLVAREZ, R. (1994), “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, enero-abril.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1991), “El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.) y GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (hom.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2 (De los derechos y deberes fundamentales), Civitas, Madrid.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1999), “La degeneración del modelo de función pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º 150, septiembre-diciembre.

- PAREJO ALFONSO, L. (1989), “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa (DA)*, n.º 218-219.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (1994), “Privatización de empresas y derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, enero-abril.
- PONCE SOLÉ, J. (2016), “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 40, febrero.
- RASTROLLO SUÁREZ, J. J. (2017), “La evolución del principio de eficacia y su aplicación en el ámbito de la función pública: la evaluación del desempeño”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 45, mayo.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (2009), “La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Lisboa, octubre.
- RESTREPO MEDINA, M. A. (2009), “Burocracia, gerencia pública y gobernanza”, *Revista Diálogos de Saberes*, n.º 30, enero-junio.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a (2008), “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, n.º 177, septiembre-diciembre.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2012), “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración pública”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUC)*, n.º 16.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2005), “La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, n.º 7.
- RUBIO LLORENTE, F. (1993), “El principio de legalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, septiembre-diciembre.
- SAINZ MORENO, F. (1980), “El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico”, *REDA*, n.º 24.
- SAINZ MORENO, F. (1977), “Orden público económico y restricciones de la competencia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 84.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1950), “Planificación económica y régimen político”, *Revista de Administración Pública*, n.º 3.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1991), *Fundamentos de derecho administrativo*, Ceura, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1972), “La teoría de la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, n.º 68.

- SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. (2013), “Expropiación forzosa, previsiones constitucionales y comunidades autónomas”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 27.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2006), “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 171, septiembre-diciembre.
- SILVA OCHOA, J. C. DA (1994), “Economía de mercado y concentración de empresas en la Comunidad Europea”, *Revista de Administración Pública*, n.º 134, mayo-agosto.
- SOLDEVILA FRAGOSO, S. (2017), “Responsabilidad de la Administración pública por favorecer la distorsión de la libre competencia”, *Revista de Jurisprudencia*, enero.
- SUBIRATS, J. *et al.* (2008), *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona.
- TORRES DEL MORAL, A. (1992), *Principios de Derecho Constitucional Español*, 3.ª edición, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense, Madrid.
- VALLESPÍN OÑA, F. (2003), “Un nuevo espacio público: la democracia mediática”, en ARTETA AISA, A., GARCÍA GUTIÁN, E. y MÁIZ SUÁREZ, R. (coords.), *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza, Madrid.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2011), “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 186, septiembre-diciembre.
- VILLAR PALASÍ, J. L. (1950), “La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 3.

QDL54

III.

PONENCIAS,
CRÓNICAS Y
NOTAS

Defensa de la competencia y contratación pública

EDUARDO PARICIO RALLO

Magistrado de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. El ordenamiento jurídico de defensa de la competencia

- 1.1. El principio de libre competencia como línea de fuerza en la construcción de la Unión Europea
- 1.2. El marco legal
- 1.3. La posición del inculpadol
 - 1.3.1. El principio de legalidad en materia sancionadora
 - 1.3.2. La presunción de inocencia
 - 1.3.3. El principio de culpabilidad

2. Las infracciones de la competencia en la contratación pública

- 2.1. Casuística
- 2.2. El análisis de la situación
- 2.3. Infracciones objetivas e infracciones por sus efectos sobre el mercado
- 2.4. La delimitación del mercado
- 2.5. Restricciones no sensibles
- 2.6. El caso de las empresas vinculadas
- 2.7. El caso de las uniones temporales de empresas
- 2.8. Infracciones inducidas por la Administración

3. Consecuencias de la infracción

- 3.1. La prohibición de contratar
- 3.2. La posición del órgano de contratación

4. Conclusiones

Resumen

El principio de defensa de la competencia está teniendo una gran repercusión en aspectos esenciales de nuestro derecho público, especialmente como consecuencia de la presión que ejerce el ordenamiento europeo. Una de las manifestaciones más significativas de este fenómeno es la que afecta al régimen jurídico de la contratación pública.

Artículo recibido el 16/09/2020; aceptado el 17/10/2020.

Este artículo aborda específicamente la aplicación del principio de defensa de la competencia en los procesos de contratación y las dificultades que comporta en diversos aspectos, singularmente desde la perspectiva de la seguridad jurídica considerando la naturaleza puramente jurisprudencial de buena parte del régimen jurídico aplicable.

Palabras clave: *contratación pública; defensa de la competencia; restricciones en la competencia; régimen sancionador del contratista.*

Competition law and public procurement law

Abstract

Competition law is having a great impact on essential aspects of our public law, especially because of the pressure exerted by European Union law. One of the most significant manifestations of this phenomenon is its effect on public procurement law.

This article addresses the application of competition law in contracting processes and the difficulties it entails in various aspects, particularly from the perspective of legal certainty, considering the purely jurisprudential nature of a large part of the applicable legal framework.

Keywords: public procurement law; competition law; restrictions on competition; sanctioning framework of the contractor.

1

El ordenamiento jurídico de defensa de la competencia

1.1

El principio de libre competencia como línea de fuerza en la construcción de la Unión Europea

La construcción de la Unión Europea se asienta sobre la base del principio de libre competencia.

No existe unión institucional y política sin mercado único, y no existe mercado único sin levantar las fronteras a la competencia económica.

No cabe duda de que la libertad de competencia es mucho más próxima a la cultura anglosajona y, en general, a los países del norte de Europa que a la cultura mediterránea.

Para los países del sur, en buena medida vinculados al sistema institucional surgido de la Revolución francesa, la instauración del modelo europeo está suponiendo un vuelco en nuestro modelo jurídico. Un vuelco que es cultural y, por tanto, no se resuelve con simples cambios normativos.

La forma en la que ese cambio sustancial permeabiliza en el comportamiento de ciudadanos y administraciones, en la jurisprudencia y en nuestra cultura jurídica en general, requiere esfuerzo y tiempo de adaptación. No en vano el cambio afecta pautas muy arraigadas, que tienen que ver con aspectos tan sustanciales como nuestra cultura de relación entre ciudadanos y poderes públicos.

Ahí están cambios tan formidables como los que han impuesto la libertad de establecimiento; la reducción drástica de las restricciones para el ejercicio de actividades; la limitación de licencias, tan extendidas en los ordenamientos mediterráneos; la reconfiguración de los servicios públicos en un entorno respetuoso para la competencia; o la proscripción de las ayudas de Estado, que hasta hace poco han sido tan habituales.

Todas ellas son modificaciones sustanciales que tienen como común denominador la libertad de competencia.

También en el ámbito de la contratación el impacto de las directrices europeas ha sido muy sustancial, y también en este caso la razón de fondo es garantizar la libre competencia de las empresas europeas en la contratación de los poderes públicos.

El principio de libre competencia tiene múltiples manifestaciones en el régimen de la contratación pública. Aquí nos limitaremos a una de ellas, que es la de los comportamientos colusorios o ilícitos de los licitadores con ocasión del contrato público.

Un ámbito en el que concurren la normativa sobre defensa de la competencia y la normativa sobre contratos del sector público. Concurrencia que considero que no está bien ajustada.

1.2

El marco legal

La normativa general de defensa de la competencia es relativamente escasa. Precisamente ese es uno de los problemas jurídicos que plantea su aplicación.

El aspecto central de la regulación se reduce a parte del artículo 1 de la Ley 15/2007, que determina las conductas colusorias en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. CONDUCTAS COLUSORIAS

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.*
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y*
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.*

De este planteamiento se deduce un ámbito general de prohibición y unas excepciones a dicha prohibición; bien por concurrir determinadas circunstancias objetivas; bien por decisión singular de la Unión Europea o del Gobierno español de acuerdo con los apartados 4 y 5 del mismo precepto.

Por lo demás y en lo que aquí interesa, los tipos sancionadores que establece la Ley quedan referidos a la vulneración de las prohibiciones del artículo 1, de forma que nada añaden a la concreción de las conductas que se consideran contrarias a la competencia.

La Ley fue desarrollada mediante el Real Decreto 261/2008 que aprobó el reglamento de defensa de la competencia, pero esta norma no resulta de ayuda puesto que no desarrolla las prohibiciones.

Así pues, todo el derecho positivo que tenemos se reduce al artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia. Un precepto que, a su vez, reproduce el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El caso es que las prohibiciones quedan definidas en términos sumamente amplios e imprecisos: “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”.

No cabe duda de que en tal presupuesto de hecho caben infinidad de decisiones empresariales. También una infinidad de decisiones administrativas.

Se prohíbe tanto la actuación que tenga un resultado negativo sobre el mercado como la que simplemente hubiera podido tenerlo, aunque no haya sido el caso, y, como se dirá, también determinadas decisiones independientemente de su efecto real o potencial en el mercado.

En el ámbito europeo el marco normativo queda complementado con diversos reglamentos; en lo que aquí afecta, los siguientes:

- Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre la competencia. Una norma que aborda esencialmente la relación entre los ordenamientos europeo y estatal y la aplicación material del primero por las autoridades del Estado miembro.
- Reglamento 330/2010, relativo a los acuerdos verticales, que se refiere a las restricciones de mercado excluidas de la prohibición, específicamente los acuerdos entre empresas que se encuentran en planos distintos de la cadena de producción y distribución.

El ordenamiento europeo se completa con un número significativo de comunicaciones, recomendaciones y directrices de la Comisión. Entre tales textos tienen particular importancia para el ámbito de la contratación pública los siguientes:

- Comunicación sobre directrices de aplicación a los acuerdos de cooperación horizontal, aprobada el 11 de enero de 2011 -2011/C 11/01-. Este es el documento que mayor virtualidad puede tener en materia de contratación puesto que se refiere a prácticas colusorias concertadas entre quienes compiten entre sí en el mercado.
- Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia -97/C 372/03-.

- Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible (*acuerdos de minimis*) –2014/C291/01–.
- Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (prácticas beneficiosas) –2004/C 101/08–.

El Tribunal Supremo ha recordado que tales instrumentos no forman parte del ordenamiento vigente. Sin embargo, son de aplicación habitual tanto por los órganos administrativos de control de la competencia como por parte de los propios tribunales.

Considerando la generalidad con la que la legislación positiva define las prohibiciones, el recurso a estas directrices es inevitable tanto en lo que se refiere a los métodos de análisis de la situación como en la calificación de las situaciones constatadas y su admisibilidad jurídica.

Sucede, sin embargo, que tales directrices no quedan formuladas en los términos habituales de las normas jurídicas; esto es, en términos asertivos; se trata más bien de aproximaciones de las que frecuentemente resultan situaciones probables de prohibición o admisibilidad.

Así, por ejemplo, el apartado 28 de las directrices de aplicación a los acuerdos de cooperación horizontal establece lo siguiente:

28.– Es probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en el mercado de referencia cuando puede esperarse con un razonable grado de probabilidad que, debido al acuerdo, las partes estén en condiciones de incrementar rentablemente el precio o reducir la producción, la innovación, la calidad del producto o su variedad. Esto dependerá de varios factores tales como la naturaleza y contenido del acuerdo, hasta qué punto las partes, individual o conjuntamente, tienen o consiguen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo.

Estamos, pues, ante una orientación. Una orientación que se agradece, pero que por sí sola no permite predeterminar con cierta seguridad un resultado ilícito. Dicho resultado será consecuencia de un análisis que tiene importantes aspectos valorativos.

El ordenamiento de defensa de la competencia adolece de una notable falta de densidad normativa. La actividad empresarial y las formas que adopta la competencia en los mercados económicos son fenómenos de una gran diversidad, viveza y versatilidad. Quizás por ello es difícil que la Ley pueda predeterminar el perfil de las prohibiciones con la concreción a la que estamos habituados en las normas de intervención o limitación.

Éste es un ámbito en el que los órganos administrativos responsables de controlar la competencia en los mercados y los tribunales adquieren un protagonismo que no es el propio de un sistema basado en el principio de legalidad. Un ordenamiento en el que la jurisprudencia tiene un valor tangencial en el sistema de fuentes.

La transposición del derecho europeo no debería quedarse en la mera reproducción del artículo 101 TFUE. Si no es posible desarrollar y concretar en normas asertivas dicho precepto; si no hay más remedio que confiar parte importante del régimen jurídico a los actos de aplicación y a la jurisprudencia; si el grado de vinculación a la Ley se diluye por su generalidad, quizás entonces la Ley debería fijar métodos de análisis, procedimientos, pautas legales de interpretación y límites donde no sean posibles las pautas sustantivas.

En definitiva, el ordenamiento de la competencia apenas va más allá de los enunciados programáticos y de parámetros generales que precisan de una concreción que en buena medida acaban asumiendo los actos de ejecución, significativamente las sanciones.

En ocasiones la actuación ilícita salta a la vista desde el primer momento; por ejemplo, un acuerdo entre competidores sobre los precios de venta. Sin embargo, en no pocas ocasiones el ilícito es mucho más difícil de identificar.

La inseguridad en el momento de identificar qué está prohibido y qué es admisible en el derecho de la competencia afecta tanto a los operadores privados como a las mismas administraciones públicas. Por ejemplo, a propósito de los límites del encargo de bienes y servicios a medios propios eludiendo la contratación pública¹; al configurar situaciones de abuso de posición dominante en la adjudicación de la gestión de servicios públicos²; en iniciativas como la promoción de una campaña de identificación y/o esterilización de animales de compañía, si se considera que afecta la libertad de mercado de los veterinarios³; o en la posibilidad de exigir a los expositores de una feria municipal que tengan la condición de concesionario oficial o que dispongan de una autorización representante de la marca de la zona⁴.

1. TJUE, sentencia de 19 de abril de 2007, recurso n.º C-295/2005.

2. TJUE, sentencia de 25 de octubre de 2001, recurso n.º C-475/1999.

3. Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, resolución de 9 de noviembre de 2016.

4. Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, resolución de 16 de febrero de 2017.

1.3

La posición del inculpado

Este cuadro de indeterminación normativa en la que se encuentra el derecho de la competencia tensa de forma significativa el sistema de garantías que define nuestro derecho sancionador.

1.3.1

El principio de legalidad en materia sancionadora

En primer lugar, en cuanto al principio de legalidad, nuestra jurisprudencia ha sido tradicionalmente muy estricta en cuanto a la necesidad de ley previa y cierta en la configuración de los ilícitos. Esto es, una exigencia de tipificación de las infracciones con un grado suficiente de concreción, no ya en una norma, sino específicamente en una que tenga rango formal de ley. El nivel de concreción debe ser suficiente para que un ciudadano pueda conocer con un grado razonable de certeza lo que está permitido y lo que resulta ilícito y, por tanto, susceptible de sanción.

El Tribunal Constitucional ha expresado este principio en los siguientes términos: “Por lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, esta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad (...) hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva (...), que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (STC 196/2002).

Un planteamiento en el que coincide la jurisprudencia europea: “el principio de legalidad de las penas es un corolario del principio de seguridad jurídica, que constituye un principio general del derecho de la Unión y que exige, particularmente, que toda normativa de la Unión, especialmente cuando imponga o permita imponer sanciones, sea clara y precisa, con el fin de que las personas afectadas puedan conocer sin ambigüedad los derechos y obligaciones que derivan de esta y adoptar las medidas oportunas en consecuencia”⁵.

Las infracciones quedan sometidas, pues, a la necesidad de una suficiente predeterminación normativa.

⁵. Tribunal General de la Unión Europea, sentencia de 13 de julio de 2011, recurso n.º T-138/07.

Ya se ha señalado que en el caso de la defensa de la competencia la ley configura las prohibiciones anticompetitivas mediante un planteamiento tan genérico como escueto. El caso es que las empresas adoptan cotidianamente decisiones que afectan al mercado de una u otra forma, y es probable que sin un cierto grado de especialización y conocimiento de la jurisprudencia dictada no sea fácil para ellas predeterminar con claridad las que pueden ser calificadas como ilícitas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido en el ámbito de la defensa de la competencia una posición poco exigente con la predeterminación normativa. Así, la sentencia de 22 de octubre de 2015 (recurso n.º 194/14) no entiende que se incumpla este principio por el hecho de que haya que acudir a la jurisprudencia para conocer los perfiles del ilícito, ni que la necesidad de previsión normativa sea contraria a la aclaración progresiva de las reglas de la responsabilidad penal de un asunto a otro. Considera asimismo que la previsibilidad de la ley no es incompatible con el hecho de que la persona afectada se vea obligada a recurrir a un asesoramiento jurídico apropiado, para valorar las eventuales consecuencias de un determinado acto⁶.

Naturalmente en todos los sistemas la jurisprudencia interpreta la ley, lo que supone añadirle un contenido específico. La cuestión está en determinar cuál es el grado de concreción que se debe exigir a la ley y cuál el margen creativo que es admisible en los actos de aplicación material y en la jurisprudencia; y el caso es que en materia de defensa de la competencia la ley es solo la punta del iceberg jurídico.

1.3.2

La presunción de inocencia

En segundo lugar, estamos en un sector en el que las imputaciones se basan habitualmente en pruebas de indicios; una situación que no es la mejor desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia.

Sin embargo, se ha establecido ya de antiguo que en materia de defensa de la competencia resulta particularmente difícil probar plenamente la comisión del ilícito, la existencia de un acuerdo colusorio, de forma que la prueba de indicios ha quedado ampliamente admitida.

Razona en este sentido el Tribunal Supremo lo siguiente: “hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa

6. TJUE, sentencia de 22 de octubre de 2015, recurso n.º C-194/2014.

de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”⁷.

De ahí que en materia de contratación se tomen en consideración circunstancias como el comportamiento del licitador en anteriores concursos, si se presentó a menos lotes de los que podía haber aspirado, o los paralelismos que pueda haber entre las ofertas de los diversos licitadores. Esto es, indicios relativamente significativos.

En ocasiones la imputación se basa en datos poco determinantes por sí mismos pero que, conjuntamente considerados, pueden sostener la acusación razonablemente. En tales casos toma una especial relevancia el descargo que pueda efectuar el imputado, en la medida en que sea capaz de aportar una justificación verosímil al indicio que se le opone. Este es un planteamiento que tradicionalmente ha venido admitiendo la jurisprudencia puesto que el indicio no debe dejar espacio para una justificación razonable del mismo⁸.

1.3.3

El principio de culpabilidad

Nuestro ordenamiento ha establecido la necesidad de que la sanción responda en todo caso a una acción culpable. Esto es, que la acusación constata una situación subjetiva de culpa o negligencia imputable al infractor. El Tribunal Constitucional ya desde la sentencia 76/1990, de 26 de abril, viene declarando que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa.

Se trata de una exigencia directamente vinculada al principio de certeza del ilícito, de forma que mal se puede pedir responsabilidad por una infracción cuya determinación o perfil resultan dudosos.

En este marco, cabe técnicamente la exoneración de la responsabilidad en los casos en los que el inculcado haya actuado de acuerdo con una interpretación razonable del marco legal. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia⁹ y así lo ha recogido nuestro ordenamiento en algunos sectores¹⁰.

7. Tribunal Supremo, sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso n.º 373/1993.

8. Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2015, recurso n.º 481/2013.

9. Tribunal Supremo, sentencia de 29 de octubre de 1999, recurso n.º 1411/1995.

10. Ley General Tributaria, artículo 179.2.d/.

La jurisprudencia en materia de defensa de la competencia ha venido rechazando habitualmente las alegaciones referidas a la ausencia de culpabilidad. En términos generales se resuelve la cuestión sobre la base de la diligencia debida; esto es, que la empresa que opera en el mercado debe ser muy consciente de los límites que impone el respeto a la libre competencia, de forma que debe actuar con plena prudencia y asesorarse cuando sea necesario¹¹.

También se ha rechazado en general la apelación al principio de confianza legítima, en el sentido de que la actuación sancionada habría sido auspiciada o al menos conocida y tolerada por la Administración¹².

En este sentido, las directrices de cooperación horizontal –Comunicación de la Comisión UE de 11 de enero de 2011– recuerdan que la empresa solo puede quedar eximida en el caso de que las autoridades ejerzan sobre la misma una presión irresistible.

En el ámbito de la competencia la jurisprudencia es similar a la desarrollada en otros ámbitos como el ambiental, en el sentido de que un resultado determinado –una restricción de la competencia comprobada– comporta una presunción de culpabilidad de su autor, presunción que desplaza al inculpaado la carga de probar su falta de culpabilidad.

Son ilustrativas en este sentido las conclusiones del abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presentadas en el caso 681/11: “toda empresa debe saber que ciertas prácticas restrictivas de la competencia están de por sí prohibidas por su propia naturaleza, y especialmente que nadie debe participar en las restricciones especialmente graves, como por ejemplo los pactos sobre precios o las medidas de reparto o compartimentación de los mercados. Además, a las empresas grandes y experimentadas se les puede exigir que tengan conocimiento de las correspondientes argumentaciones de la Comisión Europea en sus comunicaciones y directrices en materia de competencia”.

En resumen, las sanciones en materia de defensa de la competencia plantean dificultades de encaje en el sistema de garantías que tradicionalmente se ha establecido en materia sancionadora, aunque hasta ahora la jurisprudencia ha ido admitiendo esta situación sin dificultades significativas.

11. TJUE, sentencia ya citada de 22 de octubre de 2015, recurso n.º C-194/2014.

12. Tribunal Supremo, sentencias de 14 de febrero de 2016 –recurso n.º 4628/03– y de 30 de diciembre de 2013 –recurso n.º 196/2012–.

2

Las infracciones de la competencia en la contratación pública

2.1

Casuística

La casuística de las infracciones de la competencia que pueden afectar a la contratación pública es muy variada.

Instituciones como la Comisión Nacional de la Competencia, la OCDE o la Autoritat Catalana de la Competència han elaborado guías para la prevención de comportamientos colusivos en la contratación pública. En ellas se identifican las actuaciones y los fraudes más habituales, como los siguientes:

- Las ofertas de resguardo, complementarias, de cortesía o simbólicas (*cover bidding*), diseñadas para simular una competencia auténtica, ya sea en forma de ofertas más elevadas que las del licitador convenido o de ofertas inaceptables para el órgano de contratación.
- La eliminación de ofertas (*bid suppression*), consistente en el acuerdo para que alguna empresa se abstenga de presentar una oferta en el proceso de licitación, o retire la oferta presentada para facilitar la adjudicación al ganador designado en el acuerdo previo. También la presentación de una oferta conjunta cuando se podría haber formulado por separado.
- La asignación de mercados (*market allocation*). Consiste en que los competidores acuerdan el reparto del mercado por áreas geográficas o por carteras de clientes (por administraciones públicas). Las empresas se asignan una cartera de clientes, de manera que los competidores no presentan ofertas o presentan ofertas de resguardo cuando la Administración asignada convoca la licitación. A cambio, la empresa ganadora no presenta ofertas en las licitaciones asignadas a otras empresas participantes del acuerdo.
- Rotación de ofertas (*bid rotation*). Las empresas que coinciden en diferentes procesos de licitación pueden decidir el reparto de cuál de ellas será la ganadora según diversos criterios.

La actividad de los órganos de control de la competencia en cuanto a la contratación pública ha sido y es relativamente intensa y variada. He aquí algunos ejemplos:

- Resolución del Tribunal Català de Defensa de la Competència de 20 de noviembre de 2019: sanciona una conducta colusoria de diversos licitadores, consistente en haber mantenido contactos y actuar de manera coordinada en la licitación municipal para la prestación de los servicios de temporada en las playas del municipio.

La imputación queda fundamentada en los siguientes indicios: la coincidencia de adjudicatarios respecto a los concursos anteriores; la tendencia generalizada de las ofertas a no incluir mejoras económicas o en la prestación del servicio; la capacidad que tenían los licitadores para presentarse a más de un lote sin haberlo hecho; la existencia de contactos entre el ayuntamiento y los adjudicatarios tradicionales para explicar el contenido de los nuevos pliegos y recabar sugerencias de los mismos, de forma que los contratistas históricos tenían pleno conocimiento de cuáles habían de ser las características de los citados concursos antes de que estos se hicieran públicos.

- Resolución del Tribunal Català de Defensa de la Competència de 23 de diciembre de 2019, que sanciona unos acuerdos o unas prácticas concertadas entre varias empresas respecto a diversas licitaciones públicas relativas a la instalación, el mantenimiento y el suministro de radares y estaciones meteorológicas, convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña.

La imputación se basa en indicios como que históricamente las bajas ofrecidas por las empresas fueron disminuyendo en las sucesivas licitaciones; la rotación de las empresas en los contratos negociados; la presentación en forma de UTE en los contratos abiertos; o la existencia de contactos continuados entre las empresas concertadas.

- Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 7 de mayo de 2008. Se trata de una sanción al Ayuntamiento de Peralta por adjudicar la gestión de la totalidad del recinto ferial durante las fiestas locales a una asociación de feriantes mediante un contrato en exclusiva, comprometiéndose a no adjudicar instalaciones similares a terceros.
- Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de octubre de 2011¹³. Dicha resolución sanciona la participación de diversas empresas en la organización de un sistema para acordar ofertas en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas. Este sistema de coordinación operaba en licitaciones organizadas en base al procedimiento restringido. Las empresas invitadas mantenían contactos y reuniones previos que tenían por objeto analizar las ofertas que preveían presentar cada una de ellas. Conocidos los precios, se acordaba mantener a la vencedora, pero con una baja

13. Tribunal Supremo, sentencia de 11 de septiembre de 2015 –recurso n.º 720/2013–.

mucho más reducida que la que habría ofertado en condiciones de competencia. El resto de empresas realizarían ofertas con bajas inferiores a la acordada para la vencedora.

- Resolución del Tribunal Català de Defensa de la Competència de 10 de febrero de 2014, referida a la contratación del servicio de mantenimiento y conservación integral del alumbrado público del municipio. La resolución sancionó a dos licitadores por comunicarse información relativa a los precios, lo que se manifestó en coincidencias en la oferta de uno y otro.

2.2

El análisis de la situación

Como se ha adelantado, en un ámbito complejo como es el caso, un método de análisis bien pautado puede jugar como un elemento importante de estabilidad y seguridad jurídica.

Las directrices aprobadas mediante comunicación de la Comisión Europea el 11 de enero de 2011 referidas a los acuerdos de cooperación horizontal precisan que, en el proceso de evaluación de la restricción de mercado, hay que determinar en primer lugar si el acuerdo entre empresas tiene, o bien un objeto contrario a la competencia, o bien unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. En una segunda fase hay que considerar los eventuales beneficios para la competencia de dicho acuerdo y evaluar si tales efectos favorables compensan los efectos restrictivos de la competencia (apartado 20), como también hay que valorar si el acuerdo responde a una presión irresistible de las autoridades públicas (apartado 22). En esta fase se trata de determinar si concurren las circunstancias que establece el artículo 1.3 de la Ley de defensa de la competencia, que permiten eximir la actuación investigada de la prohibición general de prácticas colusorias.

Las directrices ponen de manifiesto que determinados acuerdos horizontales pueden producir beneficios económicos sustanciales si permiten a las empresas combinar actividades, conocimientos o activos complementarios, compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar inversiones, agrupar conocimientos técnicos, aumentar la calidad del producto o promover la innovación (apartado 3).

En tales casos la práctica restrictiva resulta admisible. Sin embargo, la exención requiere la concurrencia simultánea de las circunstancias señaladas en dicho apartado; esto es, que los beneficios que permite la practica restrictiva lleguen a los consumidores, que las restricciones no vayan más allá de

lo indispensable, y que estas no coloquen a las empresas favorecidas en una posición que les permita eliminar la competencia en una parte sustancial del mercado.

Corresponde al imputado acreditar la concurrencia de las anteriores circunstancias eximentes¹⁴.

2.3

Infracciones objetivas e infracciones por sus efectos sobre el mercado

La Ley distingue entre restricciones de la competencia por razón de su objeto y las que lo son por razón de los efectos que producen en el mercado.

De acuerdo con las directrices de cooperación horizontal, las restricciones de la competencia por razón de su objeto son aquellas que, por su propia naturaleza, poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de acuerdos intrínsecamente perjudiciales para el juego normal de la competencia, independientemente de que también puedan perseguir otros fines legítimos.

La jurisprudencia ha ido decantando algunas prácticas que por su naturaleza tienen un objeto anticompetitivo. Este es el caso de los acuerdos sobre el reparto de los mercados o de la clientela, los acuerdos sobre precios, o el intercambio de información entre competidores destinado a coordinar las condiciones económicas que ofrecen en el mercado¹⁵. También son prácticas restrictivas por su objeto los acuerdos de compartimentación del mercado¹⁶. En términos generales, se pueden incluir en esta categoría las actividades mencionadas en el artículo 2 del Real Decreto 261/2008.

La infracción objetiva es independiente de los efectos que haya podido tener en el mercado, de forma que la infracción no requiere constatar un resultado concreto en el mercado de la práctica restrictiva¹⁷.

Para identificar un acuerdo anticompetitivo por su objeto hay que atender al contenido de sus disposiciones, los objetivos que pretende conseguir y el contexto económico y jurídico en el que se inserta, considerando al mismo

14. Artículo 2 del Reglamento UE 1/03 y apartado 48 de las directrices de cooperación horizontal.

15. TJUE, sentencia de 16 de julio de 2015, asunto C-172/2014, y Tribunal Supremo, sentencia de 26 de junio de 2017, recurso n.º 2403/2014.

16. Directrices de cooperación horizontal, apartado 236.

17. TJUE, sentencia de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11, y Tribunal Supremo, sentencia de 21 de enero de 2019, casación n.º 4323/2017.

tiempo la naturaleza de los bienes o servicios afectados, las condiciones reales de funcionamiento del mercado y su estructura¹⁸.

En caso de que la práctica concertada no deba ser considerada como intrínsecamente perjudicial para la competencia como tal práctica, corresponde entonces examinar el resultado de la misma con el fin de determinar si ha tenido algún efecto restrictivo sobre la competencia, o si podía haberlo tenido.

Se trata de determinar la existencia efectiva o la posibilidad de un impacto negativo apreciable en, al menos, alguno de los parámetros de la competencia como son el precio, la producción, la calidad de los productos, su variedad o la innovación¹⁹. Una circunstancia que se cumple no solo cuando la práctica permite aumentar el precio, sino también cuando posibilita una reducción de la producción o de la innovación, o cuando tiene el efecto de limitar la independencia de algunos de los operadores para tomar decisiones²⁰.

El análisis de las infracciones por el efecto requiere determinar la posición relativa de los afectados en el mercado, la cuota que ostentan y su poder de mercado y, a partir de ahí, comparar la situación existente con la situación probable del mercado en el caso de que no hubiera existido la práctica restrictiva²¹.

2.4

La delimitación del mercado

La delimitación del mercado es, pues, un aspecto esencial en el análisis de la práctica eventualmente restrictiva.

En el caso de las infracciones por sus efectos, la constatación de una repercusión de la práctica en el mercado requiere obviamente la identificación del mercado de referencia. Un dato sin el cual no es posible determinar la posición relativa de los investigados en el mismo, su poder de mercado y la repercusión que la práctica restrictiva haya podido tener en dicho mercado.

La identificación del mercado de referencia es también un paso obligado en el caso de las infracciones objetivas. En efecto, aunque la infracción objetiva no dependa de los efectos prácticos que haya podido tener, ello no excluye la necesidad de identificar tal mercado de referencia. Se trata de un dato necesario en aspectos determinantes como es constatar la efectiva con-

18. TJUE, sentencia de 16 de julio de 2015, asunto C-172/2014.

19. Directrices de cooperación horizontal, apartado 47.

20. Directrices de cooperación horizontal, apartados 26 y 27.

21. Directrices de cooperación horizontal, apartado 29.

dición de los imputados como competidores en el mismo mercado²²; o la identificación del contexto económico en el que se produce la restricción analizada. Esta última es una información obligada según el apartado 25 de las directrices de cooperación horizontal. Una información que requiere analizar la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o de los mercados pertinentes²³.

Por otro lado, la identificación del mercado de referencia es un dato que resulta igualmente indispensable para verificar o descartar la concurrencia de las exenciones del artículo 1.3 de la Ley de defensa de la competencia, que como se ha dicho es una fase obligada en el análisis de la práctica restrictiva.

Por consiguiente, la identificación del mercado relevante en el que se proyecta la práctica restrictiva en cuestión es un aspecto del análisis que resulta necesario con independencia del tipo de infracción de que se trate.

Pues bien, este es uno de los elementos del análisis que tradicionalmente presenta más dificultad.

La determinación del mercado relevante responde esencialmente a dos parámetros: el producto o servicio y el ámbito geográfico.

Respecto al primero, el mercado incluye los productos o servicios que son fácilmente intercambiables, de forma que al consumidor le cuesta poco sustituir uno por otro cuando se siente presionado.

El mercado geográfico de referencia se refiere a la zona en la que las empresas desarrollan sus actividades. El área en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas por comparación con otras zonas limítrofes.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo expresa en los siguientes términos²⁴:

50. El mercado de productos de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos (véase la sentencia de 28 de febrero de 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, EU:C:2013:127, apartado 77).

51. El concepto de mercado de referencia implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos o servicios que forman parte de un mismo mercado (sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La

22. Directrices de cooperación horizontal, apartado 22.

23. TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2013, recurso n.º C-32/11.

24. TJUE, sentencia de 23 de enero de 2018, asunto C-179/2016.

Roche/Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 28). La intercambia-bilidad o la sustituibilidad no se aprecian únicamente en relación con las características objetivas de los productos y servicios relevantes. Es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de compe-tencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado (...).

El caso es que en el control de la competencia con ocasión de contrata-ciones públicas no es infrecuente que, implícita o explícitamente, el órgano de control identifique el mercado relevante con la concreta licitación analizada.

Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007, recurso n.º 1634/2005, se refiere a un acuerdo colusorio con ocasión de la licitación del programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996, un programa gestionado por el IMSERSO. El Tribunal asocia el mercado relevante a dicha licitación, tanto en lo que se refiere al producto o servicio —que queda determinado por las bases del con-curso— como en lo referente al mercado geográfico —que se asocia al ámbito territorial del órgano de contratación y del contrato—.

Igual ocurre de forma más o menos explícita en otras resoluciones de los órganos de control de la competencia.

En el caso del IMSERSO no se puede descartar que la licitación de un servicio con unas características diferenciales significativas respecto al mer-cado turístico general, como es el caso, pueda generar un mercado autónomo identificado con la propia licitación. Sin embargo, la situación no es la misma en el caso de licitaciones más modestas o menos específicas en cuanto al servicio licitado.

Una licitación es, en sí misma, una concreta operación económica que se efectúa en el ámbito del mercado. Por ejemplo, en el caso de la recogida y del tratamiento de residuos, en el caso del abastecimiento de agua a poblaciones, o en el de una licitación de obras de cierta envergadura, suelen concurrir gran-des operadores o grupos empresariales que compiten en el ámbito español, incluso internacional, de forma que difícilmente se puede identificar el mer-cado relevante en el que compiten cotidianamente con una licitación puntual.

Otra cosa es que en un supuesto determinado el mercado de referencia esté de por sí muy fragmentado y pueda coincidir más o menos con el ámbito local independientemente del concreto contrato.

Por consiguiente, debemos pensar bien si admitimos sin más la identifi-cación del mercado de referencia con una concreta licitación pública, como parece que acríticamente se ha ido admitiendo.

Ciertamente una conducta colusoria pactada con ocasión de una licita-ción afecta la competencia. Se trata de un vicio que corrompe las ofertas; defrauda tanto a la Administración como a los demás licitadores y cuestiona

seriamente el resultado de la licitación. Pero en principio esta situación debe encontrar respuesta en el ordenamiento contractual, no necesariamente en el de defensa de la competencia. Un ordenamiento éste pensado para alteraciones de mercados generales, no para operaciones puntuales de contratación pública, generalmente modestas.

En este ámbito el método y el objeto del análisis de la práctica colusoria son complejos y están pensados para un mercado de carácter general y abierto, para localizar prácticas que tengan repercusión significativa en el orden público económico. En consonancia, la respuesta punitiva es artillería pesada, las sanciones están pensadas para fraudes que afectan significativamente todo un mercado, y se calculan en millones de euros o en puntos porcentuales del volumen de negocios total de la empresa. Una penalización que puede resultar claramente excesiva en casos como el de un fraude efectuado con ocasión de una licitación modesta.

2.5

Restricciones no sensibles

En principio las prohibiciones de prácticas colusorias no afectan a las que no sean susceptibles de tener un efecto significativo en el mercado. Estas son las denominadas prácticas *de minimis*.

Las directrices de cooperación horizontal lo establecen de la siguiente forma:

44. Si las partes tienen una pequeña cuota de mercado conjunta, es improbable que el acuerdo de cooperación horizontal dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y, por lo general, no será necesario ningún otro análisis. El significado de la expresión “pequeña cuota de mercado conjunta” depende del tipo de acuerdo y se puede deducir a partir de los umbrales de las salvaguardias regulatorias establecidos en diferentes capítulos de las presentes directrices y, de forma más general, a partir de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible a tenor del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis), (“la Comunicación de minimis”). Si solo hay dos partes y una no tiene más que una cuota de mercado insignificante y no posee recursos importantes, normalmente ni siquiera una alta cuota de mercado conjunta podrá considerarse como indicio de un probable efecto restrictivo de la competencia en el mercado. Dada la diversidad de los acuerdos de coope-

ración horizontal y de los efectos que pueden producir en las diferentes situaciones de mercado, es imposible definir un umbral general de cuota de mercado a partir del cual se pueda suponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos.

El artículo 5 de la Ley de defensa de la competencia reproduce el anterior planteamiento. Un planteamiento que es relativamente abstracto puesto que queda referido a las conductas que “no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”, sin mayor precisión.

No obstante, el Reglamento aprobado mediante Real Decreto 261/2008 sí que precisa el anterior enunciado y lo hace en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA ATENDIENDO A LA CUOTA DE MERCADO

A efectos de lo establecido en el art. 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se entenderán de menor importancia, sin que sea necesaria una previa declaración a tal efecto:

a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados.

b) Las conductas entre empresas que no sean competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados.

c) En los casos en los que no resulte posible determinar si se trata de una conducta entre competidores o entre no competidores, se aplicará el porcentaje del 10 por ciento de cada uno en los mercados relevantes afectados.

d) Cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado fijados en los apartados anteriores quedarán reducidos al 5 por ciento. No se apreciará la existencia de un efecto acumulativo si menos del 30 por ciento del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos.

Tal regulación queda matizada en el artículo 2, que establece ámbitos en los que no opera la anterior exención *de minimis*. En lo que aquí interesa cabe citar las siguientes situaciones, en las que continúan operando las prohibiciones con independencia de la afectación que puedan tener en el mercado:

a) la fijación de los precios de venta de los productos a terceros;

b) la limitación de la producción o las ventas;

c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

Así pues, si bien es cierto que la determinación del mercado relevante es un dato necesario en el proceso de análisis de las actuaciones eventualmente colusorias, no es menos cierto que ese no es un dato que determine la infracción en los casos citados en este precepto, que son supuestos que coinciden *grosso modo* con la infracción objetiva antes mencionada.

El Tribunal Supremo lo ha expresado en los siguientes términos²⁵:

el requisito de la restricción sensible se aplica en principio tanto a las medidas que tengan por objeto como a las que tengan por efecto restringir la competencia.

Ahora bien, la prueba de esa afección sensible sobre la competencia no puede ser la misma en las “infracciones por objeto” y las “infracciones por efecto”, pues únicamente cuando no existen indicios suficientes para apreciar la existencia de una “infracción por objeto” se exige que se acrediten los efectos concretos de un acuerdo contrarios a la competencia. En cambio, cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior.

2.6

El caso de las empresas vinculadas

Las relaciones entre empresas vinculadas son una excepción a las prohibiciones de defensa de la competencia.

Las directrices de cooperación horizontal lo expresan en los siguientes términos en su apartado 11:

Las presentes directrices consideran que las compañías que formen parte de una misma “empresa” a tenor del artículo 101, apartado 1, no son competidoras a efectos de las presentes directrices. El artículo 101 solamente se aplica a los acuerdos entre empresas independientes. Cuando una empresa ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa, forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa. Esto es también aplicable a las empresas hermanas, es decir,

25. Tribunal Supremo, sentencia de 21 de enero de 2019, recurso n.º 4323/17.

las empresas sobre las que ejerce una influencia decisiva la misma sociedad matriz. Por lo tanto, no se considera que sean competidoras incluso aunque operen en los mismos mercados de productos y geográfico de referencia.

Por consiguiente, el dato determinante para la exención es que las empresas formen parte de una misma unidad económica, entendida ésta como una unidad en la toma de decisiones.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró en su sentencia de 4 de mayo de 1988, recurso n.º 30/87, que el entonces artículo 85 del Tratado no se aplicaba cuando la concertación de que se trate sea llevada a cabo por empresas que pertenezcan a un mismo grupo en calidad de matriz y filial, siempre que las empresas constituyan una unidad económica en la que la filial no disponga de una autonomía real en la determinación de su línea de acción en el mercado.

Precisamente esa misma unidad de decisión impide que las empresas vinculadas se presenten simultáneamente a la misma licitación, puesto que ello vulneraría el principio de proposición única. En este sentido, a efectos de la competencia el concepto de empresa no es tanto el de una unidad jurídica como el de una unidad económica.

No obstante, sí resulta admisible que ambas empresas vinculadas concurren por separado a una misma licitación pública si sus ofertas son autónomas, independientes y confidenciales entre sí. Esto es, si responden a los principios de competencia efectiva y libertad de tratamiento de la oferta. Una situación que sí respetaría el principio de competencia efectiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dispuesto en este sentido que no se puede excluir de la licitación a las empresas vinculadas por esa sola circunstancia. Considera en este sentido que en los grupos de sociedades éstas pueden adoptar formas y objetivos diferentes, y no se debe descartar sin más que la empresa controlada disponga de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y en sus actividades económicas, específicamente en lo que se refiere a la participación en licitaciones públicas. Una autonomía que es susceptible de garantizar la independencia y confidencialidad de sus ofertas²⁶.

El Real Decreto Legislativo 3/11 incluía una referencia a las empresas vinculadas en su artículo 145 a propósito de las proposiciones de los licitadores. En dicho precepto se admitía la posibilidad de proposiciones presentadas por empresas vinculadas excepto en el caso del contrato de concesión de obras. Tal limitación ha desaparecido en la Ley 9/17, que no entra en la

26. TJUE, sentencia de 8 de febrero de 2018, asunto C-144/17.

cuestión; se limita a descartar la oferta más baja de las presentadas por empresas vinculadas a los efectos de la declaración de oferta anormalmente baja –artículo 149–.

De acuerdo con la sentencia europea citada, el órgano de contratación está facultado para excluir las ofertas presentadas por empresas vinculadas si llega a la conclusión de que las ofertas no fueron independientes y confidenciales, pero no por el mero hecho de que las empresas estén vinculadas entre sí. Es más, la misma sentencia determina que, en ausencia de previsión específica en las bases, ni siquiera resulta exigible a las licitadoras que declaren su carácter de empresas vinculadas.

Así pues, no se aplica la normativa de defensa de la competencia si efectivamente las empresas constituyen una unidad económica, aunque sí se aplica la normativa de contratos si las ofertas presentadas por las empresas vinculadas están coordinadas o no se ha respetado el secreto de las mismas.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se planteó esta cuestión a propósito de una transferencia de información acreditada entre dos licitadoras en el mismo concurso, una de las cuales ostentaba el 50 % de la otra. Se trataba de un supuesto límite puesto que el artículo 42 del Código de Comercio, que es el parámetro que se utiliza en derecho español para identificar una situación de vinculación entre las empresas, establece dicha vinculación si la matriz dispone de la mayoría de los derechos de voto de la filial; sin embargo, en aquel caso los derechos quedaban repartidos al 50 % entre dos empresas²⁷.

2.7

El caso de las uniones temporales de empresas

La unión temporal de empresas supone un acuerdo de cooperación horizontal que, ya de antiguo, se ha venido admitiendo en nuestro ordenamiento, específicamente en la normativa sobre contratación pública.

Sin embargo, aun siendo una posibilidad inicialmente lícita, no siempre resulta admisible.

Según las directrices de cooperación horizontal, los acuerdos entre competidores no son lícitos cuando, con arreglo a factores objetivos, los socios podrían llevar a cabo individualmente el proyecto o la actividad cubierta por la cooperación, o cuando dicho acuerdo comporta más restricciones a la com-

²⁷. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia de 9 de julio de 2019, recurso n.º 163/2014.

petencia de las necesarias; por ejemplo, cuando el número de socios es superior al que sería necesario para afrontar el contrato al que licita la UTE²⁸.

De acuerdo con las mismas directrices, este tipo de acuerdos solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes implicadas poseen un cierto grado de poder de mercado. Por consiguiente, es poco probable tal afectación si conjuntamente las partes no superan un poder de mercado del 15 %²⁹.

No obstante, la viabilidad de esa exención de mínimos queda cuestionada en nuestro derecho interno por el artículo 2 del Real Decreto 261/2008, que no incluye mención al respecto.

En el caso de que efectivamente estemos ante un acuerdo entre empresas que, considerando individualmente su capacidad y recursos, podían haber asumido por separado el contrato, o si el acuerdo incluye más socios de los que son necesarios para ello, habrá que valorar si dicho acuerdo produce eficiencias susceptibles de beneficiar al consumidor³⁰.

No son extrañas las investigaciones efectuadas por los órganos de control de la competencia a propósito de la concurrencia de uniones temporales de empresa en licitaciones públicas. Es el caso, por ejemplo, de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 31 de mayo de 2005, o la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de 9 de febrero de 2016.

La unión temporal de empresas es, pues, un acuerdo de cooperación horizontal, normalmente un acuerdo de comercialización en el caso de la contratación pública. Se trata de un acuerdo expresamente admitido por la normativa de contratos, aunque en la práctica dicha admisibilidad dependerá de diversos factores. Unos factores que, a su vez, requerirán de un análisis complejo y a menudo de resultado incierto.

De ahí que la mera admisibilidad sin más de las uniones temporales de empresas por parte de la legislación de contratos haya podido ser un factor de confusión e inseguridad.

Una situación que, en parte, ha mejorado a partir de la Ley 9/17, cuyo artículo 69.1 advierte que la licitación mediante unión temporal de empresas puede suponer un pacto colusorio.

Ahora bien, más allá de dicha advertencia, los parámetros esenciales que condicionan la admisibilidad jurídica de la concurrencia mediante unión temporal de empresas continúan sin haber aflorado al ordenamiento positivo.

28. Directrices de cooperación horizontal, apartados 30 y 237.

29. Directrices de cooperación horizontal, apartados 240 y 241.

30. Directrices de cooperación horizontal, apartado 256.

Solo acudiendo al *soft law* europeo, a la doctrina de los órganos de control y a la jurisprudencia es posible conocer el alcance de lo permitido y lo prohibido en esta cuestión.

2.8

Infracciones inducidas por la Administración

En ocasiones la propia Administración participa o induce la infracción. El ámbito funerario es uno de los más recurrentes en este sentido, donde se han identificado en ocasiones prácticas municipales tendentes a establecer posiciones de dominio abusivas respecto a sus concesionarios. Este es el caso, por ejemplo, de la resolución adoptada por la Comisión Nacional de la Competencia en fecha 3 de marzo de 2009 en relación con la empresa municipal y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

La intervención de una Administración pública en conductas restrictivas de la competencia puede adoptar formas muy diversas, desde la introducción de tales restricciones en una norma (Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, resolución de 10 de febrero de 2014) hasta la práctica de actividades económicas (Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia, resolución de 2 de febrero de 2009, referida al ejercicio directo por parte de la Diputación Provincial de Lugo de los servicios de transporte fluvial de viajeros) o actuaciones materiales de toda índole (v. gr. resolución del Consejo de Andalucía de Defensa de la Competencia de 18 de junio de 2014, referida a convenios suscritos por el Ayuntamiento de Granada con los Colegios Oficiales de Arquitectos y Aparejadores sobre la inspección técnica de edificios).

También la gestión de una licitación puede incidir en alguna restricción ilícita de la competencia. Ese fue el caso de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de julio de 2018, referida a un concurso para la contratación del suministro de servicios de informática y tratamiento de datos a diversos órganos administrativos y organismos del sector público, según parece a consecuencia del interés de estos en mantener a las personas que venían prestando sus servicios hasta el momento.

Las sanciones impuestas por los órganos de control de la competencia a administraciones y entes administrativos en calidad de inductores no son una excepción. Así, por ejemplo, en el caso de las resoluciones adoptadas por la Comisión Nacional de la Competencia el 6 de octubre de 2011 o el 27 de septiembre de 2013.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado en este sentido que también terceros pueden ser sancionados como consecuencia de la

concertación de pactos colusorios, aunque no formen parte del acuerdo, como por ejemplo puede ser el caso de los asesores³¹.

Así pues, el hecho de que la Administración intervenga como poder público y no como sujeto empresarial o económico no excluye su responsabilidad en una actividad restrictiva de la competencia.

Ahora bien, una cosa es que las administraciones puedan colaborar, incluso protagonizar, restricciones de la competencia, y otra cosa es la capacidad de los órganos de control para imponer sanciones a las mismas.

En este punto el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina en el sentido de que los órganos de control de la competencia no tienen capacidad para anular disposiciones administrativas, de forma que, si consideran que alguna resolución infringe la legalidad, han de reaccionar interponiendo la correspondiente acción jurisdiccional de acuerdo con la legitimación que la Ley de defensa de la competencia les confiere. En consecuencia, el Tribunal Supremo no admite la imposición de sanciones a las administraciones en relación con disposiciones formalmente vigentes. Un planteamiento que, sin embargo, no opera cuando la Administración no actúa como tal sino a través de una iniciativa empresarial³².

3

Consecuencias de la infracción

3.1

La prohibición de contratar

La Ley 9/17, de contratos del sector público, incluye en su artículo 71 una prohibición de contratar respecto a las empresas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, en materia de disciplina del mercado o de falseamiento de la competencia.

El artículo 72 de la Ley de contratos permite al órgano de contratación aplicar esta prohibición cuando la sentencia o la resolución administrativa sancionadora haya impuesto específicamente dicha prohibición, y asimismo haya precisado su alcance y duración. En el caso de que la resolución sancionadora no haya precisado dichos extremos, la competencia para hacerlo corresponde bien al Ministerio de Hacienda y Función Pública a propuesta de

31. TJUE, sentencia de 22 de octubre de 2015, recurso n.º C-194/201.

32. Tribunal Supremo, sentencia de 14 de junio de 2013, recurso n.º 3282/10.

la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o bien a los órganos competentes en las comunidades autónomas.

La Ley admite la posibilidad de eximir de la prohibición de contratar cuando la infractora acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas en la resolución, y se comprometa asimismo a la adopción de las medidas técnicas, organizativas o de personal apropiadas para evitar futuras infracciones, incluyendo su adscripción a un programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. En este sentido, tanto la Comisión de los Mercados y la Competencia como los órganos autonómicos de control ofrecen dichos programas de clemencia.

El mismo artículo 72 dispone que el plazo para concretar la prohibición de contratar no podrá exceder de tres meses contado desde la adjudicación, o tres años desde la firmeza de la resolución.

En principio la prohibición de contratar no puede superar tres años y afecta al sector público correspondiente al ámbito autonómico o estatal según la autoridad que lo declare.

Así pues, la transposición de las directivas de contratación ha optado por no dejar al órgano de contratación la aplicación directa de la prohibición de contratar, facultad que sí prevén los apartados 4/, 5/ y 6/ del artículo 57 de la Directiva 24/14. En principio la aplicación de la prohibición de contratar por parte del órgano de contratación depende de una decisión previa por el órgano competente al efecto.

La regulación de la prohibición de contratar plantea desde luego bastantes dudas. Entre ellas, la naturaleza sancionadora de esta medida y la competencia para su imposición.

Se trata de debates que están abiertos y habrá que ver cuál es la respuesta de la jurisprudencia.

En lo que se refiere a la naturaleza sancionadora de tal medida, se trata de un debate que tiene importancia en aspectos procedimentales y también sustantivos, como el sistema de garantías de los imputados; la necesidad de una habilitación competencial explícita para imponer la medida; o la aplicación de la misma no solo a las faltas graves, que son las únicas mencionadas por la Ley, sino también a las muy graves.

Cabe señalar que la prohibición de contratar derivada de sanciones tributarias o sanciones impuestas en materia de subvenciones tiene la consideración de medida sancionadora³³.

33. Artículos 186.1 de la Ley 59/03 y 63.2.b/ de la Ley 38/03.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión al respecto. La sentencia de 2 de octubre de 2000, recurso n.º 1546/1995, establece que las prohibiciones de contratar son medidas de garantía del interés público. La sentencia de 31 de mayo de 2007, recurso n.º 9762/2004, afirma abiertamente que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador, “si bien al ser un acto limitativo de derechos según la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador”.

Posteriormente, en la sentencia de 30 de abril de 2014, recurso n.º 1530/2013, el Tribunal Supremo manifestó que la prohibición de contratar se corresponde con el ejercicio de una potestad sancionadora. Y luego volvió en la sentencia de 17 de marzo de 2015, recurso n.º 1228/2012, a su posición anterior; esto es, a considerar que estamos ante una medida híbrida “a la que hay que aplicar algunos principios propios del derecho sancionador, sin que ello signifique la aplicación del mismo régimen en su integridad”.

Así pues, el debate sobre la naturaleza de la prohibición de contratar está abierto.

También se cuestiona la competencia de los órganos de control de la competencia para imponer esta medida a las empresas sancionadas. El debate se debe a que la Ley de defensa de la competencia no cita explícitamente la prohibición de contratar entre los pronunciamientos que puede abordar la resolución de dicho órgano.

La Junta Consultiva de Contratación consideró en su resolución de 19 de abril de 2002 que el procedimiento ha de consistir en todo caso en la comunicación del órgano sancionador a la Junta, para que esta efectúe la correspondiente propuesta al Ministerio.

En sentido contrario, el Tribunal Catalán de la Competencia asumió la competencia en su resolución de 23 de diciembre de 2019, una sanción referida al fraude en unas licitaciones convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña. En este caso el órgano catalán de control incluyó en la resolución una prohibición para contratar durante 18 meses. Considera la misma resolución que tal prohibición no debe quedar limitada a las infracciones graves, sino que ha de afectar también a las infracciones muy graves.

La Comisión Nacional de la Competencia parece entender que la prohibición es implícita a la constatación de la infracción y a la imposición de la sanción. En su resolución de 20 de junio de 2019 considera probada una infracción consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar en la región de Murcia, y remite la decisión sobre la prohibición de contratar a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de acuerdo con el artículo 72.2 de la Ley 9/17.

La posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no es unánime. En la resolución de 1 de octubre de 2019 consta un voto particular en el que se argumenta que la prohibición de contratar es una sanción, de forma que la competencia para su declaración ha de corresponder a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Invoca en este sentido el artículo 5 del Reglamento UE 1/2003, que establece lo siguiente: “Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes: (...) – imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su derecho nacional”.

3.2

La posición del órgano de contratación

Como se ha adelantado, nuestro ordenamiento ha optado por atribuir al Ministerio o al correspondiente órgano autonómico la competencia para declarar la prohibición de contratar, eventualmente también a los órganos de control de la competencia.

Parece que al órgano de contratación solo le corresponde aplicar la prohibición una vez declarada y precisada ésta en cuanto a su duración y alcance.

La Ley 9/17 prevé en este sentido que el órgano de contratación habrá de notificar al correspondiente órgano de control los hechos que puedan constituir infracción en materia de defensa de la competencia –artículo 132.3–.

A su vez, el artículo 150.1 dispone que cuando la mesa o el órgano de contratación observe indicios fundados de conductas colusorias deberá suspender la licitación, para trasladar dichos indicios al órgano de control de la competencia a los efectos de que informe con carácter sumarísimo. Nada se dice sobre el carácter vinculante de dicho informe.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 69.2 de la Ley para el caso de que las sospechas se refieran a una posible colusión en la constitución de una unión temporal de empresas para licitar.

Por consiguiente, parece que el órgano de contratación queda desplazado a una posición subalterna.

Sin embargo, el margen de maniobra no es tan limitado como parece. Por de pronto, cabe entender que el artículo 150 lleva consigo la facultad del órgano de contratación para inadmitir la oferta afectada por una conducta colusoria si el informe del órgano de control confirma las sospechas de la

mesa. De otra forma no tendría sentido suspender el procedimiento antes de la adjudicación.

De la misma manera, la existencia de una resolución sancionadora no firme que afecte a un licitador, o una sanción pendiente de concretar la prohibición de contratar, son datos que han de ser relevantes en cuanto a la admisión de su oferta. Sería absurdo ignorar tal situación.

En términos generales, la mesa o el órgano de contratación han de tener la capacidad para reaccionar si constatan comportamientos en los licitadores que resulten contrarios a los imperativos de secreto de las proposiciones o de proposición única, o fraudes que afecten a la igualdad de los licitadores. Estos son comportamientos que cuestionan el orden público de la licitación, con independencia de que puedan suponer además un ilícito en materia de defensa de la competencia.

Como se ha apuntado, la Directiva 24/14 de contratación pública establece una responsabilidad del órgano de contratación en este ámbito. La exposición de motivos de dicha Directiva establece en este sentido lo siguiente:

101. Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato.

Teniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte, los poderes adjudicadores deben seguir gozando de libertad para considerar que se ha cometido una falta profesional grave cuando, antes de que se haya dictado una resolución definitiva y vinculante sobre la existencia de motivos obligatorios de exclusión, puedan demostrar por algún medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus propias obligaciones, incluidas las obligaciones relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, salvo que se disponga de otro modo en derecho nacional. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los

requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico. El derecho nacional debe establecer la duración máxima de dichas exclusiones.

Un planteamiento que se reproduce en los apartados 4/, 5/ y 6/ del artículo 57 de la misma Directiva, y también en la Directiva de concesiones. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea alude específicamente esta responsabilidad del órgano de contratación en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, recurso n.º C-470/2013.

A su vez, en la sentencia de 24 de octubre de 2018, asunto C-124/17, el citado Tribunal ha establecido lo siguiente:

procede tener en cuenta las funciones respectivas, por una parte, de los poderes adjudicadores y, por otra, de las autoridades investigadoras. Mientras que estas últimas están encargadas de determinar la responsabilidad de determinados actores por la comisión de una infracción de una norma, constatando con imparcialidad la realidad de los hechos que pueden constituir tal infracción, y de sancionar el comportamiento contrario a derecho adoptado por esos actores, los poderes adjudicadores deben apreciar los riesgos a los que podrían verse expuestos al atribuir un contrato a un licitador de dudosa integridad o fiabilidad.

Ciertamente no se puede predicar un efecto directo de la Directiva cuando esa aplicación resulta *contra cives*, pero ello no excluye una interpretación conforme de la normativa de transposición a propósito de las facultades del órgano de contratación.

Si el fraude se constata una vez adjudicado el contrato, lo que se impone es la declaración de nulidad de la adjudicación, y también del contrato si fuera el caso.

No cabe duda que la prohibición de contratar declarada con posterioridad a la adjudicación del contrato no tiene efectos retroactivos. Así lo impone el principio general de irretroactividad de los actos desfavorables y así lo ha establecido el Tribunal Supremo³⁴.

En consecuencia, la situación exige la tramitación de una declaración formal de nulidad de la adjudicación y del contrato; esto es, la revisión de oficio de los mismos.

34. Tribunal Supremo, sentencia de 6 de marzo de 2018, recurso n.º 2566/2015.

La Ley 9/17 no incluye ninguna causa de nulidad específicamente referida a la constatación sobrevenida de conductas colusorias del licitador, aunque en algún supuesto se ha invocado la causa establecida en el artículo 39.2.a/ de dicha Ley en cuanto a la falta de capacidad de la licitadora.

En todo caso cabe entender que la situación podría admitir encaje en la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1.a/ de la Ley 39/15; esto es, la referida a los actos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, concretamente en este caso la lesión del principio de igualdad de los licitadores. Quizás también se podría invocar la causa del apartado f/, en cuanto a los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

4

Conclusiones

Las anteriores reflexiones proponen dos conclusiones:

- En primer lugar, la escasa densidad normativa del derecho positivo de la competencia deja amplios márgenes a los actos de aplicación y a la jurisprudencia, en el momento de perfilar el alcance de las prohibiciones y de los ilícitos. Una circunstancia que tensiona al límite el principio de seguridad jurídica en el contexto de un sistema jurídico basado en el liderazgo de la Ley como es el nuestro.
- En segundo lugar, conviene pensar si es adecuado que, en el ámbito contractual, el control de la competencia quede canalizado esencialmente a través de la normativa de defensa de la competencia y la intervención de los órganos especializados en la misma o, como prevé el derecho europeo, convendría que el órgano de contratación disponga de un margen de maniobra adecuado para reaccionar frente a conductas colusorias.

En el ámbito de defensa de la competencia el método de investigación y decantación de las infracciones responde a una compleja tecnología de análisis económico y jurídico, que frecuentemente es innecesaria para identificar prácticas colusorias en licitaciones públicas. Se trata de un método pensado para un mercado de carácter general y abierto, para localizar prácticas que tengan repercusión significativa en el orden público económico.

En consonancia, la respuesta punitiva es en materia de defensa de la competencia de calibre muy grueso. Las sanciones están pensadas

para fraudes que afectan significativamente todo un mercado, y se calculan en millones de euros o en puntos porcentuales del volumen de negocios total de la empresa. Una penalización que puede resultar claramente excesiva en casos como el de un fraude efectuado con ocasión de una licitación modesta.

En definitiva, una vez acreditado razonablemente un intercambio de información entre licitadores, la coordinación de sus ofertas o un reparto de las licitaciones, no hace falta ir más lejos. Conviendría perfeccionar una respuesta adecuada desde el mismo ordenamiento contractual en cuanto al restablecimiento del orden jurídico alterado y a la sanción de los infractores, sin perjuicio de que paralelamente se instruya un expediente de defensa de la competencia si fuera el caso.

La figura administrativa de la promoción interadministrativa con movilidad

PABLO-DARÍO IBÁÑEZ CANO

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Funcionario del Ayuntamiento de Valencia y profesor asociado de la Universitat de València Estudi General.

Pablo.Ibanez@uv.es

1. Introducción
2. Estudio de la nueva figura administrativa
3. La promoción interna interadministrativa en los sistemas de acceso al empleo público y de provisión de puestos de trabajo

Resumen

El acceso y la provisión de puestos en las distintas legislaciones en materia de coordinación de policías locales vienen creando figuras jurídicas que podrían calificarse de dudosa constitucionalidad, o cuando menos, supuestos de difícil encaje legal. Muestra de ello es la “promoción interadministrativa con movilidad” creada en la Ley de Coordinación de Policía Local de la Comunitat Valenciana de 2017, que genera más problemas que beneficios aporta.

Palabras clave: *policías locales; legislación; promoción interadministrativa con movilidad.*

The inter-administrative promotion with mobility: an analysis

Abstract

The access and provision of positions in different legal provisions on the field of coordination of local police forces have created legal structures that has evoked doubts about their constitutionality or, at least, cases of

Artículo recibido el 01/09/2020; aceptado el 20/10/2020.

possible illegalities. Proof of this is the “inter-administrative promotion with mobility” created in the 2017 Valencian Community Local Police Coordination Law, which generates more problems than benefits.

Keywords: local police; legislation; inter-administrative promotion with mobility.

1

Introducción

Tal y como reconoce el legislador en el Preámbulo de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana, la Constitución Española atribuye a las comunidades autónomas (artículo 148.1.22.^a) la coordinación y otras facultades en relación con las policías locales. También el artículo 55.3 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana reconoce las competencias de la Comunidad para la coordinación de las policías locales, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades municipales y en el marco de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Más allá de esa remisión constitucional, ninguna explicación ofrece el Preámbulo sobre las formas de acceso y de provisión de puestos.

La nueva Ley de Coordinación valenciana incorporó en el artículo 60 una nueva modalidad de promoción interna (o de movilidad, según se mire):

1. La promoción interna en los cuerpos de policía local de la Comunitat Valenciana consiste en el ascenso a la categoría inmediatamente superior a la desempeñada como personal funcionario de carrera.

2. La promoción interna tendrá dos modalidades:

a) Promoción interna ordinaria: cuando el ascenso de categoría tenga lugar dentro del mismo cuerpo en el que el personal funcionario preste sus servicios.

b) Promoción interadministrativa con movilidad: cuando el ascenso de categoría tenga lugar a un cuerpo de policía local diferente al que pertenezca como personal funcionario de carrera.

2

Estudio de la nueva figura administrativa

La figura de la “promoción interadministrativa con movilidad” requiere de un estudio propio, para entender si este medio supone una promoción interna

ordinaria real, conforme a su ubicación sistemática en la Ley, o si supone un supuesto de movilidad con ascenso al que se aplican las reglas –extrañas– de la promoción interna vertical.

De entrada, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), regula la promoción interna en el artículo 18, inscrito en el Capítulo II del Título III, sobre derechos y deberes; mientras, la movilidad se regula en el artículo 81, inscrito en el Capítulo III del Título V, sobre ordenación de la actividad profesional. Esta diferente y lejana ubicación de los preceptos ya da cuenta de la separación con la que la normativa básica trata ambas figuras (promoción interna y movilidad), que tienen una naturaleza jurídica distinta y diferenciada.

El sistema de movilidad con ascenso se recogió por primera vez en la normativa de coordinación de policías locales de Andalucía, incorporándose tal figura *ex novo* en la normativa autonómica.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en sentencia de 21 de diciembre de 2009, falló que el sistema de movilidad no es un sistema de acceso, sino de provisión de puestos, pues la participación en el proceso selectivo no tiene la finalidad de adquirir la condición de funcionario de carrera, sino la de garantizar el derecho a la movilidad horizontal desde otros cuerpos de quienes ya ostentan la condición de funcionario, y pretenden con el ejercicio de ese derecho pasar a desempeñar las funciones propias de su categoría en otra Administración pública¹.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional², estamos ante un proceso selectivo en el que los funcionarios de un cuerpo de Policía Local acceden por el sistema de movilidad a otro cuerpo de Policía Local de distinto municipio. En este sentido, no era posible imponer un requisito de límite de edad a los supuestos de movilidad, o de permanencia en el mismo puesto, misma escala, de otro ayuntamiento. Siguiendo ese criterio, como supuesto de movilidad, la promoción interadministrativa con movilidad no podría imponer requisitos ni pruebas objetivas a superar por los aspirantes que no están previstas en la normativa específica en materia de movilidad, y por ello dicha movilidad solo podría hacerse desde una categoría, escala y grupo de una Administración a la análoga de otra Administración, con carácter horizontal, entre plazas iguales. Pues de otra forma resulta contrario a los principios constitucionales de igualdad,

1. En el mismo sentido, TSJ de Murcia, sentencia de 23 de noviembre de 2009, y STSJ de Galicia n.º 958/2012, de 4 de julio, Rec. 144/2012.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 29/2012, de 1 de marzo (ECLI:ES:TC:2012:29).

mérito y capacidad que han de presidir la regulación legal del acceso a las funciones públicas³.

La Sentencia también informa, en el último párrafo del Fundamento Jurídico 1.4, que “... la Ley andaluza de coordinación de policías locales establece tal límite de edad para el sistema de movilidad, sin extenderlo a la promoción interna pues en el este último caso nos hallamos ante la promoción del funcionario dentro del cuerpo al que pertenece, mientras que en la movilidad (con o sin ascenso) la persona de que se trate ingresa *ex novo* en un cuerpo de Policía local diferente”.

De estas sentencias se extraen las siguientes conclusiones ya conocidas:

1. Que la movilidad no es un supuesto de acceso, sino de provisión de puestos.
2. Que la finalidad de la movilidad no es que el aspirante obtenga la condición de funcionario de carrera, sino la de garantizar el derecho a la movilidad horizontal entre administraciones de quienes ya son funcionarios.
3. Que en la movilidad, por su horizontalidad, el funcionario pasa a desempeñar las funciones propias de su categoría en otra Administración pública.

Por tanto, puede concluirse que la movilidad está caracterizada por la horizontalidad, e implica el cambio de Administración del funcionario para ejercer en la Administración receptora las funciones y responsabilidades propias de su categoría en la Administración de origen, pero no para ejercer funciones propias de categorías superiores, especialmente cuando implican un ascenso de categoría, escala y subgrupo funcionarial, porque la movilidad interadministrativa no sirve primariamente a la carrera administrativa, sino a la racionalización en la gestión pública, y por ello no se configura como un derecho de los funcionarios, pues su finalidad es lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos, y su articulación requiere, *ex artículo 84.1 TREBEP*, del establecimiento de instrumentos de colaboración entre las distintas administraciones, preferentemente mediante convenio de conferencia sectorial.

La STSJ Galicia n.º 958/2012, de 4 de julio, Rec. 144/2012, en su FJ Tercero se encargaba de aclarar que “... existe una sustancial diferencia entre lo que son escalas (y categorías dentro de cada escala) y lo que son puestos de trabajo. Para pertenecer a una escala es preciso ingresar mediante un procedimiento de acceso. Para obtener un puesto de trabajo es preciso no solo contar

3. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 37/2004, de 11 de junio.

con una categoría y escala, sino su atribución expresa por los mecanismos de provisión (adscripción, comisión de servicios, concurso, etc.). Además hay que precisar que la pertenencia a una escala de la policía local no supone la pertenencia a una escala interadministrativa sino que como consecuencia de la autonomía local, cada ayuntamiento cuenta con sus propios funcionarios de la Policía Local, disponiendo de autonomía para convocar el procedimiento de ingreso, y tras el nombramiento se pasa a formar parte de la escala correspondiente de esa concreta Administración local”.

El legislador valenciano, posiblemente conocedor de esta circunstancia, decidió crear una figura de movilidad con ascenso, pero ubicándolo sistemáticamente en la ley dentro de la regulación de la promoción interna, quizás con el objeto de eludir las consecuencias que podrían derivar de los pronunciamientos previos de los tribunales de justicia y de esquivar esa característica de horizontalidad (dentro de la misma categoría) que posee la movilidad. Y así, como supuesto de promoción interna, podría estar sujeto a sus condiciones y requisitos (posesión de la titulación oficial exigida para el puesto al que se aspira, tener la condición de personal funcionario de carrera en la categoría inmediatamente inferior, haber prestado servicios al menos dos años en la categoría inmediatamente inferior y los demás requisitos que se exijan para la provisión de cada puesto, conforme al artículo 63 de la Ley 17/2017).

Inicialmente, en varias de las muchas versiones (hasta treinta, salvo error u omisión) que tuvo el Anteproyecto de Ley, a esta modalidad de movilidad con ascenso se le llamó “promoción externa”, lo que fue objeto de alegaciones por entender que se estaba creando un derecho a la carrera profesional que no existía en la legislación básica estatal, lo cual resultaba, indudablemente, ilegal. La consecuencia fue el cambio de nombre de “promoción externa” a “promoción interadministrativa con movilidad”, pero manteniendo las mismas características y requisitos, por lo que a nuestro entender, se llame como se llame, es un constructo que excede la normativa básica de función pública, y por ello puede resultar inconstitucional.

Por tanto, nos encontramos ante una figura que, aunque se regula en la Ley 17/2017 como un supuesto de promoción interna, en realidad es un supuesto de movilidad con ascenso que no existe en la legislación básica.

El artículo 16 TREBEP regula el concepto, los principios y las modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera:

1. *Los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional.*
2. *La carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.*

A tal objeto las administraciones públicas promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera.

3. Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades:

a) Carrera horizontal, que consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 17 y en el apartado 3 del artículo 20 de este Estatuto.

b) Carrera vertical, que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el capítulo III del título V de este Estatuto.

c) Promoción interna vertical, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que este no tenga Subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.

d) Promoción interna horizontal, que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.

4. Los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado en un mismo ámbito.

El artículo 18 del mismo Cuerpo legal básico regula la promoción interna en los siguientes términos:

1. La promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto.

2. Los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga Subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas.

3. Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto articularán los sistemas para realizar la promoción interna, así como también podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo.

Asimismo las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo.

4. Las administraciones públicas adoptarán medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional.

Y como puede apreciarse fácilmente de su lectura, en ningún momento la promoción interna está refiriéndose a la interadministratividad en el modelo de carrera profesional de la legislación básica.

En Título distinto del TREBEP se regulan, en el artículo 81 y siguientes, los supuestos de movilidad:

1. Cada Administración pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, y sin perjuicio del derecho de los funcionarios a la movilidad podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios públicos cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos.

2. Las administraciones públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares. Cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados. Los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos.

3. En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación.

Y más concretamente, regula en el artículo 84 los supuestos de movilidad voluntaria entre administraciones públicas:

1. Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas y las entidades locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante convenio de conferencia sectorial u otros instrumentos de colaboración.

2. *La Conferencia Sectorial de Administración Pública podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad*

3. *Los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración pública a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras administraciones públicas. En los supuestos de remoción o supresión del puesto de trabajo obtenido por concurso, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración.*

En el supuesto de cese del puesto obtenido por libre designación, la Administración de destino, en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente al del cese, podrá acordar la adscripción del funcionario a otro puesto de la misma o le comunicará que no va a hacer efectiva dicha adscripción. En todo caso, durante este periodo se entenderá que continúa a todos los efectos en servicio activo en dicha Administración. Transcurrido el plazo citado sin que se hubiera acordado su adscripción a otro puesto, o recibida la comunicación de que la misma no va a hacerse efectiva, el funcionario deberá solicitar en el plazo máximo de un mes el reingreso al servicio activo en su Administración de origen, la cual deberá asignarle un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración, con efectos económicos y administrativos desde la fecha en que se hubiera solicitado el reingreso.

De no solicitarse el reingreso al servicio activo en el plazo indicado será declarado de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde el día siguiente a que hubiesen cesado en el servicio activo en la Administración de destino.

En este sentido, la Conferencia Sectorial de Administración Pública solo ha aprobado un acuerdo para favorecer la movilidad interadministrativa de las empleadas públicas víctimas de violencia de género, regulado en el artículo 82 TREBEP (Resolución de 16 de noviembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, por la que se aprueba el Acuerdo para favorecer la movilidad interadministrativa de las empleadas públicas víctimas de violencia de género, BOE núm. 278, de 17/11/2018), legislación básica que no regula ningún supuesto de movilidad con ascenso de categoría, sino que caracteriza a la movilidad por su horizontalidad. Y así, el artículo Quinto punto 4 del Acuerdo establece:

4. La movilidad de la empleada pública se efectuará, en todo caso, a un puesto de trabajo ubicado en el ámbito geográfico nacional. Dicho puesto habrá de ser adecuado a la naturaleza de la relación de servicios de la solicitante y a su clasificación profesional, y esta deberá reunir los requisitos exigidos para el desempeño del mismo que figuren en la respectiva relación de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares, pudiendo realizarse, en su caso, las adaptaciones y equivalencias que sean necesarias.

Es decir, que ni tan siquiera para este supuesto excepcional y merecidamente bonificado, basado en violencia de género, se prevé que la movilidad implique un ascenso de categoría, escala y grupo o subgrupo, que sigue estando caracterizada por la horizontalidad.

Siguiendo con la regulación básica de función pública, el artículo 78.3 del TREBEP, en sede de principios y procedimientos de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera, ha previsto:

3. Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán establecer otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad a que se refiere el artículo 81.2, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos.

De nuevo encontramos que ni tan siquiera en la habilitación legal que el TREBEP realiza en favor de las leyes de función pública que desarrollen las comunidades autónomas, se prevé una figura de movilidad con ascenso de categoría, por lo que resulta procedente el estudio de esta normativa autonómica de función pública.

La Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, regula la promoción profesional en el artículo 114 y siguientes:

Artículo 115. Modalidades de la promoción profesional del personal funcionario de carrera.

La promoción profesional del personal funcionario de carrera se llevará a cabo mediante la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades:

a) Carrera horizontal, consistente en la progresión profesional a través de un sistema de grados, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

b) Carrera vertical, basada en la adquisición de un mayor nivel competencial, mediante la obtención de puestos de trabajo por concurso o libre designación.

c) Promoción interna vertical, por medio del acceso a un cuerpo o escala del grupo o subgrupo inmediatamente superior, dentro de su mismo itinerario profesional.

d) Promoción interna horizontal, a través del acceso a otro cuerpo o escala de un grupo o subgrupo de igual clasificación profesional.

e) Promoción interna mixta, mediante el acceso a un cuerpo o escala del grupo o subgrupo inmediatamente superior, correspondiente a otro itinerario profesional.

Vemos que la Ley de Función Pública Valenciana vigente, en uso de la competencia que le transfiere el artículo 78.3 TREBEP, ha creado una modalidad que no recoge la legislación básica, que denomina “promoción interna mixta”, que implica un cambio en el itinerario profesional, pero en ningún caso ha regulado un supuesto de promoción interadministrativa con movilidad, movilidad con ascenso, promoción interna con movilidad o promoción externa, o como quiera llamársele. Por tanto, esta Ley tampoco habilita la creación de la figura que se discute y de cuya constitucionalidad dudamos.

El artículo 118 regula la carrera vertical del personal funcionario de carrera:

1. La carrera vertical del personal funcionario de carrera consiste en la obtención con destino definitivo de puestos de trabajo que, según su clasificación, pueden conllevar una mayor responsabilidad o dificultad técnica y que supondrá el reconocimiento, con los efectos previstos en esta Ley, del nivel competencial correspondiente.

2. El nivel competencial se adquiere por el ejercicio, en la forma que reglamentariamente se determine, de puestos de trabajo que tengan asignado un mismo componente competencial, durante dos años continuados o durante tres con interrupción.

3. El personal funcionario tendrá derecho, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñe, a percibir como mínimo el componente competencial del complemento del puesto de trabajo correspondiente a su nivel consolidado.

Al hablar de “componente competencial” se está refiriendo a la carrera profesional, que es regulada por cada Administración y para esa Administración. Esto supone, para el supuesto de “promoción interadministrativa con movilidad”, lo siguiente:

- Que la Administración de origen tenga regulada la carrera profesional y asignados los componentes competenciales de cada puesto de trabajo.
- Que la Administración receptora también tenga regulada la carrera profesional, asignados los complementos del puesto de trabajo y el

componente competencial, y que unos y otros coincidan con los de la Administración de origen.

- La existencia de un convenio de reciprocidad entre ambas administraciones de reconocimiento de carrera profesional y componentes competenciales.

Siguiendo con la regulación de la promoción interna en la Ley 10/2010, viene regulada en el artículo 119 en los siguientes términos:

1. El personal funcionario de carrera podrá acceder, mediante promoción interna, a un cuerpo o escala del grupo o subgrupo inmediatamente superior al que pertenezca, o a otro de igual clasificación profesional.

No obstante lo anterior, el personal funcional del Subgrupo profesional C1 que reúna la titulación exigida podrá promocionar al Subgrupo profesional A2 sin necesidad de pasar por el Grupo B de acuerdo con la regulación establecida en esta Ley y en el Estatuto Básico del Empleado Público en relación con la promoción interna.

Las ofertas de empleo público reservarán un porcentaje no inferior al 40 por ciento de las vacantes que se convoquen a oposición o concurso-oposición.

La promoción interna se hará efectiva mediante los procedimientos selectivos que a tal efecto se convoquen, cuya participación estará en todo caso abierta a cualquiera de las modalidades previstas en las letras c, d y e del artículo 115, con respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, así como a los que rigen con carácter general el acceso a la función pública.

Dichas pruebas, podrán llevarse a cabo en convocatorias independientes de las de ingreso cuando, por conveniencia de la planificación general del personal, así lo acuerde el Consell.

2. Podrán participar en los procedimientos de promoción interna, el personal funcionario de carrera perteneciente a otros cuerpos o escalas, siempre que cumpla los requisitos establecidos en este artículo.

3. Para concurrir a las pruebas de promoción interna, deberán reunirse los requisitos exigidos para el acceso, haber prestado servicios efectivos en la Administración correspondiente durante, al menos, dos años en el cuerpo o escala desde el que se accede, así como superar las correspondientes pruebas selectivas.

4. Las convocatorias podrán establecer la exención de la realización de aquellas pruebas que tengan por objeto acreditar conocimientos ya exigidos en el acceso al cuerpo o escala de origen, por formar parte del mismo itinerario profesional. En este caso, las convocatorias determinarán el ámbito subjetivo de aplicación de la referida exención.

5. Quienes accedan a otro cuerpo o escala por el sistema de promoción interna tendrán, en todo caso, preferencia para cubrir los puestos de trabajo vacantes ofertados sobre el personal aspirante que no proceda de ese turno.

6. El personal funcionario que sea titular con destino definitivo de un puesto de trabajo cuyo desempeño esté asignado indistintamente a dos o más cuerpos o escalas y acceda por promoción interna a otro cuerpo o escala, distinto al de pertenencia, podrá adquirir la condición de personal funcionario en este último tomando posesión en dicho puesto.

7. La promoción interna del personal perteneciente a las agrupaciones profesionales funcionariales se realizará en los términos previstos en este artículo, salvo lo dispuesto en el artículo 25.3 de la presente Ley.

Procede a continuación hacer mención de las consecuencias administrativas de la provisión del puesto de comisario jefe mediante el procedimiento de promoción interadministrativa con movilidad. El funcionario que acceda al puesto no accederá por vez primera a la carrera funcionarial, pues ya ostentaba tal condición en otro ayuntamiento, pero sí accederá como nuevo funcionario del ayuntamiento convocante.

El artículo 101 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece:

Los puestos de trabajo vacantes que deban ser cubiertos por los funcionarios a que se refiere el artículo anterior se proveerán en convocatoria pública por los procedimientos de concurso de méritos o de libre designación, de acuerdo con las normas que regulen estos procedimientos en todas las administraciones públicas.

En dichas convocatorias de provisión de puestos de trabajo, además de la participación de los funcionarios propios de la entidad convocante, podrán participar los funcionarios que pertenezcan a cualquiera de las administraciones públicas, quedando en este caso supeditada la participación a lo que al respecto establezcan las relaciones de puestos de trabajo.

Por tanto, habrá de estarse a lo que prevea la relación de puestos de trabajo en cuanto al sistema de provisión de determinados puestos, o que esta sea modificada si no se adecúa a las formas de provisión previstas en la normativa autonómica sobre Policía Local.

Posteriormente, el artículo 84.1 TREBEP, sin perjuicio de su ulterior desarrollo de acuerdo con la disposición final 4.2 de esa Ley, dispone:

Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas y las

entidades locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante convenio de conferencia sectorial u otros instrumentos de colaboración.

A criterio del Tribunal Superior de Justicia de Aragón⁴:

La situación que ostenta el funcionario en los casos de movilidad administrativa es la de servicio en otras administraciones públicas de acuerdo con el art. 85.1.c Ley 7/2007, y tal situación es ostentada en la Administración de origen a la que continúa perteneciendo, como resulta con meridiana claridad del régimen que le es aplicable conforme al artículo 88.3 Ley 7/2007, de acuerdo con el que:

“Los funcionarios de carrera en la situación de servicio en otras administraciones públicas que se encuentren en dicha situación por haber obtenido un puesto de trabajo mediante los sistema de provisión previstos en este Estatuto, se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva y conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última”.

Esto es, los funcionarios con destino una administración pública distinta de aquella a la pertenecen no se integran como funcionarios de la que les recibe, sino que continúan en la de origen. Y si los funcionarios no lo son de la Administración de destino por razón de su nombramiento por este mecanismo, tampoco alcanzan tal condición en el momento o por razón de su cese en el puesto, en contra de lo que sostiene la recurrente. En efecto, ninguna norma respalda tal pretensión, y a tal efecto no es necesario entrar en la cuestión sobre si el art. 84.3 L 7/2007 se halla o no en vigor en razón de la DF 4.2 L 7/2007, pues coincidimos con el juzgador de primer grado que de dicha norma no resulta la consecuencia perseguida por la actora. Como con todo acierto señala la defensa de la Administración, todo lo más conlleva el derecho a permanecer en ella otro puesto que le sea asignado de acuerdo con las disposiciones aplicables a la Administración de destino, sin que se altere su situación de servicio en otras administraciones públicas en la Administración de origen.

Mantener lo contrario es confundir la selección de personal de las administraciones públicas con la forma de cubrir los diferentes puestos de sus relaciones de puestos de trabajo, cuando ambos son claramente

4. Sentencia 450/2017, de 13 de marzo, Sala de lo Contencioso, Sección 3, Rec. 103/2016 (ECLI: ES:TSJAR:2017:450).

distinguidos en los arts. 100 y 101 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que citamos por ser la Administración local el ámbito en que se ha promovido el conflicto.

Este criterio se reitera en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n.º 598/2013, de 05/11/2013, Rec. 96/2012, en los siguientes términos:

La movilidad interadministrativa de los funcionarios en los términos que resultan de dichos preceptos, descansa esencialmente en las relaciones de puestos de trabajo, que constituyen el instrumento mediante el cual las administraciones racionalizan y ordenan sus estructuras internas, clasifican los puestos, determinan las necesidades de personal y definen los requisitos para el desempeño de los puestos (art. 13 LFPV). Para que se produzca la movilidad interadministrativa debe estar prevista en la relación de puestos de trabajo.

El funcionario que mediante el mecanismo de movilidad interadministrativa pasa a desempeñar sus funciones en otra Administración distinta a la de pertenencia, queda en la de origen en situación de servicio en otras administraciones públicas, siéndole de aplicación la legislación de la Administración de destino en los términos previstos por el art. 58 LFPV, lo que no significa su ingreso en la función pública de destino, ni su integración en los cuerpos funcionariales que le son propios, ni siquiera la homologación del cuerpo de las demás administraciones que se haya admitido a efectos de provisión de puestos de trabajo.

El funcionario que en virtud de la movilidad interadministrativa ocupa un puesto en otra Administración, no por ello adquiere el derecho a la movilidad dentro de la nueva Administración como si de un funcionario propio se tratara. Su derecho a la movilidad permanece intacto en el ámbito de su Administración como si de un funcionario propio se tratara. Su derecho a la movilidad permanece intacto en el ámbito de su Administración de origen, pero no así en la de destino, que se seguirá rigiendo por los arts. 86 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la ley 7/2007, de 12 de abril (antes, 17 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública) y art. 57.3 LFPV, de forma que para que tenga derecho a la movilidad dentro de la Administración de destino será preciso que la relación de puestos de trabajo lo contemple expresamente.

Visto lo expuesto por las sentencias citadas, se plantea un nuevo problema con relación a la promoción interna interadministrativa:

- Como supuesto de movilidad –y si no lo fuera no se adjetivaría como interadministrativa–, el funcionario no quedaría integrado en

la Administración de destino, y por ello, no podría efectuar una nueva movilidad interadministrativa.

- Como supuesto de promoción interna, el funcionario quedaría integrado en la Administración de destino y podría efectuar una nueva movilidad interadministrativa.

Y esto es consecuencia de la mezcolanza de dos figuras administrativas que la legislación básica ha venido regulando separadamente desde tiempos inveterados en la normativa básica de función pública.

3

La promoción interna interadministrativa en los sistemas de acceso al empleo público y de provisión de puestos de trabajo

Conforme al artículo 61 TREBEP, sobre sistemas selectivos:

1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

(...)

6. Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos.

Esto hay que relacionarlo con la promoción interna y con la movilidad, de forma que, de nuevo, encontramos incoherencias normativas.

El artículo 16.1 TREBEP establece el derecho de los funcionarios de carrera a la promoción profesional, y describe los tipos de promoción interna en el apartado 3, c) y d).

El artículo 18.1 TREBEP que ya hemos citado, prevé que “La promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto”, aludiendo a los principios rectores del acceso al empleo público.

Por tanto, la naturaleza híbrida o mixta de la promoción interadministrativa con movilidad supone que como supuesto de promoción interna sería una forma de acceso, pero como supuesto de movilidad interadministrativa sería una forma de provisión de puestos. Y entre uno y otro caso, las diferencias son notorias.

El artículo 54 de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de la Generalitat, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana, en sede de sistemas de selección, establece que “La selección del personal funcionario de los cuerpos de Policía Local se realizará por los sistemas de turno libre y de promoción interna que se desarrollan en las secciones primera y segunda de este capítulo”.

El artículo 55, en sede de “acceso por turno libre” (Sección primera), establece:

El acceso por turno libre a los cuerpos de Policía Local de la Comunitat Valenciana se realizará a través de la categoría de agente de la escala básica, únicamente por oposición, e inspector o inspectora de la escala técnica, por concurso oposición, salvo que se trate de la jefatura del cuerpo, en cuyo caso se realizará por promoción interna o por promoción interadministrativa con movilidad, mediante la participación en los procesos de selección que a tales efectos convoque públicamente el ayuntamiento.

Y el artículo 56. 1, sobre sistema de selección, prevé que “los procedimientos de selección por turno libre será por oposición o concurso oposición, tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia...”.

Por tanto, de entrada, con la promoción interadministrativa con movilidad se está estableciendo un sistema de promoción interna con acceso por turno libre, lo que resulta contrario a la legislación básica de función pública.

Por otro lado, este sistema resulta al mismo tiempo incompatible con la modalidad de “movilidad” que tiene esta figura de la promoción interadministrativa con movilidad, regulada en el artículo 64 de la Ley 17/2017, pues dicho artículo, en el punto 3, nos recuerda que “el personal funcionario que ocupe plazas ofertadas por movilidad quedarán, en la Administración de origen, en la situación de servicios en otras administraciones públicas”.

Con relación al sistema de provisión, el artículo 65 ha previsto:

- 1. La provisión, por el turno de movilidad, de plazas correspondientes a las distintas categorías de los cuerpos de Policía Local de la Comunitat Valenciana se llevará a cabo por el procedimiento de concurso y se ajustará a los baremos establecidos.*
- 2. En todo caso, ese sistema de movilidad siempre incluirá una prueba psicomédica para determinar la idoneidad de la persona aspirante al nuevo puesto de trabajo, en los términos que se establezcan.*
- 3. Los ayuntamientos podrán realizar entrevistas a las personas aspirantes, al objeto de clarificar aspectos técnicos relativos a la experiencia y los méritos aportados, que no tendrán carácter eliminatorio.*

Esto es, que como supuesto de provisión de puestos solo cabe llevarse a cabo por el procedimiento de concurso, lo que a la vista del contenido de la Ley no es posible realizar como supuesto de promoción interna.

El artículo 67 regula los requisitos de las personas aspirantes en los procesos de movilidad:

- a) Los requisitos que se exijan para la provisión de cada puesto.*
- b) Haber prestado servicios efectivos en puestos ocupados en propiedad durante al menos dos años, como personal funcionario de carrera con la categoría desde la que se concursa.*
- c) Cualquier otro requisito que se establezca reglamentariamente.*

Esta circunstancia no está alineada con la normativa básica estatal (TREBEP), que en el artículo 79.2 dice que “Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo”; haciendo referencia únicamente a la provisión por concurso, y no mediante un sistema selectivo como el previsto para el acceso por promoción interna.

El artículo 84 TREBEP, sobre movilidad voluntaria entre administraciones públicas, establece:

- 1. Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas y las entidades locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante convenio de conferencia sectorial u otros instrumentos de colaboración.*
- 2. La Conferencia Sectorial de Administración Pública podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad.*
- 3. Los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración pública a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras administraciones públicas. En los supuestos de remoción o supresión del puesto de trabajo obtenido por concurso, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración.*

(...)

Y tal y como se ha visto, no existe convenio de conferencia sectorial ni otros instrumentos de colaboración que definan los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias que hagan posible la movilidad.

Todo esto a cuenta de si corresponde aplicar lo relativo al sistema de acceso, por la parte de promoción interna, o si corresponde aplicar lo relativo al sistema de provisión de puestos, por la parte de la movilidad. Y ello porque esa naturaleza mixta o híbrida de la promoción interadministrativa con movilidad nos proporciona soluciones extrañas, diversas e incompatibles entre sí al amparo de la legislación básica.

Así, conforme a la normativa autonómica específica en materia de Policía Local, podría convocarse un procedimiento selectivo para la cobertura de la plaza de comisario jefe de la Policía Local que se llevara a cabo mediante el sistema de concurso-oposición, que no es compatible con los supuestos de movilidad; pero por cuanto que consta de movilidad interadministrativa, cabe la posibilidad de que se hubiera convocado por concurso, lo cual no es compatible con los sistemas de acceso.

Toda esta confusión en torno a la figura de la promoción interadministrativa con movilidad crea una situación intolerable de inseguridad jurídica en cuanto a su naturaleza jurídica, su carácter mixto o híbrido, sus normas de aplicación y su forma de ejecución, que permite a la Administración, excediendo el tenor posible de la legislación básica en materia de función pública, moldear o acomodar la convocatoria de la plaza a características concretas de los aspirantes en la convocatoria, en contra de los principios de igualdad, mérito y capacidad; pues cuando pueda interesar se interpretará la cuestión como un supuesto de promoción interna, y cuando no interese, la Administración podrá invocar un supuesto de movilidad, creando en este punto la inseguridad jurídica que se denuncia contraria al ordenamiento constitucional.

Tal y como venimos diciendo, la figura de la promoción interna con movilidad, pese a estar regulada como una forma de promoción interna, es indudable que pertenece también al ámbito de la movilidad interadministrativa, pues no en vano se produce el traslado del funcionario de una Administración local a otra distinta, en la que efectúa un nuevo acceso por promoción interna, incrementando así la plantilla de personal de la Administración receptora.

El artículo 119 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, en sede de promoción interna del personal funcionario de carrera, establece en su apartado 4 que “Las convocatorias podrán establecer la exención de la realización de aquellas pruebas que tengan por objeto acreditar conocimientos ya exigidos en el acceso al cuerpo o escala de origen, por formar parte del mismo itinerario profesional. En este caso, las convocatorias determinarán el ámbito subjetivo de aplicación de la referida exención”.

En tales términos expresados y acotados a los supuestos de promoción interna, la realización de pruebas de oposición tendría acogida en la parte de

promoción interna de la promoción interna con movilidad, pero no así en la parte de movilidad, por cuanto que supondría no solo ir *contra legem* sino, además, una clara discriminación entre posibles aspirantes al puesto proscrita por el artículo 14 de la Constitución Española. Este es el problema de fondo de la creación de un híbrido sin sentido como es la promoción interna con movilidad, que, en definitiva, ni es promoción interna ni es movilidad, y quizás el legislador valenciano debiera haber repensado la figura de la movilidad con ascenso antes de blindarla con las garantías previstas para la promoción interna.

Las bases y los criterios uniformes para la selección, promoción y movilidad de las policías locales de la Comunitat Valenciana, escala técnica, fueron aprobados por Orden de 1 de junio de 2001, de la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas, de desarrollo del Decreto 88/2001, de 24 de abril, del Gobierno Valenciano. Este Decreto 88/2001 ha sido derogado por el actual Decreto 153/2019, pero su desarrollo reglamentario mediante Orden aún está por venir, por lo que siguen vigentes las órdenes relacionadas con aquel y en lo que no se opongan al nuevo Decreto.

Así, la Orden mencionada establece, en su artículo 1, que “Las pruebas que convoquen los municipios de la Comunidad Autónoma Valenciana para la provisión de puestos de trabajo de la escala técnica de la Policía Local, categorías de Intendente e Inspector, por promoción interna, turno libre o movilidad, se regirán por las bases de la convocatoria que se aprueben por el órgano correspondiente de los ayuntamientos, que deberán adaptarse a los contenidos, programas y baremos mínimos que se establecen en el anexo de la presente Orden”.

El artículo 23 del Decreto 153/2019, sobre las fases del proceso de selección por promoción interna, prevé que, “para el acceso a las escalas técnica y superior, solo será exigible lo dispuesto en los apartados c), d) y f) anteriores”, apartados que se transcriben literalmente a continuación:

c) Ejercicio escrito de preguntas con respuestas alternativas sobre los programas o temarios que se establezcan para cada categoría.

d) Ejercicio de carácter práctico.

(...)

f) Entrevista personal semiestructurada, objetiva y desarrollada bajo un guion estandarizado.

Por su parte, el artículo 25 del Decreto 153/2019, sobre provisión de puestos por movilidad, se refiere en todo momento al sistema de “concursos”, lo que excluye la realización de pruebas de conocimiento teórico como las propuestas para la promoción interna.

Rebus sic stantibus, de nuevo debemos reflexionar sobre la naturaleza jurídica (sistema de acceso versus sistema de provisión de puestos) que su-

pone la “promoción interadministrativa con movilidad” y su conflictiva naturaleza jurídica mixta, por cuanto que de ella, y a la vista de lo expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.^a– Si se considera un supuesto de promoción interna, entonces debemos remitirnos a las pruebas de conocimientos del artículo 23 del Decreto 153/2001, y entender que ha sido tácitamente derogada la previsión de la Orden de 1 de junio de 2001 por el principio de jerarquía de normas.

2.^a– Si se considera un supuesto de movilidad –con ascenso, pero movilidad–, entonces huelga imponer prueba de conocimiento alguna, pues debería sustentarse por el procedimiento de “concurso” puro y llanamente.

3.^a– En ningún caso la naturaleza jurídica mixta y compleja de la promoción interna con movilidad debe dejar al arbitrio de la Administración convocante la elección de qué pruebas debe realizar, pues la competencia de coordinación en materia de Policía Local la otorga directamente la Constitución Española a las comunidades autónomas por virtud de lo establecido en el artículo 148.1.22.^a de la Carta Magna, y permitir que sean los ayuntamientos quienes decidan el tratamiento jurídico que dan a la figura de la promoción interna con movilidad vulneraría la garantía institucional que permite reconocer a la Administración autonómica como tal en sus competencias, por virtud de la competencia conferida constitucionalmente, al quedar despojada en tal caso de la facultad de regulación en su función de coordinación.

Convendría, pues, finalmente, revisar esta figura administrativa, so pena de que el legislador valenciano prefiera obtener la solución vía jurisdiccional, cosa que es probable que no tarde en suceder.

Comentario a la nueva Ley catalana de protección y ordenación del litoral

CARLES ROS ARPA
Secretario de Administración local

- 1. Marco competencial, y objetivo de la Ley**
- 2. Ámbito e instrumentos de aplicación de la Ley**
 - 2.1. Ámbito de aplicación de la Ley
 - 2.2. El Plan de protección y ordenación del litoral
 - 2.3. Los planes de usos del litoral y de las playas
- 3. Régimen de intervención administrativa en las zonas de servidumbre**
 - 3.1. Autorización de la Generalitat
 - 3.2. Declaración responsable ante el ayuntamiento
- 4. Utilización del dominio público marítimo-terrestre**
 - 4.1. Régimen de ocupación y uso de las playas según su naturaleza
 - 4.2. Explotación de servicios de temporada y actividades previstas por los planes de uso del litoral y de las playas
 - 4.3. Autorizaciones de actividades no previstas por los planes de uso del litoral y de las playas
 - 4.4. Concesiones
- 5. Otros aspectos de la Ley**
 - 5.1. Régimen económico-financiero del DPMT
 - 5.2. Información y participación públicas
 - 5.3. Competencias administrativas
- 6. Consideraciones finales**

Resumen

La Ley catalana 8/2020, de 30 de julio, de protección y ordenación del litoral, tiene como objetivo principal la gestión integrada de las competencias de las tres administraciones públicas implicadas. La Ley alcanza este objetivo de forma satisfactoria en el reparto competencial

Artículo recibido el 28/09/2020; aceptado el 21/10/2020.

entre Generalitat y ayuntamientos, a través de las dos figuras que tienen que desarrollar su aplicación: el Plan de protección y ordenación del litoral y los planes de uso del litoral y de las playas.

Este objetivo no se logra en las relaciones entre la Administración del Estado y la Generalitat. Queda sin resolver el desequilibrio entre la Administración que recauda la mayoría de los ingresos procedentes del DPMT y la Administración que asume buena parte de competencias ejecutivas sobre el mismo.

El nuevo canon que graba la explotación de actividades que requieren una concesión de la Generalitat ha de tener un alcance limitado. En términos generales, habría que garantizar que los ingresos derivados de los cánones por la ocupación o el aprovechamiento del DPMT se destinasen efectivamente a la mejora, conservación, recuperación y restauración del dominio público del propio territorio donde se produce la ocupación grabada.

Palabras clave: *gestión integrada del litoral; plan de protección y ordenación; planes de uso; canon de explotación de actividades.*

A comment to the new Catalan regional law on the protection and planning of the coastline

Abstract

The aim of the Catalan regional Law 8/2020, of July 30, on the protection and planning of the coastline, is the proper regulation of the integrated management of the competences of the three levels of the administration involved. The Law achieves this objective in a satisfactory manner in the distribution of powers between the regional level –the Generalitat– and the local level –municipalities– through the following two tools: the Plan for the protection and management of the coastline and the plans for the use of the coastline and beaches. However, the Law does not achieve this objective regarding the relations between the central and regional governments. It is not solved the imbalance between the central government, which collects most of the income from the maritime-terrestrial public domain, and the regional government which assumes a large part of the executive powers in this area.

The new fee that charges the exploitation of activities that require a concession from the regional government should have a limited scope. In general terms, it should be ensured that the income derived from the

fees for the occupation or use of the maritime-terrestrial public domain are effectively used for the improvement, conservation, recovery, and restoration of the latter.

Keywords: integrated coastline management; protection and management plan; usage plans; fee of exploitation of activities.

1

Marco competencial, y objetivo de la Ley

La Administración del Estado ostenta la titularidad del dominio público marítimo-terrestre (en adelante, DPMT) en virtud del artículo 132.2 de la Constitución de 1978. El artículo 149.3 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 mantiene la ordenación del litoral como una competencia exclusiva de la Generalitat, tal como ya preveía el anterior Estatuto de 1979, y además le atribuye competencias compartidas en materia de DPMT.

De acuerdo con esta ampliación del nuevo Estatuto, en los años 2007 y 2008 el Estado traspasó a la Generalitat de Cataluña competencias compartidas de carácter ejecutivo en materia de ordenación del litoral y del DPMT. En el exhaustivo estudio *El desenvolupament de l'autogovern en matèria de territori, paisatge, litoral i urbanisme*¹, conclusiones Tercera y Cuarta (páginas 129 y siguientes), se declara que el traspaso de competencias de Costas a la Generalitat no convierte a esta en Administración única, y que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional otorga al Estado un régimen general de libre configuración sobre la materia, representado por la vigente Ley de Costas.

Y ante esta persistente concurrencia competencial, el mencionado estudio académico concluye que hay que profundizar en la vía de la coordinación y la cooperación, y propone crear un órgano colegiado a escala autonómica, con la participación de todas las administraciones territoriales implicadas en la gestión de competencias sobre el litoral catalán (conclusión Octava).

El punto II de la exposición de motivos de la propia Ley 8/2020, de 30 de julio, de protección y ordenación del litoral² (en adelante LPOL), constata

1. Obra colectiva dirigida por Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ. 2017. Instituto de Estudios del Autogobierno, Departamento de Presidencia de la Generalitat de Cataluña. (http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/ieag_03.pdf)

2. Ley 8/2020, de 30 de julio, de protección y ordenación del litoral (“BOE” núm. 217, de 12 de agosto de 2020, páginas 68442 a 68464).

que en esta materia se produce una “segmentación a partir de una distribución competencial compleja entre Estado, Generalitat y ayuntamientos”.

Podemos concluir que, ante esta concurrencia competencial de base constitucional, difícilmente una ley catalana puede, por sí sola, establecer la pretendida gestión integrada del litoral catalán. Habría sido necesario un nuevo acuerdo entre la Generalitat y la Administración del Estado sobre traspaso de competencias y de ingresos públicos derivados del DPMT, y que los nuevos mecanismos de coordinación y cooperación que prevé la LPOL incorporaran a la Administración central, además de la Generalitat y los ayuntamientos. De esta forma, la Ley queda a medio camino en su objetivo de lograr esta gestión administrativa integrada del litoral. Hace avances importantes en la distribución e integración de las competencias autonómicas y municipales, pero continúa sin conseguirse una coordinación clara y eficaz entre el Estado, la Generalitat y los ayuntamientos.

2

Ámbito e instrumentos de aplicación de la Ley

2.1

Ámbito de aplicación de la Ley

Según el artículo 2 de la LPOL su ámbito de aplicación son los bienes de dominio público y ecosistemas marítimo-terrestres del litoral de Cataluña, y la zona de influencia del DPMT que “comprende una franja mínima de mil metros, aplicada en proyección horizontal tierra adentro, desde el deslinde del dominio público marítimo-terrestre, en todo el litoral de Cataluña, franja que puede ser ampliada pero nunca reducida por el Plan de protección y ordenación del litoral”.

2.2

El Plan de protección y ordenación del litoral

Según el artículo 6 de la Ley, el Plan de protección y ordenación del litoral (en adelante PPOL) “es el instrumento básico de ordenación y gestión integrada del ámbito terrestre y marino del litoral catalán”.

Tiene la naturaleza jurídica propia de los planes directores urbanísticos, y se le aplica lo previsto por la legislación urbanística catalana para estos planes.

Ámbito: es el propio ámbito de aplicación de la ley mencionado del artículo 2.

Contenido: de lo previsto en el artículo 7 de la Ley, se puede destacar lo siguiente:

(...)

a) *El diagnóstico y la caracterización del estado del litoral, con indicación de la tipología de costa, la climatología, los espacios protegidos y la determinación de su regresión o acreción.*

(...)

c) *La clasificación y la categorización de los tramos de playas, de acuerdo con los criterios fijados por el artículo 19, la determinación de los umbrales de su capacidad de carga y la definición de los límites máximos de ocupación.*

(...)

g) *Los criterios territorializados para atender las demandas de autorizaciones y de los servicios de temporada de las playas en dominio público marítimo-terrestre.*

(...)

k) *Los criterios para determinar las prioridades de inversión en el ámbito territorial del plan.*

(...)

Vigencia: indefinida, según el artículo 15 de la LPOL, pero se tiene que actualizar como mínimo cada 10 años.

2.3

Los planes de usos del litoral y de las playas

Los artículos 10 y siguientes de la Ley regulan los planes de uso del litoral y de las playas (en adelante PULP). Su objeto es desarrollar el Plan de protección y ordenación en el DPMT y en los terrenos de titularidad pública situados en su zona de servidumbre de protección, con la ordenación de las ocupaciones para los servicios de temporada y las actividades que solo exijan, como mucho, instalaciones desmontables o bienes muebles.

Ámbito: pueden alcanzar uno o varios términos municipales colindantes.

Contenido: de lo previsto en el artículo 11 de la Ley, se puede destacar lo siguiente:

- regular los servicios de temporada de las playas y de las actividades que el Plan prevé que puedan ser objeto de autorización atendiendo a la clasificación de las playas, los umbrales de capacidad de carga y los límites máximos de las ocupaciones fijadas por el PPOL;

- regular la utilización de las playas, los servicios mínimos de vigilancia y salvamento, la seguridad humana en los lugares de baño, la accesibilidad y otras condiciones generales sobre el uso de las playas y sus instalaciones;
- determinar las actividades susceptibles de ser autorizadas en la playa por el ayuntamiento como consecuencia de fiestas de relevancia local, acontecimientos deportivos, culturales, de interés general con repercusión turística.

Tramitación y aprobación:

Los PULP son elaborados por los ayuntamientos y se tienen que someter al procedimiento de evaluación ambiental estratégica de acuerdo con la legislación sectorial aplicable (Ley catalana 6/2009, de 28 de abril, de evaluación ambiental de planes y programas).

El mencionado procedimiento se tendrá que simultanear con el propio de la aprobación de los PULP, que incluye la aprobación inicial por el ayuntamiento, el trámite de información pública, la aprobación provisional del ayuntamiento, y la aprobación definitiva por la Generalitat.

El artículo 13.6 de la Ley no especifica desde cuándo empieza a contar el plazo de seis meses para la aprobación definitiva. Tenemos que entender que cuenta desde la recepción por el órgano competente de la Generalitat del PULP aprobado provisionalmente. Considero que es un plazo excesivo, que alargará todavía más el procedimiento de aprobación de los PULP.

Así, por ejemplo, para la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbanística municipal (los antiguos planes generales), unos instrumentos bastante más extensos y complejos técnicamente que un PULP, el artículo 91 del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña prevé que se entienden aprobados por silencio administrativo positivo en el plazo de cuatro meses. Y para la tramitación de los planes urbanísticos derivados, el plazo del silencio positivo queda reducido a tres meses.

Hay que recordar que en el anteproyecto de la LPOL el procedimiento de aprobación de los PULP no incorporaba el procedimiento de evaluación ambiental estratégica. Esto último parecía razonable si tenemos en cuenta que el PULP está sometido al PPOL, y que a este ya se le aplica el procedimiento de evaluación ambiental en tanto que plan director urbanístico. Además, el contenido de los PULP (servicios de temporada y actividades, a lo sumo, con instalaciones desmontables y bienes muebles) no parece que pueda suponer un impacto ambiental merecedor de dicha evaluación.

La larga tramitación del PULP que hemos referido supondrá que si un ayuntamiento quiere tenerlo aprobado o revisado para el inicio de la tem-

porada turística lo tendrá que empezar a tramitar antes de finalizar –o justo finalizada– la temporada anterior.

Vigencia: Los PULP tienen una vigencia de 5 años prorrogables por períodos de como máximo 5 años. Téngase en cuenta que su modificación y revisión, según el artículo 16.2 y con las excepciones que pueda establecer el reglamento de desarrollo de la Ley, estarán sujetas al mismo procedimiento que su aprobación.

Esto exigirá un elevado rigor técnico a la hora de la elaboración del PULP por el ayuntamiento, dado que sus errores o carencias no se podrán enmendar o completar con la facilidad del procedimiento hasta ahora aplicable a los planes de usos y servicios de temporada de las playas. Y requerirá diligencia por parte de la Generalitat en la aprobación definitiva de los PULP para reducir en la práctica el plazo legal de 6 meses.

3

Régimen de intervención administrativa en las zonas de servidumbre

3.1

Autorización de la Generalitat

Según el artículo 17 de la LPOL, la competencia en relación con las obras, usos e instalaciones a realizar en las zonas de servidumbre de protección, tráfico y acceso al mar varía según si aquellas suponen o no un incremento de la superficie ocupada o de la volumetría existente o un cambio del uso autorizado.

En caso afirmativo, el título de intervención es la autorización, y la Administración competente, la Generalitat. Además de la documentación técnica requerida, la petición a la Generalitat tiene que ir acompañada de un certificado de compatibilidad urbanística del ayuntamiento.

Por lo tanto, el promotor tendrá que dirigirse por un lado a la Generalitat para obtener la autorización en zona de servidumbre, y por otro al ayuntamiento para la licencia o comunicación urbanística. Hubiera sido más sencillo para los administrados poder presentar una sola petición ante el ayuntamiento, con toda la documentación, para obtener la autorización y la licencia/comunicación urbanística. Que el ayuntamiento comprobara que la petición para la autorización de Costas va acompañada de toda la documentación requerida en el artículo 17.1 y verificara la compatibilidad urbanística de la obra, uso o instalación. Y después trasladara la solicitud de autorización a la Generalitat, y de forma simultánea tramitara la licencia urbanística.

En este punto, hay que recordar que, de acuerdo con la disposición adicional quinta de la Ley de Costas, las concesiones, autorizaciones o declaraciones responsables sobre el DPMT prevalecen en todo caso sobre los otros títulos de intervención de las administraciones públicas, y que, si estos se otorgan antes que aquellas, su eficacia queda demorada al otorgamiento del título de la Administración de Costas.

El plazo de 4 meses de procedimiento que contempla el artículo 17.3, que es el doble que el previsto para el otorgamiento de una licencia urbanística de una obra mayor, tendría que ser suficiente para esta gestión integrada de ambas intervenciones administrativas.

3.2

Declaración responsable ante el ayuntamiento

Las nuevas actuaciones en relación con obras, usos e instalaciones implantadas legalmente y que no supongan un incremento de la superficie ocupada o de la volumetría existente o un cambio del uso autorizado, están sujetas al régimen de declaración responsable ante el ayuntamiento.

4

Utilización del dominio público marítimo-terrestre

4.1

Régimen de ocupación y uso de las playas según su naturaleza

El artículo 19 de la LPOL prevé cuatro clases de tramos de playas: urbanos, seminaturales, naturales y de protección especial. Estas categorías, que la Ley no define, tendrán que ser concretadas en el PPOL. A este corresponderá también la clasificación de cada tramo de playa en una de las cuatro categorías mencionadas, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- la clasificación y las categorías de suelo que establece la planificación territorial y urbanística para los terrenos adyacentes que no forman parte del DPMT;
- las infraestructuras con que las playas confrontan;
- la mayor o menor presencia de elementos naturales.

El PPOL debe tener en cuenta en la clasificación que los tramos de playas de especial protección son incompatibles con la presencia de instalaciones y servicios. Corresponde también al Plan fijar el límite máximo de las

ocupaciones de los tramos de playas, atendiendo a su capacidad de carga y a los criterios definidos por el Plan mismo.

La capacidad de carga es un concepto jurídico indeterminado que la LPOL utiliza hasta seis veces. No lo define propiamente, si bien su artículo 5 b), al fijar las directrices a seguir en la formulación de los instrumentos de protección, ordenación y gestión del litoral, lo vincula a la consideración integrada del conjunto de aspectos relativos a los sistemas hidrológicos y geomorfológicos y a los impactos climáticos, ecológicos, socioeconómicos y culturales de la zona costera.

4.2

Explotación de servicios de temporada y actividades previstas por los planes de uso del litoral y de las playas

El artículo 20 de la LPOL atribuye a los ayuntamientos, de acuerdo con los planes de uso respectivos, “la explotación de los servicios de temporada de las playas, el otorgamiento de las autorizaciones para el resto de actividades previstas por el PULP, y la regulación de las actividades no previstas por este plan que sean de competencia municipal”.

Y somete los procedimientos para la licitación de la explotación de los servicios de las playas a los principios de publicidad, objetividad, transparencia y concurrencia competitiva.

En consonancia con la Ley 9/2017, de contratos del sector público, que hace prevalecer la calidad de los servicios y de las prestaciones por encima de los criterios meramente economicistas, creo que habría sido acertado que la LPOL hubiera previsto la obligación de establecer, en los pliegos de condiciones de adjudicación de la explotación de los servicios de temporada, que los criterios de puntuación tuvieran un umbral mínimo de porcentaje no referido a la oferta económica y sí a la calidad del servicio y a su adecuada integración en el entorno. Habría sido una forma de paliar el problema recurrente de las ofertas económicas excesivamente elevadas en las licitaciones, que provocan que después los adjudicatarios se vean en la necesidad de “sobreexplotar” el servicio, en detrimento de su calidad y en perjuicio tanto de los usuarios como del medio ambiente.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el plazo de 4 años de explotación de los servicios por terceros no coincide con el plazo de vigencia de los PULP, que es de 5 años. Con el tiempo esto supondrá que haya adjudicaciones de servicios que estén vigentes con dos PULP diferentes.

Por ello, es recomendable que las adjudicaciones de los servicios de temporada hechas por los ayuntamientos, en la medida en que a lo largo de su vigencia pueden quedar afectadas por una posterior revisión o modificación del PULP, contemplen que la vigencia de la autorización para cada temporada estará condicionada al contenido del PULP aprobado definitivamente por la Generalitat. Ello sin perjuicio de que los cambios en el Plan de usos con incidencia económica en la explotación puedan dar lugar a un reequilibrio de las condiciones económicas iniciales.

4.3

Autorizaciones de actividades no previstas por los planes de uso del litoral y de las playas

El artículo 21 de la Ley somete a la autorización administrativa previa de la Generalitat las siguientes actividades en el DPMT no previstas por los PULP:

- a) Aquellas en que, sin requerir obras o instalaciones de ningún tipo, concurren circunstancias de especial intensidad, peligrosidad o rentabilidad.
- b) Aquellas que comporten la ocupación del dominio público marítimo-terrestre con instalaciones desmontables o con bienes muebles.

4.4

Concesiones

Su otorgamiento, para la ocupación del DPMT con obras o instalaciones no desmontables, es competencia de la Generalitat.

La adjudicación de las concesiones y sus prórrogas, según el artículo 22.4 de la Ley, no puede ser contraria al PPOL, y sus plazos de vigencia se tienen que determinar de acuerdo con los criterios de gradación que establece este plan.

El artículo 23 prevé que las obras de reparación, mejora, consolidación y modernización de las construcciones existentes en el DPMT, que dispongan de una concesión vigente y que resulten contrarias a la legislación en materia de costas o al PPOL, solo serán admisibles si no comportan incremento de la superficie ocupada o de la volumetría existente. Tales obras están sujetas al régimen de declaración responsable ante la Generalitat.

El mencionado precepto concuerda con la disposición transitoria cuarta.2 de la vigente Ley de Costas. Prevé una situación análoga a la del volumen disconforme de la legislación urbanística.

Según el artículo 24.2, la Generalitat tiene que llevar actualizado el Registro de concesiones del DPMT, en que se tienen que inscribir de oficio, de la manera que se determine por reglamento, las concesiones.

5

Otros aspectos de la Ley

5.1

Régimen económico-financiero del DPMT

En esta materia la obra *El desenvolupament de l'autogovern en matèria de territori, paisatge, litoral i urbanisme*, referida en el punto 1 de este trabajo, concluye lo siguiente:

El régimen económico y financiero propio del dominio público marítimo-terrestre catalán es el aspecto en que existe menos margen normativo por parte de la Generalitat. Aunque el artículo 149.3.c) del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuía a la Generalitat la competencia exclusiva en la regulación y la gestión del régimen económico y las finanzas del dominio público, lo cierto es que las competencias efectivamente traspasadas solo hacen referencia al canon por la explotación de la actividad, pero no hacen referencia a los cánones por la utilización o el aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, que se los reserva el Estado –tanto en cuanto a la capacidad para fijar el importe como en cuanto a la recaudación–. Esto limita de forma efectiva la capacidad real de desarrollar políticas más ambiciosas en materia de ordenación del litoral y puede suponer el auténtico talón de Aquiles del nuevo régimen jurídico, si no se dota a la Generalitat de nuevas competencias o no existe una voluntad política clara de las diferentes administraciones con competencias en el ámbito litoral –entre las cuales está la estatal–.

Ingresos de la Generalitat: canon de explotación de actividades mediante concesiones.

El artículo 25.1 de la LPOL prevé que toda explotación de actividades en el DPMT para cuya realización sea necesaria una concesión de la Generalitat devenga el canon correspondiente a su favor, sin perjuicio de los cánones que también sean exigibles por otras administraciones.

Y el artículo 25.7 establece que los ingresos derivados del canon de explotación de actividades procedentes de las concesiones sobre DPMT están destinados a la mejora, la conservación, la recuperación y la restauración de este dominio público del territorio de Cataluña.

Con el canon de explotación de actividades mediante concesiones la Generalitat quiere aprovechar el pequeño margen que le queda para obtener algún ingreso, teniendo en cuenta que la Administración central continúa percibiendo el canon por ocupación del DPMT por las concesiones de costas, aunque las otorgue la Generalitat. La Generalitat entiende que canon de ocupación y canon de explotación graban hechos impositivos diferentes, porque no todas las concesiones están vinculadas a la explotación de una actividad.

Lo cierto es que, si bien puede haber una ocupación del dominio público sin explotación, no puede haber una explotación sin ocupación. El artículo 84 de la Ley de Costas, cuando regula el importe del canon estatal de la concesión, tiene en cuenta como uno de los criterios de valoración el uso a realizar en el dominio público; y el mismo artículo establece que el valor resultante será incrementado con el importe medio estimado de los beneficios netos anuales. Aquí se plantea la cuestión de si se puede estar produciendo una doble imposición tributaria entre el canon de ocupación estatal y el nuevo canon de la explotación de la actividad, cuestión de carácter tributario que excede el objeto de este artículo.

Ingresos de los ayuntamientos: precio público, canon y tasa.

El artículo 26 de la LPOL establece tres tipos de ingresos diferentes para los ayuntamientos, que se resumen así:

- Gestión directa del servicio de temporada: precio público que paga el usuario del servicio.
- Gestión indirecta del servicio de temporada: canon de licitación que paga el adjudicatario del servicio, el cual cobra precios privados a los usuarios.
- Resto de actividades autorizadas por los ayuntamientos: tasa que paga quien realiza la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público.

La regla general es que los ayuntamientos adjudican la explotación de los servicios de temporada a un tercero, con lo cual los precios que pagan los usuarios serán de naturaleza privada.

Los importes de tasas y precios públicos se determinarán en las ordenanzas fiscales, sin perjuicio de los pagos que sean exigibles por otras administraciones.

Hay que recordar que la Administración del Estado cobra su canon a los ayuntamientos por los servicios de temporada. El canon estatal reduce así los

ingresos de los ayuntamientos, que tienen que asumir los gastos de los servicios de socorrismo, limpieza de playas y otros previstos en el artículo 30 i) de la propia LPOL.

5.2

Información y participación públicas

El artículo 27, dedicado a la garantía de información pública, contempla que los pliegos de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones se tienen que publicar en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña.

En la tramitación de concesiones, así como de autorizaciones de vigencia superior a un año no previstas por los PULP respectivos, se tiene que garantizar un trámite de información pública.

El título VI de la LPOL, dedicado a la participación pública, prevé dos tipos de órganos colegiados sin personalidad jurídica, que tienen por función velar por la aplicación del PPOL y de los PULP, y ejercer las funciones de participación, consulta, tutela de la gestión y evaluación del cumplimiento de objetivos, y garantizar el respeto de la normativa reguladora:

- El Consejo Rector del PPOL, adscrito al Departamento competente de la Generalitat.
- Los consejos rectores de los PULP, adscritos a los ayuntamientos respectivos que impulsan la aprobación de estos planes.

El régimen de funcionamiento y la composición de los consejos rectores se establecerán por reglamento. La Ley prevé que deben tener representantes de las administraciones públicas competentes (se entiende que de las tres administraciones competentes en materia de costas, a pesar de que el artículo 28.3 menciona solo la representación municipal), de asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales en el ámbito territorial de los planes respectivos, y de expertos en las disciplinas profesionales directamente relacionadas con el litoral.

5.3

Competencias administrativas

Los artículos 29 y 30 de la LPOL distribuyen con detalle las competencias entre Generalitat y municipios.

Régimen sancionador:

En el ámbito municipal, el artículo 31.1 de la Ley reparte la potestad para resolver los expedientes sancionadores entre el alcalde (sanciones leves) y el pleno (sanciones graves). Pero este reparto no concuerda con el que resulta de la aplicación conjunta del artículo 97.2 de la Ley de Costas, que establece para las infracciones leves multas de hasta 60 000 €, y del artículo 99 de la misma Ley, que prevé que los alcaldes podrán imponer multas según lo previsto en la propia Ley hasta 12 000 €.

A partir de ahora puede plantearse la duda de quién es competente para imponer multas entre 12 001 y 60 000 €. No está claro que el traspaso de funciones de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña que hace el Real Decreto 1404/2007, de 29 de octubre, al atribuir la vigilancia y el régimen sancionador en relación con las autorizaciones de usos de temporada en las playas y en el mar territorial (zonas de fondeo, pantalanes flotantes y usos análogos), y las otras autorizaciones de actividades que menciona el Anexo B) 3, incluya la competencia para modificar la distribución que hace la Ley de Costas de las competencias sancionadoras municipales.

En la Generalitat, la potestad sancionadora queda repartida entre el director general competente en materia de ordenación del litoral cuando la multa propuesta sea inferior a 600 000 euros, y el conseller competente cuando sea igual o superior a dicho importe.

Comisión de Ordenación del Litoral:

El artículo 32 de la LPOL crea la Comisión de Ordenación del Litoral, dependiente de la Generalitat, con funciones de carácter resolutivo, consultivo e informativo, y, a petición de los ayuntamientos, con funciones interpretativas.

Su composición se establecerá por reglamento, que tiene que garantizar que estén representados los departamentos y los entes locales con competencias en materia de ordenación del litoral, y que tengan participación personas con reconocido prestigio profesional y experiencia en materia ambiental, de lucha contra el cambio climático, de costas y de urbanismo. La Ley no menciona la presencia de ningún representante de la Administración del Estado.

Entre sus competencias resolutorias se incluyen las de aprobar definitivamente los PULP, otorgar las concesiones de ocupación del DPMT, y establecer sus modificaciones sustanciales y prórrogas.

6

Consideraciones finales

1.^a) La nueva Ley resuelve de forma satisfactoria el reparto de competencias entre Generalitat y ayuntamientos a través de las dos figuras que tienen que desarrollar su aplicación: el Plan de protección y ordenación del litoral y los planes de uso del litoral y de las playas. Una vez la Generalitat haya aprobado el primero (puede tardar todavía más de dos años), los ayuntamientos tendrán que elaborar y tramitar los segundos, en un procedimiento complejo y que promete ser largo.

Pero una vez aprobados sus respectivos PULP los ayuntamientos habrán aumentado sus competencias ejecutivas en este ámbito. Hasta ahora era necesaria una autorización de la Generalitat incluso para actividades tan inocuas como una salida a la playa de la gente mayor de una residencia, con la instalación de una pequeña carpa.

2.^a) La gestión integrada de competencias entre Generalitat y ayuntamientos podría haber avanzado más en algún aspecto, como el mencionado de la tramitación de autorizaciones en zonas de servidumbre y licencias o comunicaciones urbanísticas. En este sentido, podemos considerar que hoy todos los ayuntamientos del litoral catalán tienen una estructura administrativa mínima para garantizar, al menos, una parte de la tramitación de estas autorizaciones. Y si el legislador catalán no lo entiende así, podría haber hecho uso del principio de diferenciación en la atribución de competencias administrativas, previsto en los artículos 84.3 y 88 del vigente Estatuto de Autonomía.

3.^a) El objetivo de la gestión integrada de competencias sobre el litoral no se logra en lo que hace referencia a las administraciones del Estado y de la Generalitat. La primera es la gran convidada de piedra en esta Ley, de forma que continuará en su cómoda posición de recaudar ingresos de derecho público como titular del DPMT, sin tener prácticamente responsabilidades ejecutivas en el ámbito de esta Ley.

4.^a) Queda sin resolver el problema de qué Administración se hace cargo de forma efectiva de la reparación, la conservación y el mantenimiento de los espacios y las vías públicas del DPMT, especialmente cuando su línea delimitadora divide un mismo espacio entre dominio público estatal y dominio público local, cosa habitual en paseos marítimos y caminos de ronda. Esta competencia va ligada a la disposición de los recursos necesarios para afrontar estas obras.

Está claro que la nueva Ley catalana no podía por sí sola resolver la cuestión, pero sí prever algún mecanismo de colaboración. Por ejemplo, la

figura de los convenios (que el artículo 29 de la LPOL prevé entre Estado y Generalitat para las obras de interés general) entre las dos o tres administraciones implicadas podría permitir que el Estado (que continuará percibiendo sus cánones por concesiones y por la explotación de servicios de temporada) cediera estos ingresos a la Generalitat o al ayuntamiento, con la condición de que se destinaran íntegramente a obras de reparación, conservación y mantenimiento de espacios públicos de la ZMT.

5.^a) El nuevo canon que graba la explotación de actividades que requieren una concesión de la Generalitat ha de tener un alcance muy limitado. En términos generales, habría que garantizar que los ingresos derivados de los cánones por la ocupación o el aprovechamiento del DPMT se destinasen efectivamente a la mejora, conservación, recuperación y restauración del dominio público del propio territorio donde se produce la ocupación grabada. No es lógico que los ingresos por la ocupación del DPMT estén vinculados a la mera titularidad del DPMT. Si la Generalitat es la Administración de referencia en la gestión del DPMT en Cataluña, tendría que percibir los cánones para destinar los ingresos a la realización de esta competencia.

Hasta que se produzca esta modificación de la normativa estatal o una delegación de competencias recaudatorias, los convenios referidos en el punto anterior podrían ser una solución para conseguir que los cánones que el Estado percibe en Cataluña reviertan en obras y mejoras en el litoral catalán.

6.^a) Según lo previsto en la Disposición adicional Primera de la Ley, el Gobierno catalán tiene que elaborar el PPOL antes del 3 de septiembre de 2022 (téngase presente que “elaborar” no es “aprobar”). Si tenemos en cuenta también el contenido de la Disposición transitoria Segunda respecto a la aprobación de los PULP y al régimen transitorio de los actuales planes de distribución de usos y servicios de temporada de las playas, se concluye que la plena aplicación de la Ley se puede demorar todavía tres años más, hasta que no sean operativas sus dos herramientas principales: el PPOL y los PULP.

QDL54

IV. JURISPRUDENCIA

Crónica de jurisprudencia (de 1 de enero a 30 de septiembre de 2020)

ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ
*Profesor titular de Derecho Administrativo de
la Universidad Carlos III de Madrid*

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2020, de 15 de julio, sobre la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad promovido por los diputados del Grupo Parlamentario Popular.

Ponente: don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Extracto de doctrina

(...)

Sin embargo, de acuerdo con nuestra Ley Orgánica, no hay “ámbitos naturales” o vías preferentes para encauzar la defensa de la autonomía local constitucionalmente garantizada, sino distintos tipos de procesos constitucionales con sus propios requisitos de legitimación y su propio objeto, que pueden solaparse en la práctica contra las mismas disposiciones (SSTC 92/2015, de 14 de mayo, FJ 1, y 107/2017, de 21 de septiembre, FJ 1). Así, los diputados no pueden promover un conflicto en defensa de la autonomía local, en el que la legitimación queda restringida a los municipios y provincias, pero sí pueden alegar la vulneración de la autonomía provincial a través de la promoción de un recurso de inconstitucionalidad por estar constitucionalmente legitimados para

ello [art. 162.1 a) CE]. En consecuencia, la circunstancia de que existan otros tipos de procesos constitucionales en los que otros sujetos jurídico-públicos podrían también promover el control de constitucionalidad de una ley que se considera lesiva de la autonomía local, no condiciona la admisibilidad de este proceso ni determina la intensidad del escrutinio que deba aplicar este Tribunal. Salvadas las diferencias procesales, no debe haber diferencias en cuanto a la intensidad de nuestro escrutinio en dichos tipos de procesos, y a la plena aplicabilidad de la doctrina resultante en ambos tipos de procesos [STC 107/2017, FJ 2 c)].

(...)

5. La doctrina sobre la garantía constitucional de la autonomía local. La doctrina establecida por este Tribunal sobre el significado y alcance de la garantía constitucional de la autonomía local ha sido expuesta recientemente, entre otras, en las [SSTC 41/2016 FFJJ 9 y 11 b); 111/2016, de 9 de junio (FFJJ 11 y 12); 45/2017 FJ 3 b); 54/2017 FJ 4 b), y 101/2017 FJ 5 a)]. Sus principales líneas pueden resumirse en los términos siguientes.

La Constitución “no precisa las competencias que corresponden a los entes locales” [STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), citando la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3]. Distribuye todo el poder público entre el Estado (las competencias atribuidas por el art. 149 CE) y las comunidades autónomas (las competencias atribuidas por los estatutos de autonomía y las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del art. 150 CE). A su vez, en consonancia con la estructura territorial compuesta que diseña el art. 137 CE (STC 82/1982, FJ 4), la Constitución no encomienda en exclusiva la regulación y la asignación de las competencias locales ni al Estado ni a las comunidades autónomas, pues cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y atribuir las competencias de los entes locales, sin perjuicio de la autonomía asegurada en los arts. 137, 140 y 141 CE [STC 214/1989, FJ 3 a)].

No obstante corresponder al Estado y a las comunidades autónomas, cada cual en el marco de sus atribuciones, regular y atribuir las competencias de los entes locales, el art. 149.1.18 CE ampara una regulación estatal básica sobre competencias locales que, en cuanto tal, está llamada a condicionar al legislador autonómico. Así, en efecto, el Estado puede apoyarse en el art. 149.1.18 CE para establecer aquellas condiciones básicas conforme a las que la legislación sectorial de las comunidades autónomas ha de atribuir específicamente las competencias locales en un momento sucesivo. Así lo declaró la STC 214/1989, FJ 3 a), al pronunciarse sobre la ordenación básica original de las competencias loca-

les: en “esa ulterior operación” que ha quedado “deferida al legislador competente por razón de la materia”, las comunidades autónomas no pueden “desconocer los criterios generales que los arts. 2.1, 25.2, 26 y 36 de la misma LBRL han establecido”.

Por tanto, a la hora de asignar o suprimir competencias locales al amparo de sus atribuciones estatutarias, la comunidad autónoma debe respetar las referidas bases del régimen local [SSTC 214/1989, FJ 3 a); 159/2001, FJ 4, y 121/2012, de 5 de junio, FJ 7], pero además debe respetar la garantía constitucional de la autonomía local y también la regulación sobre régimen local que pueda eventualmente incluir su propio estatuto de autonomía, salvo que esta última fuera incompatible con aquellas bases (SSTC 31/2010, FJ 36, y 103/2013, FJ 4).

6. Una vez recordado lo anterior, nos corresponde examinar cómo se han concretado en nuestra doctrina aquellos límites a los respectivos legisladores sectoriales que se derivan del reconocimiento constitucional de la autonomía local en los arts. 137, 140 y 141 CE [STC 214/1989, FJ 3 a)].

Tal y como hemos tenido oportunidad de señalar la autonomía local constitucionalmente garantizada se configura como una garantía con un contenido mínimo que el legislador debe respetar; “se concreta, básicamente, en el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias, para lo que deben estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39). La autonomía local permite configuraciones legales diversas. La STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 11 b), lo recuerda cuando afirma que ‘al distribuir poder local, el Estado y las comunidades autónomas disponen de libertad de configuración, pero deben 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 [STC 154/2015, FJ 6 a), citando las SSTC 32/1981, FJ 4; 170/1989, FJ 9; 51/2004, FJ 9; 95/2014, FJ 5; 57/2015, FJ 6, y 92/2015, FJ 4]’” (STC 105/2019, de 19 de septiembre, FJ 4, comillas interiores suprimidas).

Así, refiriéndonos a los municipios, hemos señalado que las leyes sectoriales “deben ponderar los intereses locales y supralocales involucrados, asegurando ‘que los municipios tengan competencias propias en ámbitos de interés exclusiva o prevalentemente municipal’ y, en general,

una capacidad de intervención en los asuntos que les afectan tanto más relevante y decisiva cuanto mayor sea el saldo favorable a los intereses municipales” [STC 107/2017, de 21 de septiembre, FJ 3 c) –comillas interiores suprimidas– citando la STC 41/2016, FFJJ 9 y 11 b), que a su vez cita las SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3; 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 170/1989, 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, de 13 de abril, FJ 9].

La doctrina referida, además de asumir que la capacidad de intervención de los distintos entes locales en los asuntos que les afectan debe ser tanto más relevante y decisiva cuanto mayor sea el saldo favorable a sus intereses en un determinado ámbito, supone asumir una segunda perspectiva –que no es sino el reverso de la misma idea–: la de que el legislador sectorial, atendiendo, en este caso, a intereses de alcance supralocal, pueda conferir a instancias políticas supramunicipales (por ejemplo, cabildos, consejos insulares, diputaciones o comunidades autónomas) mecanismos de intervención sobre el ámbito competencial local que limiten la autonomía municipal [STC 107/2017, de 21 de septiembre, FJ 3 c)] –o en su caso que limiten la autonomía provincial cuando se trate de mecanismos de intervención autonómica que supongan una limitación de esta–, pero siempre que la previsión de tales mecanismos se condicione al cumplimiento de una serie de condiciones y requisitos. En efecto, entre tales mecanismos de intervención que limitan la autonomía municipal –o la autonomía provincial– se encontraría, entre otros, la previsión de facultades de coordinación de la actividad de las corporaciones locales por el Estado o por las comunidades autónomas, según el régimen de distribución de competencias entre aquel y estas. Así, la facultad coordinación se orienta a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar, en ninguno de los casos, la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación.

En este sentido, la normativa básica estatal ha previsto la posibilidad de que las comunidades autónomas asuman potestades de coordinación de las diputaciones provinciales cuando tras disponer en el art. 10.2 LBRL que “procederá la coordinación de las competencias de las entidades locales entre sí y, especialmente, con las de las restantes administraciones públicas, cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de estas”, ha dispuesto, en el art. 59.1 LBRL, que “a fin de asegurar la coherencia de la actuación de las administraciones públicas, en los supuestos previstos en el número 2 del artículo 10

y para el caso de que dicho fin no pueda alcanzarse por los procedimientos contemplados en los artículos anteriores o estos resultaran manifiestamente inadecuados por razón de las características de la tarea pública de que se trate –se refiere en este punto a las técnicas de cooperación, o si se quiere, de ‘coordinación voluntaria’ contempladas en los artículos anteriores–, las leyes del Estado y las de las comunidades autónomas, reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, podrán atribuir al Gobierno de la Nación, o al Consejo de Gobierno, la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y, en especial, de las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias”. La LBRL ha reflejado, por tanto, la posibilidad de atribuir la facultad de coordinar la actividad de las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias a la comunidad autónoma.

En esta misma línea, el apartado 3 del artículo 66 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, dispone que “la Generalitat coordinará las funciones propias de las diputaciones provinciales que sean de interés general de la Comunidad Valenciana”, a estos efectos, el propio precepto estatutario, se remite a la legislación básica del Estado. Así, el referido precepto estatutario establece, en línea con lo previsto en la normativa básica, la posibilidad de coordinar a las diputaciones provinciales cuando concurra un interés general supralocal o comunitario, pues con la atribución de facultades de coordinación se pretende proteger intereses supralocales.

La coordinación tiene por objeto, naturalmente, competencias de titularidad local; pero no supone una sustracción de las competencias de las entidades sometidas a la misma, “antes bien, presupone lógicamente la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada”. Esto implica que quien ejerza la competencia coordinada será siempre la propia entidad local. Sin embargo, tal y como ha señalado la STC 109/1998, de 21 de mayo, “las facultades de coordinación –a diferencia de las técnicas de colaboración, basadas en la participación voluntaria y, por ende, en una situación más nivelada de los entes cooperantes– conllevan ‘un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado’ [STC 214/1989, FJ 20 f)]. Y siendo, consiguientemente, la imposición una de las principales notas distintivas de la coordinación frente a la voluntariedad que caracteriza a las fórmulas cooperativas [cfr., además, STC 331/1993, FJ 5 A)], es claro que el que ostenta atribuciones de aquella índole está legitimado, en línea de principio, para establecer unilateralmente medidas armonizadoras destinadas a la más eficaz concertación

de la actuación de todos los entes involucrados. Desde esta perspectiva, puede en verdad afirmarse que la coordinación ‘constituye un límite al pleno ejercicio de las competencias propias de las corporaciones locales’ [STC 27/1987, FJ 2; asimismo STC 214/1989, FJ 20 f)]”.

Por lo tanto, la facultad de coordinación, en la medida en que permite someter a los entes locales coordinados a “un cierto poder de dirección”, constituye un mecanismo de intervención que tiene una evidente afectación sobre la autonomía local. Es esta posibilidad de afectación de la autonomía constitucionalmente reconocida la que exige la existencia de límites a la función de coordinación. Límites que, tanto en la doctrina constitucional como en la propia legislación básica, han quedado concretados en una serie de exigencias sustantivas y procedimentales que se imponen a toda previsión de la referida facultad de coordinación. En efecto, del reconocimiento que se realiza en los arts. 137, 140 y 141 CE de la autonomía local, y siguiendo lo razonado en la STC 111/2016, de 9 de junio –en aquella ocasión para el supuesto de la facultad de coordinación de los municipios por parte de las diputaciones provinciales–, cabe extraer también para el supuesto de la previsión de una facultad autonómica de coordinación sobre las diputaciones que la misma, además de estar específicamente atribuida y suficientemente predeterminada, debe responder a la protección de intereses generales o comunitarios. Se trata de una doble exigencia constitucional de predeterminación y proporcionalidad.

Así, en lo que se refiere a la predeterminación, señalábamos en la STC 111/2016 cómo una amplia indeterminación equivale a confiar a la propia entidad coordinadora la forma y alcance de su “cierto poder de dirección” sobre el ente coordinado; un poder que estaría, en realidad, autoatribuido en contra de la doctrina constitucional.

A su vez, en lo que se refiere a la proporcionalidad, y tal y como igualmente señalábamos, el legislador sectorial, dentro de los amplios márgenes con que cuenta para diseñar fórmulas de coordinación, debe asegurar que el grado de capacidad decisoria que conserve la provincia sea tendencialmente correlativo al nivel de interés presente en el asunto de que se trate. Tal como recuerda la STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), “se trata de que el legislador gradúe 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’”. Por tanto, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, y a la luz de los arts. 137, 140 y 141 CE, la autonomía de las entidades coordinadas exigirá que estas

conserven aquel grado de capacidad decisoria que sea tendencialmente correlativo al nivel de interés presente en el asunto de que se trate.

La necesidad de imponer límites y condiciones a la facultad de coordinar derivados del reconocimiento constitucional de la autonomía local ha sido igualmente concretada y desarrollada en la normativa básica estatal. Así, el art. 59 LBRL que reconoce a la comunidad autónoma (o al Estado) la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y, en especial, de las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias, especifica el presupuesto y las condiciones a los que, en todo caso, deberá ajustarse el ejercicio de tal facultad coordinadora. Así, en efecto, el presupuesto para que se pueda prever una facultad autonómica de coordinación sobre las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias sería doble, pues la normativa básica estatal, en el art. 59.1 LBRL que se remite al 10.2 LBRL, exige, por un lado, que “las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades (locales), incidan o condicionen relevantemente los de dichas administraciones (el Estado y la comunidad autónoma) o sean concurrentes o complementarios de los de estas”, y por otro, que la coherencia de la actuación de las administraciones públicas no pueda alcanzarse por los procedimientos de cooperación voluntaria o estos resultaran manifiestamente inadecuados por razón de las características de la tarea pública de que se trate. Doble presupuesto que no es sino una manifestación de la exigencia constitucional de proporcionalidad, entendida, como ya hemos visto, como la obligación de graduar el alcance o intensidad de la intervención de cada nivel territorial “en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias”, y que se deriva del reconocimiento constitucional de la autonomía local (ex arts. 137, 140 y 141 CE).

Cumplido el referido presupuesto, y en desarrollo de la exigencia constitucional de predeterminación, para que se pueda prever una facultad autonómica de coordinación sobre las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias, el apartado 1 del art. 59 LBRL, establece una serie de exigencias procedimentales que implican que los entes coordinados conozcan, con carácter previo, como se va a producir aquella. En efecto, el apartado primero del art. 59 dispone que tal coordinación debe realizarse “mediante la definición concreta y en relación con una materia, servicio o competencia determinados de los intereses generales o comunitarios, a través de planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en la materia correspondiente”, lo que supone una exigencia de realizar la

coordinación a través de un determinado y concreto instrumento como es el plan.

La razón para ello es que dichos planes deberán tramitarse –tal como dispone el art. 58.2 LBRL al que se remite el art. 59.1 de la propia LBRL–, con la participación de las administraciones afectadas, participación que tiene como propósito último la armonización de los intereses públicos en presencia; lo que ciertamente supone una garantía de la autonomía local, pues implica, por un lado, la participación de los entes locales en la tramitación del plan y, por otro, que cualquier desviación respecto de los intereses locales manifestados mediante su participación en la elaboración de aquel, solo podría justificarse en la armonización de los intereses públicos en presencia. Con ello se concretan y desarrollan en la normativa básica estatal las exigencias constitucionales de predeterminación y proporcionalidad en lo que se refiere a la previsión de facultades de coordinación.

Finalmente el apartado segundo del art. 59 LBRL dispone que las leyes reguladoras de los distintos sectores de la acción pública que prevean la coordinación deben precisar, “con el suficiente grado de detalle, las condiciones y los límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reserven las Cortes Generales o las correspondientes asambleas legislativas”, de nuevo se trata de una exigencia de predeterminación en cuanto a las condiciones y los límites de la coordinación y en cuanto a las modalidades de control.

Recapitulando, de acuerdo con la doctrina reproducida, la previsión de una función autonómica de coordinación de las diputaciones provinciales por parte de la comunidad autónoma, que indudablemente es susceptible de suponer una afectación de su capacidad de decisión en un ámbito legalmente atribuido a aquellas, deberá someterse a las siguientes condiciones: además de estar específicamente atribuida y suficientemente predeterminada, tal previsión de coordinación deberá responder a la protección de intereses generales o comunitarios, de modo que se graduará el alcance o intensidad de la propia coordinación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales o comunitarios existente en tales asuntos o materias. Así, tal coordinación debe realizarse a través de la adopción de planes sectoriales en cuya tramitación debe garantizarse la participación de los propios entes locales coordinados con la finalidad de armonizar los intereses públicos afectados.

7. La doctrina sobre la autonomía y la suficiencia financiera local. Los diputados recurrentes consideran que –además de la autonomía local

que garantizan los arts. 137 CE y 141 CE, y cuyos contornos han sido definidos por la doctrina de este Tribunal sintetizada en los anteriores fundamentos jurídicos—, los preceptos impugnados vulneran, asimismo, el principio de suficiencia financiera recogido en el art. 142 CE al disponer que las “haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas”.

Este Tribunal ha recordado que la autonomía de la que gozan los entes locales, en lo que al ámbito económico se refiere, tiene claramente dos aspectos: la vertiente de los ingresos y la de los gastos (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10).

a) Autonomía financiera en la vertiente de los ingresos. Por lo que a la primera de ellas respecta, en virtud del art. 142 CE, la autonomía local presupone la existencia de “medios suficientes” para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones locales. Ello no significa que se deba garantizar “a las Corporaciones locales autonomía económico-financiera en el sentido de que dispongan de medios propios —patrimoniales y tributarios— suficientes para el cumplimiento de sus funciones, sino que lo que dispone es únicamente la suficiencia de aquellos medios” (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; en el mismo sentido, SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, y 166/1998, de 15 de julio, FJ 10).

Es, pues, el principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución Española en relación con las haciendas locales, suficiencia de medios que, como hemos señalado también en reiteradas ocasiones, constituye el presupuesto indispensable “para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada” (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7). En efecto, el “principio de autonomía que preside la organización territorial del Estado (arts. 2 y 137) —hemos afirmado—, ofrece una vertiente económica importantísima, ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines” (STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6). “La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas” (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4); es decir, “para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido” en los arts. 137, 140 y 141 CE [STC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 b); en el mismo sentido, SSTC 96/1990, FJ 7; 171/1996,

de 30 de octubre, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 4 b), y 22; y 104/2000, FJ 4].

La doctrina de este Tribunal ha subrayado que es al Estado, a tenor de la competencia exclusiva que en materia de hacienda general le otorga el art. 149.1.14 CE, a quien, a través de la actividad legislativa y en el marco de las disponibilidades presupuestarias, incumbe en última instancia hacer efectivo el principio de suficiencia financiera de las haciendas locales [SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 b); 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 22, y 104/2000, de 13 de abril, FJ 4], pero este Tribunal ha subrayado igualmente la contribución que las comunidades autónomas pueden tener en la financiación de las haciendas locales, pues estas, en virtud del art. 142 CE, se nutrirán también, por ejemplo, de la participación en tributos de las comunidades autónomas.

Así, la comunidad autónoma, que tiene atribuida la capacidad de determinar el ámbito competencial local en el ámbito de sus competencias, es constitucionalmente responsable, junto con el Estado, de garantizar la suficiencia financiera de los entes locales. Consecuentemente la atribución a los entes locales de nuevas tareas, o la ampliación de aquellas que ya venían desempeñando, debe tener como consecuencia, en su caso, la garantía de aquellos ingresos que le permitan hacer frente a la eventual necesidad de gasto que la nueva atribución de competencias pueda suponer, debiendo encargarse también aquel nivel de Gobierno al que el bloque de constitucionalidad ha reservado la concreta competencia —y que decide atribuirle al ente local— de acordar aquellas medidas pertinentes al objeto de garantizar su suficiencia financiera. Por tanto, el nivel, estatal o autonómico, que atribuye a los entes locales determinadas competencias es, asimismo, constitucionalmente responsable de garantizar a dichos entes aquellos recursos financieros que les permitan acometer esas nuevas tareas.

Así, la responsabilidad autonómica en la tarea de dotar de recursos económicos suficientes a los entes locales se encuentra explicitada, en primer lugar, en el art. 142 CE cuando dispone que “las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las comunidades autónomas”, del que cabe extraer un mandato cuyos destinatarios son tanto el Estado como las comunidades autónomas. Mandato que se encuentra, asimismo, recogido en la Carta

europea de la autonomía local (“BOE” núm. 47, de 24 de febrero de 1989) cuando en su art. 9 referido a los recursos financieros de las entidades locales dispone en su apartado 1 que “las entidades locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias” y en su apartado 2 que “los recursos financieros de las entidades locales deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la ley”. Relacionándose igualmente en la referida Carta europea las cargas financieras con el ámbito competencial local cuando establece, en el apartado 4 del referido art. 9, que “los sistemas financieros sobre los cuales descansan los recursos de que disponen las entidades locales deben ser de una naturaleza suficientemente diversificada y evolutiva como para permitirles seguir, en la medida de lo posible y en la práctica, la evolución real de los costes del ejercicio de sus competencias” y, en el apartado 5 del referido art. 9, que los procedimientos de compensación financiera o de las medidas equivalentes destinadas a corregir los efectos del desigual reparto de las fuentes potenciales de financiación, “no deben reducir la libertad de opción de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia”. La responsabilidad autonómica en la tarea de garantizar unos recursos económicos suficientes a los entes locales se encuentra explicitada, en segundo lugar, tanto en la normativa básica estatal como en el propio Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

En efecto, el apartado 4 del art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en la redacción que le ha dado la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, dispone la obligación de prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales al realizar la determinación legal de las competencias municipales en aquellas materias enunciadas en el propio precepto. La doctrina de este Tribunal recogida en la STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 10 c), ha extendido la exigencia de prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales también a aquellos ámbitos no incluidos en el listado del art. 25.2 LBRL, pues tal como tuvimos oportunidad de afirmar las “competencias propias” municipales no son solo las atribuidas dentro de los márgenes del art. 25.2 LBRL sino que resultan igualmente de previsiones generales de la Ley reguladora de las bases de régimen local (arts. 2.1 y 7.1 LBRL) que han permanecido inalteradas. También, por tanto, en aquellos ámbitos no incluidos en el listado del art. 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 art. 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, de 3 de marzo, FJ 10 c)]. Ello supone que también en los supuestos en los que el legislador sectorial atribuya competencias a los entes locales fuera de las del listado del art. 25.2 LBRL deberá prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de aquellos.

Por su parte el artículo 64.2 del Estatuto de Autonomía de Valencia, tras disponer que mediante ley de las Cortes Valencianas se procederá a la descentralización en favor de los ayuntamientos de aquellas competencias que sean susceptibles de ello, atendiendo a la capacidad de gestión de los mismos, establece que “esta descentralización irá acompañada de los suficientes recursos económicos para que sea efectiva”.

La garantía de la suficiencia de recursos recogida en los preceptos básicos y en los preceptos estatutarios ciertamente se encuentra referida a los ayuntamientos, pero a través de la función provincial de asistencia y cooperación económica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión, supone, en última instancia, una garantía de la suficiencia financiera de las propias diputaciones, órgano de gobierno de la provincia, que no es sino una entidad local “determinada por la agrupación de municipios” (art. 141.1 CE) que tiene reconocida entre aquellas funciones que constituyen el núcleo de su actividad la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión [según se dispone en el art. 36.1 b) LBRL]. A este respecto, hemos precisado que la provincia, en cuanto entidad local “determinada por la agrupación de municipios” (art. 141.1 CE), tiene como núcleo de su actividad el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial (STC 111/2016, de 9 de junio, FJ 9); actividad que se traduce “en la cooperación económica a la realización de las obras y servicios municipales, y que es llevada a la práctica a través del ejercicio de su capacidad financiera o de gasto público por parte del ente provincial. Es esta actuación cooperadora, pues, la que cabe identificar como el núcleo de la autonomía provincial” (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2). Así, si bien es cierto que este Tribunal ha señalado que el contenido de la garantía constitucional de la provincia no queda limitado única y exclusivamente a la función de cooperación económica a la realización de obras y servicios municipa-

les, o al apoyo a los municipios, estas funciones sí forman parte de aquel contenido (STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 5).

La caracterización constitucional de la provincia como “agrupación de municipios” (art. 141.1 CE) supone, precisamente, que unas y otros responden a un ámbito normalmente común de intereses, pues los municipios son los destinatarios principales o directos de las competencias que hemos denominado instrumentales 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, de 21 de septiembre, FJ 4). Así, en efecto, la Constitución, al configurar la provincia como agrupación de municipios, está regulando el nivel local de Gobierno como un sistema integrado por dos entidades, los municipios y la provincia. Dos entidades que forman parte de una misma comunidad política local que determina que no existan propiamente intereses provinciales opuestos a los municipales, pues precisamente la función de la provincia es garantizar la prestación integral de los servicios de competencia municipal y el ejercicio de las competencias municipales.

Por tanto, y de acuerdo con la doctrina reproducida, la atribución por parte del legislador sectorial de una nueva competencia o de una nueva función a los entes locales deberá hacerse garantizando su suficiencia financiera. Ello no es óbice para recordar cómo nuestra Constitución, junto a la suficiencia financiera de los entes locales, reconocida en el art. 142 CE, impone en el art. 135 CE, la estabilidad presupuestaria. Ello obliga al Estado, a las comunidades autónomas y a los entes locales, cada cual en el marco de sus competencias, a adoptar aquellas medidas que permitan realizar los principios de eficiencia (art. 31.2 CE) y eficacia (art. 103.1 CE) y alcanzar la situación presupuestaria de equilibrio o superávit que impone la Constitución (art. 135; STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 3).

b) Autonomía financiera en la vertiente de los gastos. La suficiencia de medios o ingresos para cumplir sus funciones es, pues, el primero de los aspectos que conforman la autonomía de los entes locales en general y de las provincias en particular. Ahora bien, y como hemos subrayado, asimismo, en la STC 48/2004, de 25 de marzo, aunque la Constitución únicamente se refiere a la “suficiencia de medios” cuando alude a los entes locales, es evidente que la autonomía de estos no se agota con la suficiencia de sus haciendas. Como señalamos en la STC 109/1998, de 21 de mayo, precisamente en relación con la autonomía, en su faceta económica, de las provincias, “si bien el art. 142 CE solo contempla de modo expreso la vertiente de los ingresos, no hay inconveniente alguno en admitir que tal precepto constitucional, implícitamente y en conexión

con el art. 137 de la norma suprema consagra, además del principio de suficiencia de las haciendas locales, la autonomía en la vertiente del gasto público, entendiendo por tal la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias referidas” (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10). De hecho, hemos señalado que, con respecto a los entes locales, “aunque el soporte material de la autonomía financiera son los ingresos y en tal sentido la Constitución configura como principio la suficiencia de recursos”, “la autonomía financiera está configurada más por relación a la vertiente del gasto ‘como capacidad para gastar [...]’ que con relación al ingreso –como capacidad para articular un sistema suficiente de ingresos–” (STC 104/2000, de 13 de abril, F 4).

Autonomía local en la vertiente del gasto que, como recordábamos en la citada STC 109/1998, de 21 de mayo entraña, al menos, dos exigencias. En primer lugar, “la plena disponibilidad” por las corporaciones locales de sus ingresos, “sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias”, doctrina esta que, vertida inicialmente en relación con la autonomía de gasto de las comunidades autónomas, venimos aplicando a los entes locales desde nuestra STC 237/1992, de 15 de diciembre.

Y, en segundo lugar, la capacidad de decisión sobre el destino de sus fondos, también sin condicionamientos indebidos. “Solamente así, en rigor, asegurando prima facie la posibilidad de decidir libremente sobre el destino de los recursos, adquiere pleno sentido la garantía de la suficiencia de ingresos ‘para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas’, según la dicción literal del mencionado art. 142 CE” (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10).

Así, la autonomía de gasto no entraña solo la libertad de los órganos de gobierno “en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público”, sino también “para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias”.

Ciertamente, también señalamos en la ya referida STC 109/1998, que “bajo el prisma de los arts. 137 y 142 CE, el ámbito sobre el que se proyecta la autonomía de gasto provincial no ha de concebirse como una esfera total y absolutamente resistente a cualquier mínima incidencia o afectación proveniente de otros niveles de gobierno”, dado que, en relación con la autonomía local –aquí en su concreta vertiente económica–, “lo que la Constitución veda de una forma terminante y sin excepciones no es sino el menoscabo del núcleo esencial o reducto indisponible de la institución, estrictamente”. De donde inferimos que la autonomía en el

ámbito económico, y, concretamente, en la vertiente del gasto, de la que gozan los entes locales “puede ser restringida por el Estado y las comunidades autónomas”, pero siempre –es importante subrayarlo– que dicha restricción se lleve a cabo “dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad” (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10), por ejemplo, en virtud de las facultades coordinadoras.

Sin embargo, como ya señalamos al referirnos a la garantía de la autonomía local reconocida en el art. 137 y 141 CE la facultad de coordinación tiene sus límites. Y en el caso de las facultades de coordinación en el ámbito de la autonomía económica, y, concretamente, en la vertiente del gasto, lo que se encuentra vedado al legislador, tanto estatal como autonómico, para preservar el reducto esencial e indisponible de la autonomía provincial en su vertiente presupuestaria, es la ausencia de graduación del alcance o intensidad de la coordinación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales o comunitarios dentro de tales asuntos o materias.

Así, la eventual vulneración de la autonomía provincial en la vertiente del gasto público, no derivaría del simple hecho de que una ley autonómica conllevara unas cargas económicas y unas obligaciones para las diputaciones provinciales, sino del hecho de que en la ley autonómica se determinasen aquellas, sin tener en cuenta la relación existente entre los intereses locales y supralocales concurrentes.

(...)

21. Conclusión. Por todo cuanto antecede, debemos estimar parcialmente este recurso de inconstitucionalidad.

Es obligado, en efecto, concluir que únicamente aquellos concretos apartados e incisos de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana que no se adecuan a las exigencias constitucionales para desarrollar la función de coordinación de las diputaciones provinciales –y que se encuentran concretadas y desarrolladas en la normativa básica estatal cuando exige que la potestad de coordinación de la comunidad autónoma de la función provincial de asistencia económica a los ayuntamientos se realice a través de planes sectoriales en los que se garantice la participación de los entes locales con la finalidad de armonizar los intereses públicos afectados–, infringen la autonomía local, y por ello son declarados inconstitucionales y nulos. Se trata de la letra b) del apartado 4 de la disposición transitoria cuarta; y el inciso “de acuerdo con la distribución establecida en el apartado 4 b) de la disposición transitoria cuarta” recogido en la letra b) del apartado

2 de la disposición transitoria quinta. Manteniéndose la constitucionalidad del resto de los preceptos impugnados, con desestimación en lo que a ellos se refiere del recurso interpuesto. Sin perjuicio de señalarse que la atribución por parte del legislador sectorial de una nueva competencia o de una nueva función a los entes locales deberá hacerse garantizando su suficiencia financiera.

Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2020, de 18 de junio, sobre la Ley de la Generalitat de Cataluña 17/2017, de 1 de agosto, del Código tributario de Cataluña.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra la Ley de la Generalitat de Cataluña 17/2017, de 1 de agosto, del Código tributario de Cataluña y de aprobación de los libros primero, segundo y tercero, relativos a la administración tributaria de la Generalitat.

Ponente: don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Extracto de doctrina

(...)

15. Impugnación del apartado primero de la disposición adicional tercera del libro segundo (“Obtención de información por la Agencia Tributaria de Cataluña”). Procede en este fundamento jurídico el enjuiciamiento del apartado primero de la disposición adicional tercera del libro segundo del Código tributario, relativo a la obtención de información por la Agencia Tributaria de Cataluña, que prescribe que “[l]os datos con trascendencia tributaria que han sido obtenidos por una administración pública para el ejercicio de sus funciones en materia de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos como consecuencia de delegaciones de competencias o encargos de gestión realizados por ayuntamientos catalanes pueden ser comunicados por aquella administración directamente a la Agencia Tributaria de Cataluña cuando esta, de acuerdo con lo establecido por la legislación tributaria, solicite los datos para el control del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias”.

A este respecto, el abogado del Estado asevera que esta disposición autonómica viola el derecho a la intimidad del art. 18 CE al vulnerar el principio de reserva de datos tributarios establecido como básico en el art. 95.1 LGT. Y ello porque la cesión de tal información por las entida-

des locales delegadas, aunque sean otras administraciones públicas, no está prevista expresamente en el art. 95 LGT, siendo los ayuntamientos como titulares de la competencia delegada de aplicación de sus propios tributos los competentes para autorizar la posible cesión de los datos con trascendencia tributaria que obtenga el ente público delegante cuando se den los supuestos de excepción del art. 95.1 LGT. Además, el precepto autonómico invade la competencia de los ayuntamientos catalanes en materia de aplicación de sus propios tributos, al sustituir su consentimiento o autorización en la eventual cesión de datos a la Agencia Tributaria de Cataluña por el de la entidad local de ámbito superior que los ha obtenido al gestionar tales tributos locales por delegación o encargo de gestión de los ayuntamientos catalanes.

A) El examen de las quejas planteadas debe partir de dos premisas fundamentales. En primer lugar, debe recordarse, como se ha hecho en el fundamento jurídico 11 B) d), que el deber de comunicación de datos con relevancia tributaria es un instrumento necesario, no solo para una contribución justa a los gastos generales (art. 31.1 CE), sino también para una gestión tributaria eficaz, modulando el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE (STC 233/2005, FJ 5); y que es el legislador estatal, en concreto en los arts. 93 a 95 LGT, el que legitima constitucionalmente esa medida limitativa de derechos fundamentales estableciendo ex art. 149.1.1 CE unas condiciones básicas que garantizan el ejercicio igualitario del derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal de todos los obligados tributarios (art. 18.1 y 4 CE), con independencia del ente público territorial que ejercite su potestad de obtención de información con trascendencia tributaria.

En segundo lugar, como explicita el abogado del Estado, de conformidad con el art. 106.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, el art. 7 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLHL), establece que las entidades locales pueden delegar en otras entidades locales, en cuyo territorio estén integradas, las facultades de aplicación de sus propios tributos. Estas entidades pueden ser las diputaciones provinciales o las comarcas. En caso de delegación, declara el art. 7.3 TRLHL, el ejercicio de las facultades delegadas de aplicación de tales tributos “habrá de ajustarse a los procedimientos, trámites y medidas en general, jurídicas o técnicas, relativas a la gestión tributaria que establece esta ley y, supletoriamente, a las que prevé la Ley general tributaria”. Por otro lado, el art. 8

TRLHL, si bien establece en el apartado primero un deber genérico de colaboración entre las administraciones tributarias del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales en materia de tributos locales, a la hora de realizar concreciones de ese deber genérico en el apartado segundo, se extiende al deber de colaboración de las entidades locales en la aplicación de los tributos que gestionan otras administraciones tributarias en los siguientes términos: “En particular, dichas administraciones: a) Se facilitarán toda la información que mutuamente se soliciten [...] c) Se comunicarán inmediatamente, en la forma que reglamentariamente se establezca, los hechos con trascendencia para los tributos y demás recursos de derecho público de cualquiera de ellas, que se pongan de manifiesto como consecuencia de actuaciones comprobadoras e investigadoras de los respectivos servicios de inspección”. Todo ello, reza el art. 8.2 in fine TRLHL, “sin perjuicio del régimen legal al que están sometidos el uso y la cesión de la información tributaria”. Así, sea porque los ayuntamientos deleguen las facultades de aplicación de sus propios tributos en entidades locales de ámbito superior ex art. 7.1 TRLHL, sea porque establezcan con ellas fórmulas de colaboración para el ejercicio de tales facultades ex art. 8.1 TRLHL, las administraciones tributarias de los entes locales tienen la obligación de intercambiar con el resto de administraciones tributarias ex art. 8.2 a) TRLHL la información obtenida en el ejercicio de sus funciones de aplicación de tributos, teniendo en cuenta siempre lo dispuesto en el art. 95.1 LGT (arts. 7.3 y 8.2 in fine TRLHL). Así, el art. 95.1 LGT, reproducido en el fundamento jurídico anterior, establece las siguientes condiciones básicas: (i) el carácter reservado de los datos obtenidos por la administración tributaria en el ejercicio de sus funciones; (ii) el carácter finalista de la potestad de obtención de información de la administración tributaria (y del correlativo deber de colaboración ciudadana) a la exclusiva utilización de los datos obtenidos para aplicar los tributos, e imponer las sanciones, cuya gestión tenga encomendada; y (iii) las excepciones al carácter reservado de los datos obtenidos por la administración tributaria permitiendo, por lo que aquí interesa, la cesión a terceros cuando tenga por objeto “la colaboración con otras administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias” [art. 95.1 b) LGT].

B) Expuesto lo anterior, debe concluirse que la disposición autonómica impugnada no vulnera el derecho a la intimidad de los obligados tributarios del art. 18 CE. Y ello porque no prevé, como afirma la representación del recurrente, una cesión de datos a la Agencia Tributaria de

Cataluña no contemplada en la lista tasada de excepciones al carácter reservado de la información tributaria del art. 95.1 LGT. El supuesto de cesión de datos con trascendencia tributaria a la Agencia Tributaria de Cataluña que prevé el apartado primero de la disposición adicional tercera –la llevada a cabo por los entes locales supramunicipales que los obtienen en el desempeño por delegación o encargo de gestión de las facultades de aplicación de los tributos propios de los ayuntamientos catalanes– queda efectivamente cubierta por la excepción del art. 95.1 b) LGT.

a) En primer lugar, porque la “administración pública” a la que se refiere el precepto autonómico, que es la que obtiene los datos “para el ejercicio de sus funciones en materia de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos como consecuencia de delegaciones de competencias o encargos de gestión realizados por ayuntamientos catalanes”, debe ser considerada administración tributaria a los efectos del art. 95.1 LGT. Este precepto se refiere a la administración que obtiene información tributaria para el desempeño de sus funciones y que puede cederla en supuestos tasados (en este caso, a otras administraciones tributarias) como la “administración tributaria” en abstracto; y el art. 5.1 LGT aclara que, “a los efectos de esta Ley”, la administración tributaria está integrada por los órganos y entidades de derecho público que desarrollen las funciones de aplicación y revisión de tributos, y el ejercicio de la potestad sancionadora derivada de tal aplicación, en el ámbito de competencias del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales. Por tanto, la administración pública supramunicipal que, por delegación de competencias o encargos de gestión realizados por ayuntamientos catalanes, desarrolla las funciones de aplicación de los tributos propios de esos ayuntamientos es administración tributaria cedente ex art. 95.1 LGT.

b) En segundo lugar, porque la información con trascendencia tributaria susceptible de ser cedida debe haber sido obtenida por la administración tributaria cedente “en el desempeño de sus funciones” (art. 95.1 LGT), como lo es la que el precepto autonómico permite solicitar a la Agencia Tributaria de Cataluña directamente a las administraciones públicas que asumen, por delegación de competencias o por encargo de gestión, la aplicación de los tributos propios de los ayuntamientos catalanes.

c) En tercer lugar, porque la administración tributaria cesionaria deberá destinar la información que le proporcione la administración tributaria cedente “al cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito

de sus competencias” [art. 95.1 b) LGT], como recoge expresamente la disposición recurrida al referirse a la solicitud que, “de acuerdo con lo establecido por la legislación tributaria”, realice la Agencia Tributaria de Cataluña “para el control del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias”. Y, si bien esa referencia a la legislación tributaria no lo es expresamente al art. 95 LGT, como aduce el abogado del Estado, ese silencio no puede ser sinónimo de exclusión inconstitucional de la normativa estatal, puesto que la aplicación o no de la misma “no está a la disponibilidad de lo que establece la comunidad autónoma sino a lo que se derive de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad, sin necesidad de cláusulas de salvaguardia” [SSTC 173/1998, FJ 14 a), y 135/2006, FJ 6]. Este es el caso de la aplicación del art. 95 LGT al establecer las condiciones básicas ex art. 149.1.1 CE que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho a la intimidad de todos los obligados tributarios (art. 18 CE) con independencia de la administración tributaria que ceda excepcionalmente información con trascendencia tributaria de los mismos, al operar los títulos competenciales ope Constitutionis (por todas, STC 65/2018, FJ 6).

C) Finalmente, debe rechazarse el reproche adicional relativo a la invasión de la competencia de los ayuntamientos catalanes en materia de aplicación de sus propios tributos, debido a la sustitución del consentimiento de los mismos por el de los entes locales supramunicipales respecto a la cesión de datos con trascendencia tributaria a la Agencia Tributaria de Cataluña. Y ello por cuanto la cesión de información tributaria obtenida en el ejercicio de sus funciones por las entidades locales encargadas, por delegación o por otra fórmula de colaboración, de la aplicación de los tributos propios de los ayuntamientos catalanes directamente a la Agencia Tributaria de Cataluña, prevista en la disposición autonómica recurrida, no es una facultad discrecional sino una concreción de la obligación general de intercambio de información en materia tributaria de las administraciones tributarias de las entidades locales derivada del art. 8.2 a) TRLHL; obligación que, en todo caso, deberá realizarse respetando las condiciones básicas del art. 95.1 b) LGT, que no prevé la autorización de la administración tributaria cedente cuando le solicite información otra administración tributaria para su utilización exclusiva en la aplicación de los tributos cuya gestión tiene encomendada. Es más, en casos de intercambio de información entre administraciones tributarias el art. 95.1 b) LGT prescinde del consentimiento de los titulares de tales datos (los obli-

gados tributarios), modulando el contenido de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en aras de otros fines constitucionalmente legítimos, como lo son una contribución justa a los gastos generales y una gestión tributaria eficaz (art. 31.1 CE). Esa vocación de eficacia en la actuación administrativa en general (art. 103.1 CE), en la gestión tributaria (arts. 31.1 CE y 3.2 LGT) y en la capacidad normativa autonómica en el ámbito tributario (art. 203.6 EAC), quedan plasmados en el precepto autonómico recurrido al permitir que la Agencia Tributaria de Cataluña, de acuerdo con el art. 95.1 LGT y a los solos efectos de su utilización en la aplicación de los tributos cuya gestión se le encomienda, solicite directamente a las entidades supramunicipales que por delegación o encargo de gestión aplican los tributos propios de los ayuntamientos catalanes, y no a cada uno de los ayuntamientos catalanes, la información con trascendencia tributaria que obtengan en el ejercicio delegado de esas facultades de aplicación. (...)

20. Marco competencial en materia de revisión en vía económico-administrativa de los tributos cedidos en el actual sistema de financiación autonómica establecido en el bloque de la constitucionalidad. Las reclamaciones económico-administrativas se configuran en los arts. 226 y 249 LGT, ex art. 149.1.14 CE, como un recurso administrativo especial y de interposición preceptiva y previa al acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa contra cualquier acto dictado por una administración tributaria, abstracción hecha de lo preceptuado para los tributos locales en la Ley 7/1985, ya citada, reguladora de las bases del régimen local. En este punto, las competencias de los órganos económico-administrativos del Estado y de las comunidades autónomas sobre la revisión en vía administrativa de los actos de aplicación de tributos y de imposición de sanciones tributarias, en lo que concierne al conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas, se han redistribuido en el actual sistema de financiación autonómica.

a) Hasta la reforma operada en la LOFCA mediante la Ley Orgánica 3/2009 y la aprobación de la Ley 22/2009, el criterio de atribución del ejercicio de la competencia revisora en vía administrativa era la naturaleza propia o cedida del recurso tributario de la hacienda autonómica cuya exacción originaba la reclamación. Así, se instauró en la LOFCA un sistema de estricta separación material entre los órganos económico-administrativos autonómicos, competentes para conocer las reclamaciones sobre los tributos propios de la comuni-

dad, y los órganos económico-administrativos del Estado, competentes para conocer de las reclamaciones relativas a los tributos cedidos [art. 20.1 a) y b) LOFCA, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre]. De este modo, fue expresamente excluido de la delegación estatal de competencias revisoras a las comunidades autónomas el conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas contra los actos de gestión tributaria emanados de la administración autonómica sobre los tributos estatales cedidos [art. 51.3 b) de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, al que se remite el art. 2 de la Ley 17/2002, de 1 de julio, antigua ley específica de cesión]; “exclusión expresa de los tributos cedidos por el Estado a la Generalitat” que se trasladó a los preceptos autonómicos que regulaban las materias objeto de las reclamaciones económico-administrativas contra los actos dictados por la administración tributaria de la Generalitat cuyo conocimiento se atribuyó a la entonces Junta de Finanzas de la Generalitat de Cataluña en sus sucesivos decretos reguladores [arts. 2 a) del Decreto 73/2003, de 18 de marzo, de regulación de la Junta de Finanzas de la Generalitat de Cataluña y del posterior Decreto 158/2007, de 24 de julio, que regula la Junta de Finanzas de la Generalitat de Cataluña].

En la STC 192/2000, FFJJ 8 y 9, este Tribunal afirmó la compatibilidad de esta centralización de las reclamaciones sobre tributos cedidos en los órganos económico-administrativos estatales [art. 20.1 b) LOFCA] con la autonomía política y financiera de las comunidades autónomas (arts. 137 y 156.1 CE) siempre que se admitiera la legitimación activa de las mismas para impugnar judicialmente las resoluciones de los tribunales económico-administrativos estatales relativas a los actos administrativos autonómicos sobre aplicación de tributos cedidos (en el mismo sentido, SSTC 176/2002, de 9 de octubre, FFJJ 5 y 6; 201/2002, de 28 de octubre, FFJJ 4 y 5; 10/2003, de 20 de enero, FFJJ 3 y 4, y 106/2004, de 28 de junio, FJ 2).

b) Dada la libertad del legislador estatal para configurar el modelo de financiación autonómica, dentro de los márgenes que la Constitución le otorga y respetando los principios y las competencias financieras autonómicas en ella establecidas (singularmente en el art. 157 CE), y ahondando con ello en un modelo de hacienda autonómica responsable, en el actual sistema de financiación diseñado en la LOFCA

(mediante la Ley Orgánica 3/2009), el reparto Estado-comunidades autónomas de la competencia revisora en vía económico-administrativa se establece en función de la administración tributaria que dicte el acto de aplicación del tributo o de imposición de la sanción tributaria (art. 20.1 y 2 LOFCA). Así, los órganos económico-administrativos autonómicos podrán conocer de las reclamaciones de todos los actos de aplicación de tributos y de imposición de sanciones que dicte la administración tributaria autonómica, sea con relación a sus propios tributos (cuya revisión le corresponde ex art. 20.1 LOFCA), sea con relación a los tributos estatales cedidos que esta aplique por delegación estatal (cuya asunción tiene carácter potestativo para la comunidad autónoma ex art. 20.2 y 3 LOFCA).

c) Esta potestativa asunción autonómica de competencias revisoras sobre los tributos cedidos queda supeditada a dos condiciones. De un lado, a su establecimiento en una ley estatal (art. 20.2 LOFCA) y a su ejercicio “en los términos establecidos por la ley en la que se fije el alcance y condiciones de la cesión de tributos por parte del Estado” (art. 20.3 LOFCA). Por ello, este Tribunal declaró que el art. 205, párrafo primero, EAC (“La Generalitat debe asumir, por medio de sus propios órganos económico-administrativos, la revisión por la vía administrativa de las reclamaciones [...] contra los actos de gestión tributaria dictados por la Agencia Tributaria de Cataluña”) es una norma de asunción de competencias en cuanto a la revisión administrativa de sus propios tributos, pero tan solo una norma de organización en materia de revisión de tributos cedidos, dado que la atribución autonómica del ejercicio de tal competencia revisora de titularidad estatal solo puede establecerse por una ley del Estado (STC 31/2010, FJ 133). De otro lado, tal competencia, de ser asumida por la comunidad autónoma, se ejercerá, primero, teniendo en cuenta que “[l]a función unificadora de criterio en los tributos estatales corresponde a la administración tributaria del Estado que la ejercerá conforme a lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria” (art. 20.5 LOFCA); y, segundo, sin perjuicio de las fórmulas de colaboración adicionales que, cuando la naturaleza del tributo así lo aconseje, puedan establecerse entre el Estado y las comunidades autónomas (art. 20.3 in fine LOFCA).

d) En desarrollo de lo anterior, es la Ley 22/2009 la que determina, en primer lugar, los tributos cedidos cuya aplicación y revisión son objeto de delegación, en concreto todos los cedidos totalmente, excepto el impuesto especial sobre la electricidad: el impuesto sobre el

patrimonio, el impuesto sobre sucesiones y donaciones, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, el impuesto especial sobre determinados medios de transporte y los tributos sobre el juego (art. 54.1). En segundo lugar, el art. 59.1 c) de la Ley 22/2009 introduce dos modalidades de delegación de la vía económico-administrativa con diferente alcance, a elección de la comunidad autónoma. En la primera opción [primer párrafo del art. 59.1 c)], el Estado se reserva la facultad de revisar en segunda instancia las resoluciones de los órganos económico-administrativos autonómicos a través del recurso de alzada ordinario ante el Tribunal Económico-Administrativo Central. En la segunda opción [segundo párrafo del art. 59.1 c)] se prescinde de dicha reserva, correspondiendo a los órganos económico-administrativos autonómicos, de una parte, el conocimiento en única instancia de las reclamaciones sobre los actos de la administración tributaria autonómica en materia de tributos cedidos, sin alzada ordinaria ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, y, de otra, el conocimiento del recurso extraordinario de revisión contra actos firmes de su administración tributaria y contra resoluciones firmes de sus propios órganos económico-administrativos [tercer párrafo del art. 59.1 c) LGT]. De estas dos modalidades, en el segundo párrafo del art. 2.1 de la Ley 16/2010 se declara que la Comunidad Autónoma de Cataluña, de acuerdo con los arts. 205 EAC y 20.2 y 3 LOFCA, asume la competencia para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas en única instancia en los términos del segundo y tercer párrafo del art. 59.1 c) de la Ley 22/2009; optando, pues, por la delegación estatal amplia de competencias revisoras en vía económico-administrativa en materia de tributos cedidos.

e) El reparto competencial expuesto no varía por el hecho de que, por la falta de traspaso de los servicios y funciones adscritos a la competencia revisora económico-administrativa de los tributos estatales cedidos, no se haya producido la asunción efectiva de la función por la Comunidad Autónoma de Cataluña y siga siendo ejercida en la actualidad por los tribunales económico-administrativos estatales (disposición transitoria segunda de la Ley 16/2010). Y ello porque es doctrina constitucional consolidada que los decretos de transferencias “no atribuyen ni reconocen competencias, sino que traspasan servicios, funciones e instituciones; no son en consecuencia normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias, compuesto exclusivamente por la Constitución, los Estatutos y, en su caso, las de-

más disposiciones atributivas de competencias, cuyas prescripciones no pueden ser alteradas ni constreñidas por las disposiciones de los decretos de traspasos” (STC 147/1998, de 2 de julio, FJ 10; reiterada, entre otras, en las SSTC 9/2001, de 18 de enero, FJ 6; 44/2007, de 1 de marzo, FJ 6; 28/2016, de 18 de febrero, FJ 6, y 194/2016, de 16 de noviembre, FJ 2).

Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2020, de 29 de junio, sobre el derecho a la representación política de la demandante de amparo (art. 23.2 CE) por haber confirmado la legalidad de la negativa empresarial a la reincorporación a su puesto de trabajo tras cesar la situación de excedencia forzosa en que se mantenía motivada por el reconocimiento del régimen de dedicación exclusiva en su condición de concejala de un ayuntamiento con el argumento de que la dedicación ordinaria propia de una concejala también supone una actividad incompatible con la observancia en la empresa de la jornada de trabajo.

Antecedentes

Recurso de amparo en procedimiento sobre despido.
Ponente: don Juan Antonio Xiol Ríos.

Extracto de doctrina

(...)

3. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho de representación política de los concejales y su afectación por la extinción de las relaciones laborales: La citada STC 125/2018 aborda la cuestión de cómo puede quedar afectado el derecho a la representación política de los concejales por decisiones empresariales extintivas de sus relaciones laborales con ocasión de un supuesto de despido por absentismo en que se habían computado las horas invertidas en asistencia a plenos municipales y comisiones informativas.

En los fundamentos jurídicos 3 y 4 de la STC 125/2018 se resume la jurisprudencia sobre el particular, de la que cabe destacar las siguientes consideraciones:

(i) El art. 23.2 CE consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, que tiene un contenido explícito –el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes– y otro implícito compuesto por (a) el derecho a permanecer, en condiciones de igual-

dad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió; (b) el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (el llamado ius in officium); y (c) la prohibición de remoción del cargo si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos. (ii) En lo que se refiere a la vertiente de derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes, se ha establecido que no cualquier acto que infrinja la legalidad del ius in officium resulta lesivo del derecho fundamental, ya que solo poseen relevancia constitucional, a estos efectos, los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa, en el sentido de que se impida o coarte la práctica de la función representativa o se adopten decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes políticos.

(iii) Pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación local la participación en la actividad de control del gobierno local, en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, y el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores actividades y participar en las comisiones informativas (así, SSTC 169/2009 de 9 de julio, FJ 3; 9/2012, de 18 de enero, FJ 4, o 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 3).

(iv) A partir de las anteriores consideraciones, la STC 125/2018 concluye que “serán contrarios al derecho reconocido en el artículo 23.2 CE cualesquiera actos tendentes, tanto a impedir la participación de un concejal electo en la deliberación del pleno de una corporación municipal, como la negativa del empresario a facilitar la asistencia del trabajador a tales actos o la calificación de dicha ausencia como injustificada, a efectos de adoptar medidas de carácter disciplinario contra aquel. En definitiva, lo serían todos aquellos actos obstativos realizados por el empleador en el ejercicio de sus poderes empresariales, que fueran utilizados para impedir u obstaculizar el ejercicio de este núcleo esencial del ius in officium del que es titular el trabajador por cuenta ajena y a su cargo, que tenga la condición de miembro de dicho consistorio municipal” (FJ 4).

4. Aplicación de la jurisprudencia constitucional al supuesto enjuiciado: En el presente caso, tal como ha quedado acreditado en las actuaciones y ha sido expuesto de manera más detallada en los antecedentes, se pone de manifiesto lo siguiente:

(i) Han quedado probados como hechos no controvertidos en la vía judicial previa, entre otros, que la demandante de amparo (a) prestaba sus

servicios profesionales como administrativa para la entidad Real Automóvil Club de España cuando fue elegida concejala del Ayuntamiento de Algete en mayo de 1991 y se produjo su reelección consecutiva en las elecciones locales de 1995, 1999, 2003, 2007, 2011 y 2015; (b) durante el periodo de mayo de 1991 hasta el 30 de septiembre de 1999 se mantuvo en el ejercicio activo en el desempeño de su relación laboral compatibilizándolo con su labor de concejala; (c) desde el 30 de septiembre de 1999 y hasta el 13 de junio de 2015 el pleno del ayuntamiento le reconoció la situación de dedicación exclusiva en su función de concejala por lo que, al amparo del art. 46.1 LET, solicitó y le fue reconocida por su empleadora la situación de excedencia forzosa en su puesto de trabajo; (d) el 13 de junio de 2015 el pleno del ayuntamiento le retiró el reconocimiento de la dedicación exclusiva; y (e) en dicha fecha solicitó la reincorporación a su puesto de trabajo, lo que le fue denegado por la entidad empleadora.

(ii) En vía judicial se confirmó la negativa empresarial a la reincorporación al puesto de trabajo de la demandante de amparo con el argumento exclusivo de que –si bien había quedado acreditado el cambio de circunstancias, ya que había cesado en la dedicación exclusiva reconocida por el pleno del ayuntamiento– se mantenía con la dedicación ordinaria propia de su condición de concejala, concluyendo que “aunque no ejerza funciones de gobierno municipal, tiene que realizar trabajos y asistir a plenos, comisiones, etc. que lo hace incompatible con la observancia en la empresa de la jornada de trabajo” (fundamento de derecho segundo). Se precisaba que desde el año 2005 no ejercía labores en el gobierno municipal, cosa que no había motivado su solicitud de reincorporación, lo que acreditaba la existencia de una incompatibilidad material entre sus funciones de representación política y las laborales.

En atención a lo expuesto, y tal como también interesa el Ministerio Fiscal, debe concluirse que se ha vulnerado el derecho a la representación política de la demandante de amparo (art. 23.2 CE). En vía judicial se ha confirmado la legalidad de la negativa a la reincorporación al puesto de trabajo de la demandante de amparo –tras cesar el reconocimiento de la dedicación exclusiva en su función de concejala por parte del pleno del ayuntamiento y, por tanto, de su excedencia forzosa derivada de dicha incompatibilidad– con el único argumento de que la dedicación ordinaria de la demandante del amparo –ejemplificada en la asistencia a los plenos o las comisiones– no resulta materialmente conciliable con la observancia de su jornada laboral. Esta argumentación resulta contraria a la efectividad del derecho a la representación política de la demandante de amparo, ya que, en los términos expuestos en la STC 125/2018, implica una

consecuencia laboral desfavorable para la demandante de amparo con fundamento en el ejercicio del núcleo esencial de su ius in officium como miembro de un consistorio municipal.

A esos efectos, el argumento judicial de que la existencia de una incompatibilidad material con las funciones de representación política municipal quedaría acreditada porque la demandante de amparo no desarrollaba labores de gobierno municipal desde el año 2005, cosa que no había motivado su solicitud de reincorporación hasta diez años después, no resulta relevante desde la perspectiva del art. 23.2 CE. Como señala el Ministerio Fiscal, también es un hecho no controvertido, por un lado, que la demandante de amparo compatibilizó su función de concejala con su prestación laboral desde 1991 hasta 1999 y, por otro, que la situación de excedencia forzosa ha venido motivada desde su solicitud y reconocimiento en 1999 y hasta el 2015, en que se solicitó la reincorporación ahora denegada, por la concesión del régimen de dedicación exclusiva por parte del pleno del ayuntamiento, con independencia de si ejercía labores o no de gobierno municipal que, a los efectos del ejercicio del ius in officium, no resulta relevante.

El restablecimiento de la vulneración del derecho a la representación política de la demandante de amparo determina que deban anularse las resoluciones judiciales impugnadas y la declaración de nulidad de la negativa a la reincorporación a su puesto de trabajo. En el presente caso, resulta procedente la retroacción de actuaciones para que el juez de lo social se pronuncie sobre los efectos legales inherentes a la vulneración del derecho fundamental y de la nulidad de la extinción laboral declarada en esta sentencia, incluyendo una eventual pretensión indemnizatoria.

Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2020, de 22 de julio, sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso al recurso y, más concretamente, al recurso de casación.

Antecedentes

Recurso de amparo promovido por el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès.
Ponente: don Antonio Narváez Rodríguez.

Extracto de doctrina

(...)

2. Doctrina constitucional sobre el derecho de acceso al recurso de casación.

Para un correcto entendimiento de las cuestiones que se suscitan en este proceso conviene antes realizar una resumida exposición de la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso al recurso, que comenzará por el ámbito más general de este derecho, para descender, posteriormente, al más restringido del acceso al recurso extraordinario de casación y culminar, dentro de esa modalidad impugnativa, en el recurso de casación por denunciada infracción de la normativa autonómica.

A) Derecho al recurso:

Este Tribunal, ya desde su inicial STC 37/1995, de 7 de febrero, ha venido apreciando, de modo reiterado (por todas, las SSTC 149/2016, de 19 de septiembre, FJ 3, y 173/2016, de 17 de octubre, FJ 2), una clara diferencia entre: (i) el derecho de acceso a la jurisdicción, que tiene su fundamento directo en el derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), en donde el principio pro actione opera con la máxima intensidad para obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, aunque también pueda ser esta satisfecha con una decisión de inadmisión, por razones formales o materiales, siempre que sea motivada y se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente; y (ii) el derecho de acceso al recurso, en el que, recaída ya la primera respuesta judicial, es el legislador quien, en todo tipo de procesos, a excepción del penal, dispone de un amplio margen de libertad para establecer la procedencia del recurso, delimitar los supuestos y motivos de impugnación, así como determinar, también, su naturaleza y alcance.

Además, el control constitucional que este Tribunal debe realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos tiene carácter externo, pues no le corresponde revisar la aplicación judicial de las normas sobre admisión de recursos, “evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas” (STC 173/2016, FJ 2), sino, tan solo, entender que debe ser apreciada la vulneración del derecho de acceso al recurso cuando (i) la resolución judicial deniegue la admisibilidad de un medio impugnatorio que se apoye en una causa inexistente; o (ii) cuando aquella declaración de inadmisibilidad se fundamente en un juicio manifiestamente irracional, arbitrario o sustentado en un error fáctico patente.

B) Recurso de casación.

Como ha declarado este Tribunal, el control constitucional de la aplicación de las normas sobre admisibilidad del recurso “es, si cabe, más limitado en lo referido al recurso de casación. Por una parte, porque la

resolución judicial que se enjuicia es del Tribunal Supremo, a quien le está conferida la función de interpretar la ley –también, evidentemente, la procesal–, con el valor complementario que atribuye a su jurisprudencia el Código civil. La STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 4, declara que ‘toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 CE), complementa el ordenamiento jurídico, conforme señala el artículo 1.6 del Código civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los jueces y tribunales’. Por otra parte, porque el recurso de casación tiene la naturaleza de recurso especial o extraordinario, lo que determina que debe fundarse en motivos tasados –numerus clausus– y que está sometido no solo a requisitos extrínsecos de tiempo y forma y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 100/2009, de 27 de abril, FJ 4, y 35/2011, de 28 de marzo, FJ 3)” [STC 7/2015, de 22 de enero, FJ 2 A) d)].

Además, este Tribunal tiene declarado que ‘corresponde al Tribunal Supremo la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación ante él interpuestos, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123 CE)’ (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 6)” [STC 7/2015, FJ 2 A) d)].

C) Recurso de casación por infracción de normativa autonómica.

La disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ, dio nueva redacción a la sección tercera del capítulo III, título IV, arts. 86 a 93, de la LJCA, introduciendo importantes novedades en el recurso de casación, particularmente, en lo que ahora es de interés, estableciendo el acceso a la modalidad casacional de la alegada infracción de la normativa autonómica.

Este nuevo recurso de casación por invocada infracción de la normativa autonómica, regulado en el art. 86.3 LJCA, ha sido objeto de enjuiciamiento de constitucionalidad por este Tribunal en su STC 128/2018, de 29 de noviembre y en otras dos posteriores, las SSTC 18/2019, de 11 de febrero, y 26/2019, de 25 de febrero, de aplicación de la doctrina establecida en aquella.

Por otra parte, en sede de recurso de amparo y por invocada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso al recurso, esta nueva modalidad impugnatoria ha sido también

objeto de otro pronunciamiento de este Tribunal. En su ATC 41/2018, de 16 de abril, el Tribunal inadmitió a trámite la demanda de amparo, pero incluyó una serie de argumentos que destacaremos, a continuación, de modo resumido.

a) Constitucionalidad del art. 86.3 LJCA:

Este Tribunal ha declarado [STC 128/2018, FJ 2 a)], en una aproximación general y con referencia expresa al preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, que las novedades introducidas en esta modalidad impugnatoria están encaminadas a “reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho” exigiendo, a tal fin, que el recurso presente “interés casacional objetivo”.

Además, la citada STC 128/2018 ha añadido que “[c]on este nuevo recurso se amplió el ámbito de aplicación a la generalidad de las resoluciones judiciales finales de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 86.1 y 87.1 LJCA) y, mediante la técnica de selección fundada en el llamado interés casacional objetivo (art. 88 LJCA), se buscó que cumpliera ‘estrictamente su función nomofiláctica’ (exposición de motivos). Como afirmó el ATC 41/2018, de 16 de abril, FJ 4, esta última consideración ‘resulta enteramente trasladable al recurso de casación autonómico que nos ocupa, con la matización de que dicha función nomofiláctica se circunscribe a la interpretación y aplicación de las normas emanadas de la comunidad autónoma en cuyo territorio se halla el respectivo Tribunal Superior de Justicia’” [FJ 2 a)].

Continúa, además, la STC 128/2018 señalando que “[e]l nuevo recurso de casación basado en la infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma sustituyó a los dos recursos de casación anteriormente previstos para garantizar la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de la comunidad autónoma, el recurso de casación de unificación de doctrina regulado hasta entonces en el artículo 99 LJCA y el recurso de casación en interés de ley regulado hasta entonces en el artículo 101 LJCA” [FJ 2 b)].

Por tanto, como así lo ha reconocido expresamente este Tribunal, el nuevo recurso de casación por infracción de normativa autonómica “sustituye” a los medios impugnatorios que anteriormente venían regulados en la LOPJ (art. 74, apartados 5 y 6, que no han sido expresamente derogados) y la LJCA (arts. 16.4, todavía en vigor, y los precedentes arts. 99 y 101, dejados sin contenido por la Ley Orgánica 7/2015).

De modo más concreto, en el enjuiciamiento de la constitucionalidad del art. 86.3 LJCA cuestionado, el Tribunal ha declarado lo siguiente:

(i) *La falta de rango orgánico de la disposición final tercera de la L.O. 7/2015, que dio nueva redacción al art. 86.3 LJCA, no contraviene lo dispuesto en el art. 122.1 CE, por cuanto la reserva de ley orgánica establecida en el citado precepto constitucional “atiende únicamente a si la legislación procesal de rango ordinario preserva la coherencia del diseño establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y no va más allá [...]”. La submateria “constitución [...] de los jueces y tribunales”, que establece el art. 122.1 CE, hace referencia al “diseño básico de la organización judicial” y a la “definición genérica del ámbito de conocimiento litigioso’ de los diversos órdenes jurisdiccionales”, pero “nuestra jurisprudencia nunca ha incluido aspectos tales como las modalidades de recursos disponibles, las resoluciones en su caso recurribles, los órganos competentes para su resolución o los procedimientos que a tal fin deban seguirse, con independencia de que las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial hayan procedido en ocasiones en el pasado a precisar, en mayor o menor grado, algunos de esos aspectos, pues el contenido mínimo indispensable no es un límite para el legislador orgánico y sí para el legislador ordinario” [STC 128/2018, FJ 4 a)].*

(ii) *Las secciones de casación a que se refiere el art. 86.3 LJCA “se configuran y actúan básicamente como divisiones funcionales de las salas de lo contencioso-administrativo y no como órganos judiciales con una composición y un ámbito competencial singularizados con respecto a los de dichas salas”, por lo que “no constituyen órganos judiciales distintos a los efectos de nuestra doctrina constitucional sobre el alcance de la reserva de ley orgánica que deriva del artículo 122.1 CE y que, en consecuencia, no necesariamente deben ser reguladas por disposiciones de rango orgánico” [STC 128/2018, FJ 4 b)].*

(iii) *Respecto de la alegada infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), este Tribunal ha declarado que “la indeterminación del precepto legal cuestionado no conlleva una quiebra de la seguridad jurídica, pues una interpretación sistemática del mismo permite acotar su sentido y determinar las resoluciones que pueden ser objeto de este recurso y el órgano que ha de resolverlo. Las incertidumbres que, prima facie, pueda suscitar la disposición cuestionada pueden ser salvadas mediante una interpretación perfectamente razonable, aplicando los criterios ordinarios de interpretación de la ley y atendiendo, especialmente, a la configuración más objetivada del recurso de casación estatal, a cuyas normas se remite implícitamente el recurso de casación autonómico y que debe considerarse que integran también su regulación”. (STC 128/2018, FJ 5).*

(iv) *La constatación de criterios aplicativos dispares del art. 86.3 LJCA por parte de las salas de lo contencioso-administrativo de los distintos tribunales superiores de justicia no vulneran el principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), pues “la independencia judicial ampara la capacidad de cada juez y tribunal de seleccionar, interpretar y aplicar las normas que consideran relevantes para resolver el asunto de que conocen, siendo la razonabilidad el único parámetro de constitucionalidad que podría proyectarse sobre tales operaciones” (STC 128/2018, FJ 6).*

(v) *Frente a la alegada vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley, debido a la denunciada falta de desarrollo legislativo del recurso de casación por infracción de normativa autonómica, opone la doctrina de este Tribunal, en relación a la primera que “la regulación contenida en los preceptos cuestionados [...] no impide una interpretación lógica y coherente que proporcione un sentido útil a la casación autonómica, ya que la unificación del Derecho autonómico corresponde a los tribunales superiores de justicia mediante un recurso de casación paralelo al establecido en el Tribunal Supremo para el Derecho estatal o de la Unión Europea, a cuya regulación se remite implícitamente el recurso de casación autonómico” [STC 128/2018, FJ 7 a)]. Y, respecto de la segunda, que “no cabe duda de que el párrafo tercero del artículo 86.3 LJCA tiene rango legal y que contiene los criterios necesarios para determinar la composición de las secciones de casación, tanto en el supuesto de las salas que no tengan sección como en el caso de que tengan más de una sección, así como su ámbito competencial” [STC 128/2018, FJ 7 b)]. En consecuencia, la doctrina de este Tribunal, reiterada después en las también citadas SSTC 18/2019, de 11 de febrero y 26/2019, de 25 de febrero, es la de entender que el art. 86.3, párrafos segundo y tercero LJCA es conforme a la Constitución, por cuanto que las tachas de inconstitucionalidad que le fueron opuestas por los órganos judiciales cuestionantes, han sido desestimadas.*

b) Denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Por su parte, el ATC 41/2018, de 16 de abril, hasta ahora el único pronunciamiento de este Tribunal que, en sede de amparo, ha abordado la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho de acceso al recurso de casación por infracción de normativa autonómica, acordó en aquel caso la inadmisión del recurso promovido por la Junta de Extremadura contra dos resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de aquella comunidad autónoma que, a su vez, habían tenido por no preparado el recurso de casación por infracción de normativa autonómica que aquel órgano de gobierno había pretendido interponer contra otra previa sentencia del pleno de la misma sala.

En el auto citado, este Tribunal hizo unas consideraciones generales acerca de este recurso de casación específico y señaló, al respecto, que “[c]on este nuevo recurso se amplía el ámbito de aplicación a la generalidad de las resoluciones judiciales finales de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 86.1 y 87.1 LJCA) y, mediante la técnica de selección fundada en el llamado interés casacional objetivo (art. 88 LJCA), se busca que ‘cumpla estrictamente su función nomofiláctica’ (exposición de motivos). Esta última consideración sí resulta enteramente trasladable al recurso de casación autonómico que nos ocupa, con la matización de que dicha función nomofiláctica se circunscribe a la interpretación y aplicación de las normas emanadas de la comunidad autónoma en cuyo territorio se halla el respectivo Tribunal Superior de Justicia” [FJ 4 b)].

Descendiendo al enjuiciamiento y resolución de la queja invocada, señaló después:

“Con independencia del mayor o menor acierto de cada uno de los argumentos empleados en la resolución impugnada, valoración que nos está vedada en esta sede constitucional, la sala de lo contencioso-administrativo toma como puntos de partida unos presupuestos certeros y llega a la solución que ofrece mediante una argumentación lógica y coherente. Parte este discurso de la literalidad de los preceptos legales referidos al recurso de que se trata en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y la Ley Orgánica del Poder Judicial; toma en consideración, a continuación, la composición y posición institucional de la sala sentenciadora y del órgano que estaría llamado a resolver el recurso; y constata, derivado de ello, que la finalidad a que estaría llamado este eventual recurso de casación, cual es la de asegurar la uniformidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico, en las circunstancias expresadas, quedó ya satisfecha en la sentencia dictada por el pleno de esa sala de lo contencioso-administrativo. En este razonamiento mantenido por el auto impugnado no se apela a razones organizativas para justificar la inadmisión del recurso, sino que se considera que el recurso de casación autonómico, en el caso, al no resultar idóneo para cumplir la función inherente a su naturaleza, carece de razón de ser. A partir de aquí, la sala obtiene la conclusión, que se apoya también en el tenor literal del artículo 86.3 LJCA, de que

este recurso ‘está pensado para los casos de un Tribunal Superior de Justicia que dispone de varias salas de lo contencioso-administrativo o de varias secciones dentro de la misma sala’. Y dicha conclusión, que lleva a estimar inadmisibile el recurso de casación preparado, se valora como producto de una exégesis racional de los preceptos legales aplicables. Esto es lo que demanda el artículo 24.1 CE, lo que no obsta a que, en el marco de las incertidumbres que ha ocasionado la regulación de la casación autonómica tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, otras interpretaciones judiciales dirigidas a darles respuesta puedan a su vez ser perfectamente razonables” (FJ 5).

3. Aplicación de esta doctrina al caso: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

A) Consideraciones previas.

Antes de dar comienzo al análisis del supuesto de autos es preciso hacer algunas consideraciones previas en relación con el objeto y alcance de nuestro enjuiciamiento y de la resolución que hemos de adoptar en relación con la queja presentada por la corporación local recurrente:

a) En primer lugar, hay que señalar que este Tribunal, en el seno de un procedimiento de amparo, resuelve por vez primera en sentencia la queja consistente en la invocada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por eventual vulneración del derecho de acceso al recurso de casación por infracción de normativa autonómica.

b) En segundo término, que el supuesto ahora enjuiciado es distinto del precedente del recurso de amparo resuelto por el ATC 41/2018, pues, a diferencia de la argumentación sostenida entonces por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que admitía, con carácter general, la procedencia del recurso de casación por infracción de normativa autonómica, a formalizar contra sentencias dictadas por otras secciones o salas de lo contencioso-administrativo del mismo Tribunal Superior de Justicia, en cuanto que aceptaba la posibilidad de que la sección de casación, constituida en aplicación de lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del art.86.3 LJCA, pudiera revisar en casación aquellas sentencias, pero que entendía no procedente en aquel supuesto porque, al tratarse de una sala única, no era posible la sustanciación de este recurso en la comunidad extremeña, pero sí en aquellas otras comunidades autónomas en que hubiera varias salas de lo contencioso-administrativo o secciones dentro de la misma sala, pertenecientes al mismo Tribunal Superior de Justicia, ahora la tesis sostenida por los autos impugnados es diferente y atiende a una cuestión distinta.

En efecto, el planteamiento argumentativo de los autos impugnados tiene otra dimensión que no es la sostenida por el Tribunal Superior de Justicia extremeño, pues lo que ahora entienden los órganos judiciales de Cataluña es que, por una interpretación sistemática de lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del art. 86 LJCA, el recurso de casación por infracción de normativa autonómica únicamente procede contra sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo que tengan su sede en la demarcación territorial del mismo Tribunal Superior de Justicia y siempre “que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos” (art. 86.1 último párrafo LJCA).

Por tanto, a diferencia del precedente resuelto por el ATC 41/2018, en que las resoluciones judiciales impugnadas habían atendido a razones subjetivas de organización para limitar el ámbito de este recurso de casación, señalando que, en el supuesto de autos, el recurso de casación no resultaba idóneo para cumplir la función inherente a su naturaleza, en el caso que es ahora objeto de nuestro enjuiciamiento se ofrecen otros argumentos, localizados en la denunciada falta de competencia objetiva de la sección de casación prevista en el art. 86.3 LJCA, para conocer del recurso de casación por infracción de normativa autonómica contra sentencias dictadas por otras secciones o salas de lo contencioso-administrativo del mismo Tribunal Superior de Justicia.

c) Y, finalmente, que no corresponde al Tribunal Constitucional la interpretación del art. 86 LJCA y mucho menos determinar la delimitación y alcance del nuevo recurso de casación por infracción de la normativa autonómica que introdujo la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. Esta labor compete en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos (art. 117.3 CE). Únicamente a ellos les corresponde la función hermenéutica y de aplicación de aquella norma a los supuestos que le sean planteados.

Como se ha anticipado, el Tribunal Constitucional puede realizar un control externo de razonabilidad de los argumentos sostenidos por las resoluciones judiciales impugnadas, para así enjuiciar la invocada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho al recurso, con las limitaciones, mucho más rigurosas, que ha establecido nuestra doctrina respecto del recurso de casación, de tal manera que, únicamente, cuando la decisión judicial haya incurrido en un error fáctico patente, resulte manifestamente irracional o arbitraria, podrá revisar aquella decisión judicial de inadmisibilidad del recurso.

Hemos de partir, pues, de los argumentos recogidos en los autos impugnados y determinar si aquellos son o no irrazonables, arbitrarios o se hallan inmersos en un error fáctico patente y manifiesto.

B) Enjuiciamiento del caso.

a) El análisis de la alegada vulneración del derecho de acceso al recurso de casación por infracción de norma autonómica debe partir de la finalidad de unificación del Derecho autonómico que aquel persigue y que así ha sido reconocida, tanto por el legislador en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, como, también, por este Tribunal en la STC 128/2018. En el fundamento jurídico anterior hemos destacado que el nuevo recurso está encaminado a “sustituir” a los anteriores recursos de casación para unificación de doctrina y de casación en interés de la ley, que venían atribuidos anteriormente a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia y que han sido suprimidos por la Ley Orgánica 7/2015, por lo que esa finalidad unificadora de la interpretación y aplicación del derecho autonómico debe ser asumida por los tribunales superiores de justicia, a través de aquella modalidad impugnatoria.

Este Tribunal [STC 128/2018, FJ 7 a)] también ha declarado que el nuevo recurso de casación por infracción de normativa autonómica: (i) ha sido creado con una configuración “paralela” al que ya existía por alegada infracción de la normativa estatal o de la Unión Europea; y (ii) que, a la regulación de dicho recurso ante el Tribunal Supremo, se “remite implícitamente” el de casación autonómico.

A partir del señalado objetivo y de los dos presupuestos configuradores establecidos en el art. 86.3 LJCA que ha reconocido este Tribunal, se impone ahora, utilizando el canon de la razonabilidad, el análisis de los argumentos esgrimidos por los autos impugnados de 30 de enero y 29 de marzo de 2018, de la Sección Tercera, así como del núm. 25/2018, de 28 de junio, de la Sección de Casación, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para acordar la inadmisibilidad del recurso de casación por infracción de normativa autonómica que el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès pretendía formalizar contra una anterior sentencia de 9 de noviembre de 2017, dictada por la primera de las secciones enunciadas.

b) Debemos descartar ab initio el argumento de la recurrente, al que también se adhiere en apoyo de su pretensión el Ministerio Fiscal, de que la tesis sostenida por la Sección de Casación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de que no procede el recurso de casación por infracción de normativa autonómica contra sentencias dictadas por

las secciones o salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia sea una interpretación y aplicación del art. 86.3 LJCA que es única de este órgano judicial frente al criterio sostenido por otras salas de la misma jurisdicción de otros tribunales superiores de justicia, que sí admiten su procedencia. Este Tribunal, en su STC 128/2018, también ha rechazado, desde la perspectiva del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que la distinta interpretación o aplicación de la norma jurídica resulta amparada por la “independencia judicial” y “por la capacidad de cada juez y tribunal de seleccionar, interpretar y aplicar las normas que consideran relevantes para resolver el asunto de que conocen, siendo la razonabilidad el único parámetro de constitucionalidad que podría proyectarse sobre tales operaciones” (FJ 6).

Además, el ATC 41/2018, aunque en referencia al derecho a la tutela judicial efectiva, ha declarado también que “en el marco de las incertidumbres que ha ocasionado la regulación de la casación autonómica tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, otras interpretaciones judiciales dirigidas a darles respuestas puedan a su vez ser perfectamente razonables” (FJ 5 in fine).

c) Asimismo, hemos de descartar a limine: (i) el argumento, sostenido en los autos impugnados, que se apoya en la carencia de rango de ley orgánica de la normativa legal que introduce el nuevo recurso de casación por infracción de norma autonómica; (ii) que tal exigencia de rango normativo orgánico sea precisa para la configuración del órgano judicial competente para su enjuiciamiento y resolución; y (iii) que la Ley Orgánica del Poder Judicial debería haber establecido un órgano judicial específico, con un rango jerárquico superior al de la sección o sala que hubo dictado la sentencia a impugnar, para asignarle la competencia sobre este recurso.

Estos tres argumentos han sido ya objeto de análisis y rechazados por este Tribunal al enjuiciar la constitucionalidad del art. 86.3 LJCA. Como hemos destacado en el fundamento jurídico anterior, la STC 128/2018, FFJJ 3 y 4, y las posteriores SSTC 18/2019 y 26/2019, que son de aplicación de la doctrina establecida en la anterior, han hecho una detallada exposición de los razonamientos que le llevaron a descartar las tesis sostenidas sobre aquellos aspectos por los órganos judiciales promotores de las cuestiones de inconstitucionalidad, por lo que ahora nos remitimos a las consideraciones jurídicas allí efectuadas para desestimarlas. El Pleno de este Tribunal ha entendido que la regulación contenida en el nuevo art. 86.3 LJCA no contraviene, ni el rango de ley orgánica, ni

tampoco el art. 122.1 CE; además, la composición de las secciones de casación deben ser conceptuadas como secciones “funcionales” y “no orgánicas”, de tal manera que “no constituyen órganos judiciales distintos a los efectos de nuestra doctrina constitucional sobre el alcance de la reserva de ley orgánica que deriva del artículo 122.1 CE” [STC 128/2018, FJ 4 b)]. Por otro lado, como igualmente ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, no se trata de una novedad en la normativa procesal, pues la composición de las secciones de casación del art. 86.3 LJCA sigue siendo la misma que la que el art. 16.4 LJCA, que continúa en vigor, preveía para los desaparecidos recursos de casación en interés de la ley y para la unificación de la doctrina [STC 128/2018, FJ 4 b)].

d) Hemos de rechazar, también, el argumento de que la unificación de criterios en la aplicación de la norma autonómica la suplan los plenos jurisdiccionales previstos en el art. 264 LOPJ. Sin necesidad de descender al plano de la interpretación de esta norma, hay que señalar que dichos plenos cumplen una función de unificación de criterios y de coordinación de prácticas procesales (art. 264.1 LOPJ), pero no adoptan decisiones jurisdiccionales en sentido estricto. Además de apartarse de lo que es la naturaleza, contenido y efectos jurídicos propios del instituto procesal del recurso, aquella tesis contraviene, también, la finalidad legislativa de extender la figura del recurso de casación a la función unificadora de la interpretación y aplicación del derecho autonómico, como sustitutivo de los desaparecidos recursos de casación de unificación de la doctrina y de interés de la ley, tal y como ha reconocido supra este Tribunal en la STC 128/2018.

e) Este Tribunal, en la tantas veces citada STC 128/2018, ha declarado que “la regulación contenida en los preceptos cuestionados [...] [art. 86.3, párrafos segundo y tercero LJCA] no impide una interpretación lógica y coherente que proporcione un sentido útil a la casación autonómica” [STC 128/2018, FJ 7 a) in fine]. Y, también, como hemos señalado supra, cumple una función nomofiláctica y unificadora del derecho autonómico, pues, a esta finalidad, responde la nueva configuración de esta modalidad impugnatoria extraordinaria. Igualmente, hemos destacado que el recurso de casación por infracción de normativa autonómica se conforma como “un recurso de casación paralelo” al establecido en el Tribunal Supremo respecto de la denunciada infracción del derecho estatal o de la Unión Europea, además de afirmar que a su “regulación se remite implícitamente”.

Se trata, pues, de la necesidad de cumplir un determinado fin y de satisfacer la observancia de dos presupuestos, aspectos todos ellos reconocidos por

este Tribunal que, en el análisis de la argumentación sostenida por los autos impugnados, resultan relevantes para el control constitucional de la racionalidad de los mismos. El cumplimiento de aquella finalidad y de los dos citados presupuestos exige que toda interpretación efectuada por los órganos judiciales, en relación con el recurso de casación por infracción de normativa autonómica, parta de la debida observancia de los mismos, de tal manera que, a sensu contrario, adolecerá de falta de racionalidad aquella interpretación y aplicación de la legalidad que contravenga esta doctrina constitucional.

A partir de estas consideraciones, son relevantes los siguientes aspectos en nuestro análisis:

(i) La procedencia o no del recurso de casación por infracción de norma autonómica frente a una resolución dictada por un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa y la correspondiente interpretación y aplicación de la norma legal que lo regula (arts. 86 y ss. LJCA) es función propia de la sección de casación de la sala de lo contencioso-administrativo del tribunal superior de justicia correspondiente, en este caso del de Cataluña, pero aquella interpretación y aplicación habrá de respetar la finalidad unificadora de doctrina, propia de este recurso, y que el mismo se configura como “paralelo” al de casación por infracción de normativa estatal o de la Unión Europea, “a cuya regulación implícitamente se remite”.

(ii) En el recurso de casación por infracción de normativa estatal o de la Unión Europea, que se sigue ante el Tribunal Supremo, el art. 86.1 LJCA dispone la procedencia de este recurso contra sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, con los requisitos exigidos en el párrafo segundo de este apartado, pero también contra las recaídas en única instancia o en apelación, dictadas por las salas de aquella jurisdicción de los tribunales superiores de justicia. En consecuencia, una interpretación del art. 86.3, párrafo segundo Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa que excluya la procedencia de este recurso respecto de las sentencias dictadas por alguno/os de aquellos órganos judiciales, contraviene la exigencia de “paralelismo” que este Tribunal ha reconocido a esta modalidad impugnativa, respecto de la casación “estatal o de la Unión Europea”, en contradicción con la literalidad de la norma contenida en el art. 86.1 LJCA, que sí incluye las sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia. No se da cumplimiento a esta exigencia de configuración “paralela” del recurso de casación por infracción de norma autonómica respecto del de casación por vulneración de norma estatal o de la Unión Europea si se acoge el planteamiento de los autos, de que el primero de los recursos

solo proceda respecto de unos (los órganos unipersonales) y no respecto de otros (los órganos colegiados).

Por otro lado, la “remisión implícita” a la normativa reguladora del recurso de casación por infracción de normativa estatal o de la Unión Europea, que este Tribunal ha reconocido también a la casación por infracción de norma autonómica, no puede conciliarse con una interpretación de la legalidad procesal que rechace que aquella remisión solo lo sea a una parte y no a su integridad, como defienden los autos impugnados, que limitan la remisión a la regulación del procedimiento de tramitación y resolución del recurso de casación por infracción de normativa estatal o de la Unión Europea, pero no in toto a su procedencia contra las resoluciones susceptibles de dicho medio impugnativo. Tal planteamiento contraviene la doctrina constitucional sobre este punto, pues la STC 128/2018 alude a una “remisión implícita”, sin establecer ningún tipo de condicionamiento o limitación a aquella.

En efecto, la STC 128/2018, aun reconociendo las deficiencias de técnica legislativa que se observan en el nuevo art. 86 LJCA, además de haber declarado que dicho precepto no contraviene el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), ni tampoco vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ha afirmado que este recurso de casación por infracción de normativa autonómica tiene una configuración paralela y, por tanto, semejante al de casación por infracción de normativa estatal o de la Unión Europea, que ya existía antes de la vigencia de la Ley Orgánica 7/2015. La “remisión implícita” a la normativa de esta última, lo ha reconocido así este Tribunal, sin límites ni condicionamientos, por lo que cualquier interpretación o aplicación del art. 86 LJCA que, desde la jurisdicción ordinaria, se aparte de tales presupuestos, incurrirá, en expresión de este Tribunal, “en conclusiones voluntaristas, irracionales o extravagantes o en contravención del tenor literal de los preceptos aplicables”; además de poner de relieve que “quien se considerase afectado por tales interpretaciones las podría combatir mediante el correspondiente recurso de amparo” [STC 128/2018, FJ 5 in fine].

f) La conclusión a la que han llegado los tres autos impugnados es contraria, pues, al derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación del derecho de acceso al recurso, cuya vulneración ha defendido la corporación local demandante. Sostener que las sentencias dictadas por las secciones o las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia no son susceptibles de recurso de casación por infracción de normativa autonómica, constituye el resultado de un acto de interpretación y aplicación del art. 86 LJCA que se sustenta en

un conjunto de argumentos que no responden a la finalidad perseguida por el legislador y reconocida por este Tribunal, de constituir esta modalidad de impugnación el “instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho”, en este caso del derecho autonómico. Pero es que, además, aquella interpretación tampoco cumple las dos exigencias de configuración paralela y de remisión implícita que este Tribunal ha reconocido, en términos de equiparación normativa, a esta modalidad de recurso respecto del de casación por infracción de la normativa estatal o de la Unión Europea.

Las resoluciones judiciales impugnadas han efectuado, pues, una interpretación y aplicación del art. 86 LJCA, que ha llegado a una conclusión que no se corresponde con la doctrina de este Tribunal establecida en la STC 128/2018, en referencia al sentido y finalidad de aquella norma, a las exigencias de configuración “paralela” de ambas modalidades de recurso de casación y a la “remisión implícita” del procedente por infracción de normativa autonómica al previsto para la denuncia de infracción de norma estatal o de la Unión Europea.

En consecuencia, debemos estimar la queja del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès y apreciar, por tanto, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso al recurso, que aquella reclama.

4. Alcance del amparo.

La estimación del recurso de amparo debe extenderse a los autos de 30 de enero y de 29 de marzo de 2018, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaídos en el procedimiento ordinario núm. 50-2014, así como al posterior auto núm. 25/2018, de 28 de junio, de la sección de casación de la misma Sala y Tribunal, dictado en el recurso de queja núm. 8-2018, que, en la vía judicial, han decidido tener por no preparado el recurso de casación que la citada corporación municipal pretendía interponer contra la precedente sentencia núm. 743/2017, de 9 de noviembre, de la indicada sección tercera de aquella Sala y Tribunal Superior.

En consecuencia, tal como se solicita en el suplico de la demanda de amparo, procede declarar la nulidad de los tres autos impugnados y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del auto núm. 25/2018, de 28 de junio, para que la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dicte una resolución que sea respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso al recurso de casación, de la corporación local demandante de amparo.

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 entrecorridas.

- **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.



suscripciones



3 números al año

QDL
Anual (3 números)
38 €

QDL
Anual (3 números)
+
**Anuario del
Gobierno Local**
80 €

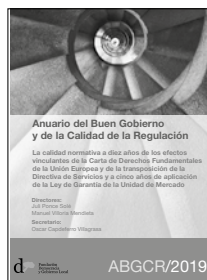


Última edición: abril 2020

**Anuario del
Gobierno Local**
55 €



**Anuario de
Transparencia
Local**
20 €



**Anuario del
Buen Gobierno
y de la Calidad
de la
Regulación**
35 €

Suscripciones a través de:

Teléfono: 917 020 414

Mail: fund@gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos
en cualquier modalidad de suscripción, salvo
entregas fuera de España**

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Gobierno Local @fundlocal

Oct 23

RT @AMRcomunic: ¿Una semana para que comience el #Noviembre2020, del que somos organizadores? Tendremos: • Un programa de primer ni...

<https://t.co/MlXtWp8yyn>

[Inicio](#) [La Fundación](#) [Actividades](#) [Publicaciones](#) [Boletín](#) [Biblioteca Digital](#) [Actualidad](#) [Q](#)

La Diputación de Granada lanza una campaña de concienciación en los municipios sobre el coste del agua



VER TODAS

ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN

30 octubre

Webinar: ¿Qué más se necesita para la transformación digital de la Administración local? [Congreso Novagob 2020]
(30 de octubre de 2020, de 12:30 a 13:30)

27 noviembre

Jornada online: «Cultura digital y conectividad. Hacia el reto demográfico»
(27 de noviembre de 2020, 10:00 h.)

VER TODAS

Últimas publicaciones:



31 julio 2020
**Cuadernos de
Derecho Local nº
53**



23 julio 2020
**Revista
Democracia y
Gobierno Local nº
49**



22 junio 2020
**Anuario del Buen
Gobierno y de la
Calidad de la
Regulación 2019**



QDL54ÍNDICE

I. INFORME

- 12 La situación del personal directivo de las diputaciones provinciales después de la STS de 17 de diciembre de 2019: alternativas de interpretación y propuestas de regulación · JOAN MAURI MAJÓS

II. ESTUDIOS

- 68 El derecho local en tiempos de alarma. Un análisis jurídico de los efectos del COVID-19 en las entidades locales · FERNANDO GARCÍA RUBIO
- 148 El principio de eficacia como vínculo entre el derecho y la economía · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

III. PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

- 182 Defensa de la competencia y contratación pública · EDUARDO PARICIO RALLO
- 215 La figura administrativa de la promoción interadministrativa con movilidad · PABLO-DARÍO IBÁÑEZ CANO
- 235 Comentario a la nueva Ley catalana de protección y ordenación del litoral · CARLES ROS ARPA

IV. JURISPRUDENCIA

- 252 Crónica de jurisprudencia (de 1 de enero a 30 de septiembre de 2020) · ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

