QDL 63

Octubre de 2023 · Cuadernos de Derecho Local

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS MUNICIPIOS DE GRAN POBLACIÓN EN SU VIGÉSIMO ANIVERSARIO

FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

QDL 63

Octubre de 2023 · Cuadernos de Derecho Local

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS MUNICIPIOS DE GRAN POBLACIÓN EN SU VIGÉSIMO ANIVERSARIO

FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

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

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

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

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

BASE DE DATOS ISOC

Edición

© Fundación Democracia y Gobierno Local

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

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

Presidente: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III de Madrid*

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*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Miguel Casino Rubio, *U. Carlos III de Madrid*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
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*
Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director: Alfredo Galán Galán, *Universidad de Barcelona*

Secretario: Gustavo Manuel Díaz González, *Universidad de Oviedo*

Coordinadora: Petra Mahíllo García, *Diputación de Barcelona*

Vocales: Marcos Almeida Cerreda, *U. de Santiago de Compostela*
Mónica Álvarez Fernández, *U. de Oviedo*
Antonio Arroyo Gil, *U. Autónoma de Madrid*
M. Mercè Darnaculleta Gardella, *U. de Girona*
Antonio Descalzo González, *U. Carlos III de Madrid*
Ricard Gracia Retortillo, *U. de Barcelona*
María Hernando Rydings, *U. Rey Juan Carlos*
Agustín Iriondo Colubi, *Consejo Consultivo de Asturias*
Cayetano Prieto Romero, *Comunidad de Madrid*
Diana Santiago Iglesias, *U. de Santiago de Compostela*
Sofía Simou, *U. Autónoma de Madrid*
Francisco Toscano Gil, *U. Pablo de Olavide*

QDL63

ESTUDIOS

I. Sección monográfica
El régimen especial de los municipios de gran población en su vigésimo aniversario

14 Las transformaciones de la ciudad y su derecho. El papel actual de las grandes ciudades · TOMÀS FONT I LLOVET

33 Municipios de gran población, veinte años después · FRANCISCO VELASCO CABALLERO

67 Ámbito de aplicación del régimen de los municipios de gran población · SILVIA DEL SAZ

91 La potestad de autoorganización de los entes integrantes de la Administración local. Especial referencia a los municipios de gran población · LUCIANO PAREJO ALFONSO

144 Evaluación del régimen económico-financiero de los municipios de gran población · CÉSAR MARTÍNEZ SÁNCHEZ

171 De la capitalidad y el régimen especial de la villa de Madrid · JOSÉ JOAQUÍN JIMÉNEZ VACAS

199 El régimen especial del Ayuntamiento de Barcelona · JORDI CASES PALLARÈS y ELISENDA AGUILÀ RECHA

231 La aplicación práctica del régimen especial de los municipios de gran población en los ayuntamientos de tamaño intermedio · JOSÉ MARÍA MENÉNDEZ ALONSO

II. Sección general

256 Contratos con prestaciones de carácter intelectual · CARME SIBINA VIDAL

Índice

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en materia de autonomía local · JUAN ANTONIO XIOL RÍOS 310

Los principios estructurales de la gobernanza local y el Tribunal Supremo · JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT 333

Urbanismo judicial: jurisprudencia para la ciudad del futuro · RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE 370

Declaraciones institucionales, colocación de pancartas, banderas y otros símbolos en las entidades locales · ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ 388

El delito de construcción ilegal y el papel de la Administración local para su prevención y sanción · ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ 416

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de mayo a 1 de septiembre de 2023) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ 446

CRÓNICA CONSULTIVA

Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre el cauce aplicable para sustanciar la responsabilidad patrimonial de contratistas y concesionarios · JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR 474

La responsabilidad patrimonial por daños causados por las entidades mercantiles municipales. Aspectos procedimentales (Dictamen 198/2023, de 4 de mayo de 2023) · BEGOÑA DELGADO CASTRO 491

ESTUDIOS

I. Sección monográfica. El régimen especial de los municipios de gran población en su vigésimo aniversario

Las transformaciones de la ciudad y su derecho. El papel actual de las grandes ciudades[1]

Tomàs Font i Llovet
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

1. **La ciudad y el Estado**
2. **Las formas de la ciudad**
3. **La desterritorialización de la ciudad**
4. **Las funciones de la ciudad**
5. **Los poderes de la ciudad**
   5.1. La potestad normativa local
   5.2. Una justicia administrativa de la ciudad
6. **Epílogo**
7. **Bibliografía**

Resumen

En el momento actual, las grandes ciudades están asumiendo muchas de las funciones clásicas del Estado westfaliano. El artículo propone configurar un derecho de la ciudad que, con independencia de la forma que esta adopte, ajuste los poderes de la ciudad a estas nuevas funciones, en particular en relación con la potestad normativa y la justicia ciudadana.

Palabras clave: *grandes ciudades; área metropolitana; derecho de la ciudad; potestad normativa local; justicia ciudadana.*

Artículo recibido el 26/09/2023; aceptado el 09/10/2023.

1. Agradezco a la revista *QDL* y a su coordinador, el profesor Gustavo Manuel Díaz González, su amable invitación para participar en este número, con unas reflexiones sobre el papel actual de las grandes ciudades. Para ello he decidido seleccionar y actualizar algunas de las ideas que expuse en mi discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña el día 9 de noviembre de 2022, bajo el título: *La ciutat i el seu dret. El règim especial de Barcelona*, y ofrecer así su difusión al público más especializado.

The transformations of the city and its regulation. The current role of big cities

Abstract

Nowadays, big cities are assuming many of the classic functions of the Westphalian state. The article proposes to set up a regulation of cities that, regardless of the form it takes, adjusts the powers of the city to these new functions, particularly in relation to regulatory power and citizen justice.

Keywords: big cities; metropolitan area; regulation of the cities; local regulatory power; citizen justice.

1
La ciudad y el Estado

Las generaciones actuales estamos asistiendo a la profunda transformación del modelo westfaliano del Estado nacional soberano. Consolidada como forma de organización política a lo largo del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la "creación" estatal se encuentra hoy en día sometida a tal acumulación de tensiones, de origen y naturaleza diversos, y además en direcciones opuestas, que, tarde o temprano, se producirá un bloqueo en su función básica de representación y de ordenación de la sociedad para la convivencia humana.

El Estado se retira ante los mercados, se debilita ante la globalización, se deslegitima ante la sociedad.

En efecto, por un lado, vemos cómo el Estado, por su debilidad, se retira de amplios campos de la normación social y sobre todo económica, que quedan dejados en las estrictas manos de los mercados.

Por otro lado, también está teniendo lugar, desde hace años, la transferencia de muchos de los poderes del Estado, por su inadecuación, hacia organizaciones supranacionales, internacionales y globales, y también comprobamos la progresiva disipación de la delimitación territorial del espacio como ámbito de vigencia de la ley y de ejercicio de los poderes públicos, y nos sometemos a la dimensión global de los agentes interlocutores del Estado[2]. La vieja noción de soberanía, exclusiva y excluyente, ha dado paso, en palabras de Ulrich Beck, a una soberanía incluyente y cooperativa[3].

2. *Vid.*, entre muchos otros, Auby (2013: 43).
3. Beck (2017: 159, 184).

Al mismo tiempo, el Estado nacional soberano acusa el anquilosamiento de sus mecanismos de articulación democrática, lo que le hace perder el contacto con lo que constituye la base misma de su legitimidad, la base de su soberanía. Se ha convertido en una organización autorreferente, desligada de la colectividad. Se ha convertido en incapaz de asegurar su supervivencia y, por tanto, de cumplir su misión. Se puede decir que está en vías de disgregación.

Todas estas circunstancias, que favorecen la progresiva aparición de nuevos actores políticos dentro del orden mundial, propician también la incorporación, a este concierto mundial, de una vieja actriz milenaria, una *vecchia* y conocida *signora* que se ha ganado ya un nuevo y determinante papel de protagonista: es la ciudad, "el invento más grande de la Humanidad"[4].

La sentencia de Spengler lo dice ya todo: "Los pueblos, los Estados, la política, la religión, todas las artes, todas las ciencias, se fundamentan en un único protofenómeno de la existencia humana: la ciudad"[5]. Y la actual explosión urbana es un fenómeno que solo puede ser bien comprendido en relación con la ciudad del pasado[6].

Ante la pregunta: ¿qué viene después del Estado nacional soberano?, la respuesta desde la historia es: "El poder público democráticamente organizado puede ser que no desaparezca (¡ojalá!), pero tal vez no se seguirá llamando *Estado*"[7]. Y, aunque no se llame *Estado*, hoy en día ya no cabe duda de que la ciudad es uno de los sujetos llamados a ejercer las funciones que, en respuesta a determinadas necesidades históricas, han caracterizado al Estado como tal.

En la perspectiva del futuro próximo, ante la erosión del fenómeno estatal, la ciudad proporciona a la política la legitimación desde la base, porque aporta a la colectividad elementos de pertenencia o de vinculación social a un contexto urbano identificable. Y, a partir de este arraigo fundamental, la ciudad se proyecta nuevamente hacia el mundo global. En este contexto, puede proponerse justificar por qué las ciudades pueden gobernar el mundo y cómo pueden sacar provecho de su falta de soberanía "estatal". Las ciudades, en una palabra, pueden cooperar mejor a nivel mundial porque no está en peligro su "soberanía"[8].

4. Wilson (2022).
5. Spengler (2011).
6. En este sentido, es fundamental la obra de Toynbee (1973).
7. Más allá de las opiniones de los sociólogos, economistas y politólogos, para una reflexión en la perspectiva de la historia jurídica *vid.* la del recientemente fallecido Stolleis (2011: 103).
8. *Vid.* ampliamente el interesante libro de Barber (2015). Así, mientras EE. UU. y China están enfrentados, las ciudades de Nueva York y de Hong-Kong mantienen una estrecha cooperación.

No es necesario insistir en la íntima conexión entre el fenómeno histórico de la ciudad en nuestro contexto y la forma política de la democracia, a partir de sus orígenes atenienses, con la formulación de Clístenes. La ciudad aparece entonces como el triunfo de la igualdad en derechos y deberes frente a la identidad de la sangre y de la tribu[9]. Así se pasó de la familia o el clan, como comunidad privada, a la ciudad como comunidad pública.

Fijémonos cómo dos mil quinientos años después, y dando un gran salto incluso de escala, este mismo tipo de consideración se traslada hoy a la dinámica de funcionamiento de la Unión Europea, donde finalmente se diseña una verdadera *política europea de las ciudades*, porque se las considera el reflejo más fiel de lo que es una verdadera comunidad política que debe legitimar socialmente las instituciones más allá de la "retórica basada en el Estado"[10].

En la actualidad, aparece como fenómeno singular la consolidación de la ciudad como protagonista de la articulación institucional pública y como promotora de todo tipo de iniciativas políticas, económicas, sociales y culturales. Pero en el contexto europeo, la ciudad no solo es el *objeto* de una política específica de gran calado, sino que también es un *sujeto* determinante de la misma.

En efecto, hoy en día ya no se puede negar que el papel central que desempeñan las ciudades —las europeas y las de todo el mundo— ya no es aquel de defender un círculo protector de las libertades individuales contra el poder de los Estados, como lo ha sido a lo largo del siglo XX. En el siglo XXI el papel central de las ciudades se proyecta además en la configuración estratégica y en la ejecución de la política, la economía, el conocimiento y la articulación social en el contexto global[11].

2
Las formas de la ciudad

Una de las cuestiones que más dificultan el análisis jurídico institucional del fenómeno de la ciudad, o de las grandes ciudades, es la gran diversidad de formas estructurales y organizativas que adoptan en los distintos ordenamientos nacionales e, incluso, dentro de un mismo ordenamiento.

9. Olalla (2015: 48).
10. Tatí (2020: 422).
11. Me remito, por todas, a la obra fundamental de Le Galès (2011).

a) La solución municipal —la *ciudad-municipio*— es muy habitual, ya sea en régimen común, ya sea en régimen especial para grandes ciudades, como el establecido en España por la Ley 57/2003. Pero el fenómeno de las grandes conurbaciones de dimensiones metropolitanas y regionales, así como variados factores históricos diferenciales, ofrecen diversos modelos alternativos que podemos resumir así[12]:

b) En algunas ocasiones, el fenómeno urbano, la ciudad real, puede ser la base de una organización específica, como las áreas metropolitanas en el derecho español (y también soluciones mancomunadas o consorciadas)[13], que se superponen a la estructura municipal preexistente: *la ciudad por superposición*.

c) En otras ocasiones, esta organización metropolitana conlleva su *refundición* con otros niveles supramunicipales a los que sustituye (en Italia, las *città metropolitane* sustituyen a la provincia; la *métropole* de Lyon debiera sustituir al departamento). A veces, es la ciudad-municipio la que se refunde con el nivel superior de organización territorial, como se puede ver en la solución alemana de las ciudades-estado de Berlín, Hamburgo y Bremen, o, en otro nivel, también las ciudades "libres de *kreis*"[14].

d) *La ciudad por agregación* de varios municipios da lugar a una ciudad-municipio, desapareciendo los primeros, que probablemente mutarían su estatus jurídico al de municipalidades internas o distritos. Es el caso de la anexión a Madrid de 13 municipios periféricos, producida entre los años 1948 y 1954, o de la creación del Gran Londres en los años 60 del pasado siglo.

e) *Intervención por ley singular*, que define caso por caso el estatuto jurídico de una ciudad en concreto, con independencia de la naturaleza jurídica de la organización que la represente. Se acerca a la dinámica, en España, de la Ley especial y singular (Madrid, Barcelona, pero también, en otro sentido, Ceuta y Melilla), o bien, en otro ámbito, se aproxima a la fórmula de la "Constitución" de la ciudad, como en el caso de grandes ciudades latinoamericanas (México, Buenos Aires, Sao Paulo).

Son muchas, pues, las formas de "ser ciudad", más allá de la estricta solución municipal, y ello, como decía, dificulta la delimitación y, en su caso, la propuesta de un régimen o estatus jurídico común de ciudad, adecuado a las funciones propias comunes en todas las ciudades. Como digo, esta construcción se dilatará en el tiempo, con ritmos históricos diferenciados,

12. Sigo aquí la clasificación ya adelantada en Font i Llovet (2020).
13. *Vid*. Tomàs (2023b).
14. En el caso de Berlín, incluso, la realidad urbana excede su ámbito territorial, lo que ha hecho necesario un acuerdo con el estado circundante de Brandemburgo. *Vid*., últimamente, Schefold (2021).

aunque no tanto en la medida en que la globalización pueda favorecer tendencias convergentes.

Volviendo al caso español, lo que quiero subrayar es que, jurídicamente, la "ciudad" o la "gran ciudad" no es solo el "municipio de gran población" del título X de la LBRL. Norma que, por cierto, únicamente incluye un régimen organizativo especial, sin ningún tipo de modulación del régimen de las competencias.

3
La desterritorialización de la ciudad

En el momento presente, además, se está produciendo un fenómeno añadido que debe tomarse en consideración. Se trata de la "desterritorialización" de la organización administrativa. Hoy en día es innegable la inadecuación en muchos casos de las actuales divisiones territoriales y administrativas a las funciones a las que pretendidamente deberían servir. A escala general, está en la base de todo el fenómeno de la globalización, que desconoce las fronteras estatales y se puso bien de manifiesto a todos los niveles con ocasión del impacto de la COVID-19. Su incidencia fue especialmente fuerte en las aglomeraciones urbanas y metropolitanas y, en general, en las ciudades, por una cuestión de densidad de población: las medidas de confinamiento por municipios, o por comarcas, o el alcance geográfico de las áreas básicas de salud y de las regiones sanitarias, etc., no encajaban con la realidad urbana y demográfica de la ciudad metropolitana[15].

Es solo un ejemplo, en la línea de los muchos que deben propiciar un repensamiento no ya de las concretas divisiones territoriales según las diversas finalidades administrativas, sino de la insuficiencia que el propio concepto de territorio está mostrando como delimitación del ámbito geográfico de eficacia de las normas o del ejercicio válido de las competencias administrativas[16]. Hace más de cincuenta años que Alejandro Nieto ya puso de relieve la inadecuación del elemento territorial para definir y clasificar las entidades públicas, y la conveniencia de sustituirlo por el elemento de la comunidad social[17].

Ahora nos encontramos en un estadio más avanzado. En este periodo en el que las actividades parecen cada vez más desterritorializadas, se es-

15. Tomàs (2021).
16. Por todos, Cammelli (2007).
17. Nieto (1971).

tablece una especie de diálogo entre los ámbitos global y local del que las ciudades, y especialmente las grandes ciudades, se benefician enormemente[18]. Así, se propone explorar el tema de la extraterritorialidad de la actuación de las ciudades, las estrategias urbanas sostenibles, en la medida en que "el territorio urbano" no se corresponde necesariamente con los límites administrativos de la entidad pública[19].

Un caso muy común es el hecho de que la ciudad a menudo dispone de sus más importantes infraestructuras, las que precisamente la hacen ciudad, fuera de su ámbito territorial: abastecimiento de aguas, aeropuerto, energía, comunicaciones, etc. Su capacidad de decisión sobre estos elementos estructurales deberá formularse de manera diferente al clásico ejercicio de competencias administrativas sobre un territorio, y se deberán explorar nuevas vías a partir de mecanismos de codecisión y participación.

En otros casos, como ya hace la legislación de algunos estados de EE. UU., se reconocen a los municipios algunos poderes de regulación sobre territorios adyacentes, con la justificación de que los municipios podrían estar algún día en condición de anexionarse aquellos territorios[20].

En definitiva, esta del territorio es una muestra de que estamos ante el reto de hacer más flexible y más dinámico el ordenamiento jurídico de las organizaciones públicas, en especial las locales o subestatales, a base de la profundización en elementos de tipo relacional y de conectividad en las redes.

Así, por ejemplo, cobra de nuevo interés el concepto de "metápolis" que formulara Archer[21], y que recientemente se ha estudiado para Barcelona. Esto significa concebir la ciudad más allá de su territorio y aun del mismo concepto de territorio, sugiriendo que el crecimiento, en este caso, de Barcelona puede llegar a incorporar, a su funcionamiento como ciudad, zonas más lejanas *y no necesariamente limítrofes*, gracias a las infraestructuras de alta velocidad, las conexiones por internet, el teletrabajo, etc.

Se trata de que la ciudad esté prácticamente en red con las otras ciudades y poblaciones que configuren su metápolis y con todas las otras instancias implicadas, con el fin de desarrollar sus potencialidades en red, y ser capaz de competir o de cooperar con las otras potencias globales[22], pudiendo codecidir las grandes opciones que señalan el bienestar de la ciudad y de los ciudadanos.

18. Auby (2020: 193).
19. Alonso Ibáñez (2020).
20. Auby (2016: 5).
21. Ascher (1995), citado por Rodríguez i Villaescusa (2022).
22. Rodríguez i Villaescusa (2022: 224).

Otra manifestación de la nueva visión del territorio en relación con las políticas urbanas es la introducción de la figura de las áreas urbanas funcionales (AUF)[23]. La Comisión Europea, Eurostat y la OCDE identifican con un criterio funcional espacios económicos integrados en cuanto a mercados de trabajo y consumo, formados por municipios limítrofes con una significativa movilidad dentro de la gran ciudad o conurbación. Con este criterio, Eurostat identifica 73 áreas urbanas funcionales en España, con un total de 1252 municipios. Las 45 más grandes sumaban, en 2021, 32 millones de habitantes, lo que representa el 68,5 % de la población española[24].

Podría decirse que se trata de un concepto común, que agrupa el fenómeno ciudadano en sus diversas expresiones, sobre la base de las economías urbanas de aglomeración. Se ha dicho acertadamente que una forma de sintetizarlas es verlas como un triple mecanismo que simultáneamente permite *compartir*, especialmente infraestructuras; *coincidir*, especialmente mercado de trabajo y de consumo; y *aprender* por acumulación y sinergias de conocimiento[25].

La institucionalización organizativa, la gobernanza, de las AUF, da lugar a una multiplicidad de formas, que remiten, en cierto sentido, a las diversas formas de "ser ciudad", de organizar el fenómeno urbano o más genéricamente metropolitano a que me he referido más arriba.

4
Las funciones de la ciudad

Lo que hasta hace poco se llamaba —o aún se llama— autonomía para la gestión de los propios intereses (art. 1 LBRL), o capacidad efectiva para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos (art. 3.1 CEAL), es decir, la noción de autonomía local, ha ganado complejidad en el momento presente. Así, además del desarrollo de las tareas propiamente "municipales", hoy las ciudades deben afrontar, entre otras, las siguientes funciones:

a) En primer lugar, la autogestión de los propios intereses, ciertamente, pero en una situación de fragmentación, diversidad y aun contraposición de estos intereses, de manera que la primera función que debe desarrollar la ciudad es la de mediación y composición de intereses, para lo cual resulta básica la creación de un propio espacio jurídico.

23. *Vid*. al respecto Goerlich y Reig (2020).
24. Tomamos los datos de Tomàs (2023a), que efectúa un completo análisis de las AUF en España desde la óptica de sus formas organizativas.
25. Goerlich y Reig (2020).

b) En segundo lugar, la codecisión en la formulación de la política general nacional —tanto autonómica como estatal— y aun transnacional, lo que plantea una expansión de la subjetividad internacional y una real compartición de la representación de la soberanía, que como hemos dicho antes, ya no es excluyente, sino que es inclusiva y cooperativa.

c) La proyección exterior de las aspiraciones colectivas de la comunidad y la captación de recursos suficientes no asequibles en las estructuras estatales, de manera que las ciudades ya no solo cooperan entre sí (art. 10.1 CEAL), sino que compiten duramente en un escenario global.

Es un hecho que, en la actualidad, las ciudades, las grandes aglomeraciones, las metrópolis, en todo el mundo están asumiendo cometidos que históricamente han sido propios del poder estatal nacional, como son: la seguridad pública, la justicia y la seguridad jurídica; la redistribución de la renta y la equidad territorial y generacional; la definición de los derechos de los ciudadanos: solidaridad social, vivienda, inmigración; la delimitación del mercado: comercio, transporte, turismo; la distinción entre lo público y lo privado: los bienes comunes, la administración compartida; las grandes infraestructuras, incluso fuera de su propio territorio: aeropuertos, grandes redes transnacionales; incluso las relaciones exteriores o internacionales: la *city diplomacy*[26]. En realidad, las ciudades han pasado de colaborar con el Estado a competir con el Estado, y, en algunos casos, a sustituir al Estado.

Una consecuencia lógica de lo anterior es que las ciudades necesitarán, por tanto, ejercer poderes del Estado, lo que significaría, en un cierto sentido, participar de los atributos de la soberanía, que ya ha dejado de ser, como hemos reiterado, exclusiva y excluyente.

En este sentido, uno de los aspectos más nuevos de la proyección funcional de las ciudades es que el entorno donde desarrollan estas funciones es el "espacio" propio de los Estados. Con algunos ejemplos de la última década podemos captar el sentido de lo que estoy diciendo:

a) El primer caso: en 2015, después de años de varias aproximaciones, en el marco de Hábitat III, la ONU otorgó a los Gobiernos locales un trato diferente del que hasta entonces les había asignado —que había sido el propio de las ONG: el derecho a ser consultadas—, y los invitó a formar parte también de las deliberaciones[27]. A partir de ahí, se explica que, entre los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU —los ODS 2030—, figure precisamente el

26. *Vid*. Díaz González (2019). Asimismo, Pazos Vidal (2023).
27. Esto se llevó a cabo mediante la *Global Taskforce of Local and Regional Governments*, un mecanismo de coordinación y consulta promovido por CGLU, que conjuga las principales redes internacionales de autoridades locales. *Vid*. los datos sobre esta evolución que ofrece García-Chueca (2020).

"*objetivo urbano*", referido a la creación de ciudades cohesionadas, seguras, resilientes y sostenibles (núm. 11)[28]. Aparece, pues, la ciudad como *sujeto* y como *objeto* de la política global. Ciertamente, en aquella sede, las ciudades son vistas como unas competidoras ante la soberanía estatal, pero también es verdad que pueden acabar siendo las mejores aliadas de los Estados en su combate en el escenario global. Por eso se admite la presencia de las ciudades en los *lugares* del Estado, *en la sede* de los Estados, la ONU, y eso es realmente muy significativo.

b) Segundo caso: la ciudad incrementa su presencia en muchos más ámbitos. En otro lugar he recordado cómo en 2019, cuando Donald Trump, presidente en aquel momento de Estados Unidos, decidió abandonar el Acuerdo de París por el Cambio Climático, se organizó en Estados Unidos la *Climate Mayors*, una coalición de más de 470 alcaldes, tanto demócratas como republicanos, comprometidos en favor del medio ambiente, que desde entonces interviene habitualmente en las cumbres internacionales y pone de manifiesto, como hemos dicho, que las ciudades pueden "sustituir" al Estado en la "sede" de los Estados[29].

c) Tercer caso, aún más reciente: en la Conferencia del Clima de las Naciones Unidas (COP26), celebrada en Glasgow en el mes de mayo de 2022, participó directamente el movimiento *C40 Cities*, que agrupa a casi un centenar de grandes urbes aliadas contra el cambio climático, del que, por cierto, fue vicepresidenta la entonces alcaldesa de Barcelona, Ada Colau. También aquí las ciudades interactúan con los Estados a nivel mundial. Ya no se trata de una relación de cada municipio con "su Estado", que es la óptica clásica de la autonomía local, sino de una interlocución de "todas las ciudades", de los movimientos mundiales de ciudades, con la ONU, la organización mundial de los Estados. En esta óptica, se plantea, en consecuencia, cuál es la posición de las ciudades para desplegar sus potestades, y cuál es su campo de acción directa.

Parafraseando la expresión que hemos utilizado en un ámbito muy próximo, si el régimen local clásico en nuestro ordenamiento se debate entre su carácter bifronte, o su mayor "interiorización" por las comunidades autónomas[30], hoy en día queda claro que el estatus de las ciudades, su régimen jurídico, no está exclusivamente "interiorizado" dentro del ordenamiento jurídico de los Estados, sino que ostenta un carácter multipolar de mucha mayor complejidad[31].

28. Esteve Pardo (2021).
29. Me remito a Font i Llovet (2020).
30. Entre otras ocasiones, Font i Llovet (2016).
31. En esta línea, Therborn (2020).

Así pues, con los nuevos planteamientos que empiezan a aparecer en el primer cuarto del siglo XXI, aquella visión inicial que vinculaba la autonomía local con la democracia y las libertades ha pasado a enriquecerse con su proyección, también, sobre los derechos de los ciudadanos, la igualdad social y la solidaridad humana. Si sigue así, la transformación conceptual será de gran calado, y comportará también un profundo cambio en el planteamiento del estatus jurídico de las ciudades.

En definitiva, el tradicional planteamiento que tantos hemos asumido del *municipio como titular de la autonomía local frente al Estado* deberá completarse con una visión más funcional: la *ciudad como titular de potestades en favor de la colectividad*.

5
Los poderes de la ciudad

5.1
La potestad normativa local

En primer lugar, hay que repensar la naturaleza y el alcance de la potestad normativa de la ciudad, cuestión fundamental para poder intervenir en la libertad y la propiedad de los ciudadanos como objeto de regulación. Sabemos bien que el principio de *reserva de ley* tiene su origen en la confluencia de los principios revolucionarios franceses y las monarquías constitucionales alemanas del s. XIX, y se fundamenta en la teoría democrática y en el carácter representativo de la ley frente a los poderes del rey y de su Gobierno[32].

Pero lo que aquí se plantea no es la relación entre la norma parlamentaria y la norma gubernamental dentro de un mismo sistema institucional —el Estado—, sino la relación entre las normas surgidas respectivamente de sistemas institucionales diferenciados: el sistema estatal y el sistema de las ciudades, que a efectos ordenadores se puede incluir dentro del sistema local.

Pues bien, es bueno recordar que desde los iniciales momentos de la Revolución Francesa, cuando la prohibición de toda potestad normativa al poder ejecutivo es radical (Decreto de la Asamblea Constituyente de 2 de octubre — 3 de noviembre de 1789), ya se establece una excepción en relación con los municipios para que puedan dictar normas de policía,

32. Una magnifica lectura crítica del relato sobre *el État de droit*, entendiéndolo en sus orígenes como una cierta forma de nuevo absolutismo, Zagrebelsky (2008).

que por definición incidían en las libertades individuales, como función propia del *pouvoir municipal*, no delegada por el Estado (Ley de Municipalidades de 14-18 de diciembre de 1789, art. L)[33].

El reconocimiento del poder normativo de las colectividades locales se ha considerado desde entonces "fundamentado en una legitimidad histórica y democrática única, que no pueden reivindicar" otros centros de producción normativa[34].

Si damos un salto en el tiempo, en el actual ordenamiento constitucional español aquella inicial distinción ha tenido unos reflejos ciertamente significativos. La doctrina y una amplia jurisprudencia se han mostrado ampliamente favorables a adecuar la fundamentación clásica del principio de reserva de ley, la forma de su vinculación a la Administración y su alcance material a una nueva realidad en la que el principio democrático y el representativo —el de autonomía local y el de participación ciudadana— caracterizan plenamente la posición jurídica del municipio[35].

Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha flexibilizado el alcance de la reserva de ley en materia tributaria (STC 239/1999, de 16 de diciembre) y sancionadora (STC 132/2001, de 8 de junio) —propiedad y libertad— en relación con el mayor campo normativo que debe dejarse en los municipios, en virtud de su configuración democrática y de su autonomía constitucionalmente garantizada. Ciertamente, el Tribunal Constitucional no llegó a extraer todas las consecuencias del hecho de que "las ordenanzas municipales cumplen el requisito de la reserva de ley desde una perspectiva institucional y democrática"[36].

Nos debemos preguntar: ¿cuál es el sentido actual de la reserva de ley en un sistema institucional que ya no es solo estatal, sino que además es a la vez global y local? Por ejemplo, la diferente extensión de los ámbitos materiales de la reserva de ley en los diversos ordenamientos jurídicos, muy extensa en algunos casos como Alemania, España o Italia, dificulta elaborar una visión común del derecho y del autogobierno de las ciudades[37], y, lo que es más grave, las sitúa en posición de desigualdad

33. Se trataba, naturalmente, de unos ayuntamientos elegidos por sufragio universal: «*Tous les Citoyens actifs de chaque Ville, Bourg, Paroisse ou Communauté, pourront concourir à l'élection des Membres du Corps Municipal*» (art. V). *Vid*. Carro Fernández-Valmayor (2012: 39).

34. Así, Faure (1998: 121), siguiendo las posiciones de Douence (1968).

35. El de la potestad normativa de los municipios ha sido uno de los grandes debates en los últimos años, y que sin duda debe proseguir. *Vid*., por todas, la completa obra de Galán Galán (2001), así como la de Toscano Gil (2006). También, Parejo Alfonso (1998); Velasco Caballero (2009); Nieto Garrido (2018), entre otros. En contra de una visión expansiva de la potestad normativa local sobre la base de flexibilizar la reserva de ley, *vid*. Cano Campos (2019).

36. Así lo había expresado Nieto (1994: 123).

37. Así, Velasco Caballero (2018: 32).

competitiva de cara a obtener la implantación de actividades y de inversiones de alcance global, o bien de cara a limitarlas para proteger los derechos de los más vulnerables. Berlín dicta leyes, Barcelona reglamentos.

La ciudad debe tener la capacidad de afrontar los retos del progreso tecnológico en la organización y prestación de los servicios y de las actividades económicas que inciden directamente y de forma específica en las exigencias de la economía y de la sociedad urbanas. Es decir, debe poder intervenir en una regulación que en realidad no afecta solo al sector privado, sino que también incide decisivamente en la propia posición de la ciudad como actor que compite en el mercado global.

Un ejemplo paradigmático de lo anterior es el caso de la denominada economía colaborativa (apartamentos turísticos, alquiler de vehículos con conductor —VTC—, etc.). El carácter eminentemente urbano de este fenómeno contrasta con las escasas posibilidades de intervención efectiva que tienen las ciudades[38], que deben andar mendigando del legislador estatal o autonómico la cobertura suficiente. Pero luego resulta que la respuesta viene cada vez más por la vía del decreto ley —en todos los ámbitos, por cierto—, lo que acaba de confirmar que el dogma de la reserva de ley parlamentaria ya no es más que un mito lejano, en contraste con las normas locales directamente democráticas.

5.2
Una justicia administrativa de la ciudad

La seguridad jurídica y la justicia, que son una de las funciones y servicios propios del Estado, hoy en día implican directamente a las ciudades. Las demandas de rapidez, proximidad y adecuación; la dimensión estrictamente vecinal y urbana de muchos conflictos privados y públicos; la relevancia de los ordenamientos jurídicos específicos a controlar y aplicar —planeamiento, ordenanzas, ley especial, etc.—; todos estos factores —digo— pueden significar una mayor implicación de la ciudad en la organización y la prestación de determinadas funciones de justicia.

La ciudad juega hoy un papel capital en la resolución de los conflictos, individuales o colectivos, de dimensión más cercana y limitada, ya sea entre particulares, ya sea con la propia Administración municipal. Los antecedentes de la Ley de régimen especial de Barcelona incluían una regulación detallada de la "justicia municipal de paz", administrada por jueces de paz

38. *Vid*. Doménech Pascual (2016).

nombrados por la sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia, así como la creación de un "Consejo de Justicia Municipal de Paz", de composición ampliamente representativa[39]. La Ley 1/2006, de régimen especial, alude a ello, pero se remite a lo que disponga la LOPJ. La reforma de la LOPJ que entonces estaba en marcha se refería efectivamente a la "justicia de proximidad"[40], pero sometida a informe del CGPJ, y fue objeto de un informe furibundo que mezclaba intenciones diferentes, alejadas de las que movían desde hacía años la iniciativa barcelonesa, ya que coincidió en el tiempo con el proceso de reformas estatutarias que enturbiaron la situación[41].

Descartada esta vía por ahora, en nuestro ordenamiento el papel de las ciudades debe dirigirse hacia un más amplio abanico de instrumentos, las *alternative dispute resolutions* (ADR), que encuentran en la conflictividad vinculada a la sociedad y a la economía urbanizada un campo de actuación muy oportuno. Una iniciativa pionera del Ayuntamiento de Barcelona en 1988 ha hecho fortuna: la creación del Consejo Tributario como órgano especializado e independiente para dictaminar los recursos administrativos en esta materia. Las grandes ciudades españolas se han encontrado en la ocasión de asumir este modelo, incluso mejorándolo, en virtud de la Ley 57/2003, de Modernización del Gobierno Local.

Con posterioridad, diversa legislación ha ido extendiendo la técnica de establecer recursos administrativos especiales, ya sean preceptivos o bien potestativos, hacia otros diversos ámbitos materiales. Sin duda, donde se ha causado mayor impacto es en el ámbito de la contratación del sector público, con el recurso especial que hoy está regulado en los arts. 44 y ss. de la LCSP. El art. 46 LCSP permite que las comunidades autónomas, las diputaciones y los municipios de gran población puedan crear sus propios tribunales administrativos de contratos. Y así lo han hecho, entre otras, las diputaciones de Granada y Cádiz, y los ayuntamientos de Granada, Sevilla y Zaragoza, entre otros varios. Habrá que estar atentos al rendimiento de estos tribunales municipales, en cuanto a su organización y funcionamiento, y su incidencia efectiva en la resolución adecuada, rápida y fiable de los conflictos en la materia contractual municipal[42]. Piénsese que algunos de

39. Anteproyecto de Ley sobre el régimen especial de Barcelona que aprobó el Ayuntamiento el 16 de julio de 1997. *Vid.* ampliamente Galofré i Crespí (2001).

40. Me remito, por todos, a Armenta Deu (2006), Muñoz y Toscano (2007), y Nieva Fenoll (2008); también, Poblet (2007).

41. En efecto, el proyecto de Estatuto de Cataluña, entonces en tramitación, preveía la competencia de la Generalitat sobre justicia de paz y de proximidad, en los términos de la LOPJ. Hoy figura en el art. 108 EAC.

42. En este sentido serán de interés los resultados del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: "Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales" (PID2019-

los tribunales contractuales autonómicos, como el de Cataluña, están prácticamente muriendo de éxito, con retrasos en la resolución de los recursos, que, unidos a su carácter suspensivo, están causando una notable distorsión en la economía general de la contratación pública en su ámbito.

Esta cuestión se sitúa en el horizonte de una reforma más general del sistema de recursos administrativos en el ordenamiento español[43], señaladamente en base a garantizar la independencia y la especialización de los órganos llamados a resolver los recursos, tal y como sucede con los *Administrative Tribunals* del Reino Unido[44], y también en algunos de los órganos administrativos de resolución de recursos ya creados en España.

El desarrollo de este tipo de soluciones resulta especialmente indicado en el caso de la ordenación jurídica de la ciudad, y es así tanto por la naturaleza y la dimensión de la conflictividad que se genera en determinados sectores, como por la alta capacidad de organización y de conocimiento que puede aportar la ciudad, la gran ciudad, en su resolución.

En este sentido, se ha barajado extender la fórmula del Consejo Tributario de Barcelona a otras materias como las sanciones administrativas o las cuestiones de personal, y atribuyendo al órgano especializado correspondiente no solo la capacidad consultiva y de propuesta, sino también la efectiva capacidad resolutoria del conflicto. Y ello, sin perjuicio de que será necesaria una ulterior reflexión sobre su proyección hacia otros sectores de la acción pública local, como los urbanísticos, ambientales, de convivencia, de consumo[45], de acceso a las prestaciones sociales, etc.

Desde el punto de vista de la articulación jurídica de este tipo de solución, que puede llegar a configurar una "justicia administrativa ciudadana", habrá que ponderar la conveniencia de mantener, parangonando los orígenes del contencioso-administrativo francés, un sistema de "jurisdicción retenida" como el que caracteriza al Consejo Tributario de Barcelona, donde la resolución del recurso corresponde al ayuntamiento, aunque siempre sea de acuerdo con el dictamen del Consejo; o bien pasar al sistema de "jurisdicción delegada", con capacidad resolutoria propia del órgano especial, como los tribunales económico-administrativos locales, o bien una vía intermedia que formalice el carácter obstativo, e incluso vinculante, de la decisión

106255GB-I00), que se lleva a cabo en la Universidad de Barcelona en relación con el Grupo de Investigación consolidado en Gobierno y Administración Local (GREGAL).

43. Ver ampliamente las numerosas aportaciones incluidas en López Ramón (2016), y, en especial, Baño León (2016) y Cierco Seira (2016).

44. *Vid*. García Ureta (2016) y Tornos Mas (2016).

45. Son ya habituales las juntas arbitrales de consumo de ámbito municipal, en el marco del Sistema Arbitral de Consumo previsto en el art. 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

del órgano independiente especializado. Y, por otro lado, habrá que valorar también el carácter potestativo o bien obligatorio del recurso en vía administrativa para acceder, si procede, a la vía jurisdiccional.

En definitiva, la adecuación y el fortalecimiento de los poderes normativos de la ciudad, en la línea más arriba señalada, exigen, en la lógica del Estado de derecho, un parecido fortalecimiento de la justicia ciudadana, y quizá no solo, o no tanto, en el campo de las relaciones civiles y penales, como se preveía en los proyectos de "justicia municipal o de proximidad", cuanto en el campo de las relaciones administrativas de los ciudadanos con la institución rectora de la ciudad.

6
Epílogo

La ciudad se está transformando y está transformando todo su entorno. Sus formas son fluidas; sus funciones, inabarcables. Pero su derecho es todavía demasiado rígido y demasiado uniforme para regularla adecuadamente. Flexibilidad y diferenciación son instrumentos necesarios, pero necesitados de perfeccionamiento.

El papel de la ciudad en el mundo contemporáneo parece recuperar su vieja capacidad constructiva del orden político, económico y social. Urge avanzar en la mejora de su organización y estructura interna, como empezó a abordar la Ley 57/2003, de Modernización, pero aumentando su capacidad de autoorganización. Y sobre todo, urge avanzar en sus competencias y sus potestades. Los dogmas, o mitos, del territorio, de la reserva de ley y de la unidad del poder judicial, han de someterse a una actualización profunda a la luz de la configuración radicalmente democrática y de la exigencia socialmente imprescindible de la ciudad, de la gran ciudad.

7
Bibliografía

Alonso Ibáñez, M.ª R. (2020). Un territorio para un derecho urbanístico sostenible. En A. M. González Sanfiel (dir.). *Nuevo derecho urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación* (pp. 131-164). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Armenta Deu, M.ª T. (2006). *Justicia de proximidad*. Madrid: Marcial Pons.

Ascher, F. (1995). *Métapolis ou l'avenir des villes*. París: Odile Jacob.

Auby, J.-B. (2013). *La globalización, el derecho y el Estado*. Sevilla: Derecho Global.

— (2016). *Droit de la Ville*. París: Lexis Nexis.

— (2020). El papel de la ciudad como nuevo sujeto político-institucional. *Anuario del Gobierno Local 2019*, 189-202.

Baño León, J. M.ª (2016). El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate* (pp. 647-673). Madrid: INAP.

Barber, B. R. (2015). *Si los alcaldes gobernaran el mundo. Países disfuncionales, ciudades emergentes*. Barcelona: Arcadia.

Beck, U. (2017). *¿Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós.

Cammelli, M. (2007). *Territorialità e delocalità nel governo locale*. Bolonia: Il Mulino.

Cano Campos, T. (2019). El poder normativo local y la crisis de la ley. *Documentación Administrativa. Nueva época*, 6, 26-42.

Carro Fernandez-Valmayor, J. L. (2012). *Ley y Administración pública. Un ensayo de historia dogmática sobre la potestad normativa de la Administración*. A Coruña: Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Cierco Seira, C. (2016). El procedimiento de recurso administrativo: su virtualidad y la necesidad de reforma. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate* (pp. 675-783). Madrid: INAP.

Díaz González, G. M. (2019). *La acción exterior local. Bases constitucionales*. Madrid: Iustel.

Doménech Pascual, G. (2016). Economía colaborativa y Administración local. *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, 35-66.

Douence, J.—C. (1968). *Recherches sur le pouvoir réglamentaire de l'administration*. París: LGDJ.

Esteve Pardo, J. (dir.). (2021). *La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Faure, B. (1998). *Le pouvoir réglamentaire des collectivités locales*. París: LGDJ.

Font i Llovet, T. (2016). Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación, interiorización. En J. M.ª Baño León (coord.). *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado* (pp. 1929-1945). Madrid: CEPC.

— (2020). De la autonomía local al poder de las ciudades. *Istituzioni del federalismo*, número especial en homenaje a Luciano Vandelli, 115 y ss.

Galan Galán, A. (2001). *La potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier.

Galofré i Crespí, J. (2001). Ponencia sobre la justicia de paz, local o de proximidad. *Segon Congrés Català de Municipis* (pp. 300-323).

García Ureta, A. (2016). Los tribunales administrativos en el Reino Unido. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate*. Madrid: INAP.

Garcia-Chueca, E. (2020). Una mayor inclusión de los Gobiernos locales hará más efectiva la ONU. *Cidob Report* # 06— 2020.

Goerlich Gisbert, F. J. y Reig Martínez, E. (dirs.). (2020). *Las áreas urbanas funcionales en España: economía y calidad de vida*. Bilbao: Fundación BBVA.

Le Galès, P. (2011). *Le retour des villes européennes* (2.ª ed.). París: Presses de Sciences Po.

López Ramón, F. (coord.). (2016). *Las vías administrativas de recurso a debate*. Madrid: AEPDA — INAP.

Muñoz Rodón, R. M.ª y Toscano Ortega, J. A. (2007). La justicia de proximidad y sus conexiones con el mundo local. En T. Font i Llovet y R. Jiménez Asensio. (coords.). *La "Carta Municipal" de Barcelona*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Nieto, A. (1971). Entes territoriales y no territoriales. *Revista de Administración Pública*, 64, 29-52.

— (1994). *Derecho administrativo sancionador* (2.ª ed.). Madrid: Tecnos.

Nieto Garrido, E. (2018). *El Estatuto Constitucional de los Entes Locales*. Pamplona: Aranzadi.

Nieva Fenoll, J. (2008). La justicia de proximidad en la ciudad de Barcelona. En A. Betancor (dir.). *Comentarios al régimen municipal especial de Barcelona* (pp. 665-696). Madrid: Civitas.

Olalla, P. (2015). *Grecia en el aire. Herencias y desafíos de la antigua democracia ateniense vistos desde la Atenas actual*. Barcelona: Acantilado.

Parejo Alfonso, L. (1998). *La potestad normativa local*. Barcelona: Marcial Pons.

Pazos Vidal, S. (2023). Las ciudades como actores institucionales en el contexto global y europeo: en especial, las redes internacionales de ciudades. *Anuario del Gobierno Local 2022*, 139-173.

Poblet, M. (2007). *La justícia de proximitat: àmbits i models*. Barcelona: Diputació de Barcelona.

Rodríguez i Villaescusa, E. (2022). *Barcelona: de la ciudad acabada al territorio metapolitano*. Madrid: RBA.

Schefold, D. (2021). *Leben im Stadtstaat*. Hamburgo: Europäische Verlagsanstalt.

Spengler, O. (2011). *La decadencia de Occidente II*. Barcelona: Austral.

Stolleis, M. (2011). *¿Qué viene después del Estado nacional soberano? ¿Y qué puede decir al respecto la Historia del Derecho?* Madrid: Marcial Pons.

Tatí, E. (2020). *L'Europa delle città. Per una política europea del diritto urbano*. Milán: Franco Angeli.

Therborn, G. (2020). *Las ciudades del poder. Lo urbano, lo nacional, lo popular y lo global*. Madrid: Traficantes de Sueños.

Tomàs, M. (2021). Impacto de la crisis del COVID-19 en las grandes áreas urbanas y metropolitanas. *Anuario del Gobierno Local 2020*, 73-89.

— (2023a). *Metrópolis sin gobierno. La anomalía española en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2023b). Tendencias y modelos de gobernanza metropolitana en España. *Anuario del Gobierno Local 2022*, 43-60.

Tornos Mas, J. (2016). Los órganos administrativos independientes de resolución de recursos administrativos. La *Proportionate Dispute Resolution*. En F. López Ramón (coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate*. Madrid: INAP.

Toscano Gil, F. (2006). *Autonomía y potestad normativa*. Sevilla: Comares.

Toynbee, A. J. (1973). *Ciudades en marcha*. Madrid: Alianza Ed.

Velasco Caballero, F. (2009). *Derecho local. Sistema de fuentes*. Madrid: Marcial Pons.

— (2018). El Derecho de las ciudades globales. *Anuario de Derecho Municipal 2017*, 23-40.

Wilson, B. (2022). *Metrópolis. La historia de las ciudades. El invento más grande de la humanidad*. Barcelona: Ediciones 62.

Zagrebelsky, G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Bolonia: Il Mulino.

Municipios de gran población, veinte años después[1]

Francisco Velasco Caballero
Instituto de Derecho Local.
Universidad Autónoma de Madrid

1. **Introducción**
2. **Contenido y alcance del título X de la LBRL**
   2.1. Municipios de gran población
   2.2. Contenido de la LMMGL
   2.3. Homogeneidad normativa
3. **Organización del gobierno municipal**
   3.1. Pleno
   3.2. Alcaldía
   3.3. Junta de gobierno
4. **Distritos**
5. **Organización administrativa**
   5.1. Secretaría municipal
   5.2. Comisión especial de sugerencias y reclamaciones
   5.3. Áreas de gobierno
   5.4. Tribunales económico-administrativos
6. **Bibliografía**

Artículo recibido el 18/09/2023; aceptado el 30/09/2023.

1. El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional "Proyectos y políticas públicas contra la despoblación" (PID2019-105799RB100), del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Abreviaturas utilizadas: CE: Constitución española; EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público; LBRL: Ley reguladora de las Bases del Régimen Local; LCMB: Ley de Carta Municipal de Barcelona; LECREM: Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid; TRLHL: Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales; LMMGL: Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; TEAM: Tribunal Económico-administrativo Municipal.

Para la elaboración de este estudio se ha consultado a dos excelentes profesionales del derecho local: Ángel Zurita Laguna (exletrado del Ayuntamiento de Bilbao) y Juan Ignacio Soto Valle (exsecretario del Ayuntamiento de Badalona y exsecretario general de la Federación de Municipios de Cataluña). A ambos agradezco sus indicaciones, advertencias y valoraciones, que en buena medida tienen reflejo en el texto del estudio.

Resumen

A los veinte años de creación del régimen especial de los municipios de gran población, se pueden formular dos conclusiones: que el modelo "parlamentario" de distribución de funciones entre el pleno, la alcaldía y la junta de gobierno presenta algunas disfunciones que necesitan corrección, y que el conjunto del régimen organizativo especial presenta rendimientos muy desiguales en función del tamaño de los municipios. Al ser un régimen homogéneo, sus normas organizativas han resultado insuficientes para las grandes ciudades, e innecesarias para los municipios medianos. Estos últimos con frecuencia cumplen solo formalmente las reglas organizativas especiales sobre la secretaría general, los distritos o los tribunales económico-administrativos.

Palabras clave: *derecho local; municipios de gran población; Gobierno local; Administración local.*

Big cities, twenty years later

Abstract

Twenty years after the creation of the special legal framework for big cities, two conclusions can be formulated: (i) the "parliamentary" model of distribution of functions between the plenary, the mayor's office and the governing board has some dysfunctions that need to be addressed, and (ii) the practical results of the special legal framework heavily vary depending on the size of the municipalities. Because of its homogeneity, this special legal framework has been insufficient for big cities and unnecessary for medium-sized municipalities. The latter frequently comply only formally with the special organizational rules on the general secretariat, the districts, or the economic-administrative courts.

Keywords: local law; big cities; local government; local administration.

1
Introducción

1. Para valorar los veinte años de vigencia de título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), introducido

por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local (LMMGL), se pueden utilizar dos ejes de análisis. Uno consiste en enjuiciar el propio *contenido de la ley*, por su mayor o menor idoneidad para las necesidades y los problemas específicos de las grandes ciudades. El otro eje analítico es diacrónico: se centra en *cómo ha evolucionado* la realidad local en los últimos años, cómo los ayuntamientos han aplicado en la práctica el régimen especial de la LBRL, y en qué medida la regulación de la LBRL ha facilitado o dificultado las respuestas municipales. Los dos ejes de análisis mencionados van a estar presentes en todas las cuestiones a las que se presta atención en este estudio. En especial, para este segundo eje de análisis se ha atendido a la información pública (en internet) que ofrecen varios ayuntamientos seleccionados, de dos clases: ayuntamientos a los que se aplica imperativamente el título X de la LBRL, conforme al art. 121.1 a) y b) LBRL (A Coruña, Valladolid, Córdoba, Bilbao, L'Hospitalet de Llobregat, Zaragoza y Madrid); y ayuntamientos en los que la aplicación del régimen especial de grandes municipios resulta de una decisión del correspondiente Parlamento autonómico, conforme al art. 121.1 c) y d) LBRL (Jerez de la Frontera, Marbella, Talavera de la Reina y Las Rozas).

2. Con la experiencia de los últimos veinte años, se puede plantear ahora una reforma en profundidad del título X de la LBRL, en varios frentes: para *corregir* los defectos iniciales en la regulación de 2003 (fundamentalmente, para tornar en facultativas, no imperativas, algunas de las normas organizativas de la ley); y para *ampliar* su regulación a cuestiones no reguladas inicialmente, como el régimen de competencias y potestades municipales, el sector público municipal, las áreas metropolitanas de las grandes ciudades o la financiación. Para esta posible reforma del título X de la LBRL pueden tomarse como referencia de partida las novedades introducidas para la ciudad de Madrid —respecto del régimen general de los municipios de gran población— por la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (LECREM). En cambio, menores son las aportaciones extraíbles del vigente régimen especial de Barcelona (en especial, en la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona: LCMB), porque buena parte de esa regulación fue ya tomada (y en parte, mejorada) por el título X de la LBRL. Más bien, es recomendable hoy para Barcelona una modificación de su régimen especial que incorpore algunas de las novedades incorporadas tanto por el título X de la LBRL como por la LECREM[2].

2. Velasco Caballero (2022: 118).

2
Contenido y alcance del título X de la LBRL

3. Tres son las cuestiones de principio que suscita el título X de la LBRL: primera, el propio concepto de municipio de gran población que introduce el nuevo art. 121 LBRL; segunda, el contenido sustantivo del nuevo título X de la LBRL: lo que regula y lo que no regula; y tercera, la forma normativa con la que la LMMGL regula los municipios de gran población. En las tres cuestiones señaladas la regulación de la LMMGL presenta deficiencias importantes, luego visibles en el funcionamiento real de los municipios de gran población.

2.1
Municipios de gran población

4. Aunque las promotoras de un régimen legal especial habían sido las grandes ciudades (en sentido estricto), la búsqueda de apoyos políticos para la LMMGL llevó a un concepto muy amplio y abierto de "municipios de gran población", que es el que hoy figura en el art. 121 LBRL[3]. Dos son, a mi juicio, los problemas que apuntaba, ya desde el inicio, el art. 121 LBRL. Tras 20 años de vigencia de la LMMGL, aquellos defectos iniciales de configuración normativa han dado lugar a problemas e insuficiencias reales.

5. Conforme a los diversos criterios complementarios del art. 121.1 LBRL, el grupo de los municipios de gran población es tendencialmente *muy amplio*. Ahí están tanto las grandes ciudades en sentido estricto (es el caso de Zaragoza) como algunos municipios intermedios, con poco más de 75 000 habitantes (como Talavera de la Reina), e incluso capitales de provincia o comunidad autónoma con población inferior (como Mérida). Un concepto tan amplio de municipio de gran población dificulta la regulación legal, porque *no hay una realidad homogénea* susceptible de regulación[4]. Este problema podría haberse diluido si el título X de la LBRL hubiera incorporado una regulación solo habilitadora (esto es, disponible) y no imperativa para todos los municipios de gran población; o si hubiera dispuesto una regulación menos densa y más abierta a las leyes autonómicas y a los reglamentos y ordenanzas municipales. Pero lo cierto es que el título X de la LBRL combina en su regulación un concepto muy amplio de municipio de gran población y una regulación uniforme de su régimen jurídico. Veinte años de vigencia

3. Por todos, crítico: Galán Galán (2004: 169).
4. Díez Sastre (2023: 46).

de la LMMGL muestran que esta opción legislativa estatal ha sido disfuncional y ha dado lugar a que numerosos ayuntamientos (los medianos) con frecuencia *incumplan* los mandatos del título X de la LBRL[5], o los cumplan solo formal pero no materialmente (*infra* §§ 42, 46, 48 y 55). Se comprueba así, por ejemplo, que numerosos ayuntamientos no cuentan con algunos de los órganos preceptivos en los municipios de gran población (como un tribunal económico-administrativo, conforme al art. 137 LBRL), o tienen una secretaría general del pleno que, frente a lo pretendido por el art. 122.3 LBRL, abarca toda la actividad de asesoramiento jurídico y fe pública del ayuntamiento (equivalente por tanto a la secretaría general de los municipios de régimen común).

6. El segundo problema en torno al concepto legal de municipio de gran población se refiere a la *tipología de criterios* por los que un municipio pasa a ser de gran población (y ser destinatario, por tanto, del régimen especial del título X de la LBRL). Junto a umbrales de población que directa e imperativamente determinan la aplicación del régimen legal especial (art. 121.1 a] y b] LBRL), la ley permite a las asambleas legislativas autonómicas la inclusión de municipios notoriamente más pequeños (art. 121.1 c] y d] LBRL). En la práctica, las asambleas legislativas autonómicas no han actuado como filtro selectivo para la aplicación del título X de la LBRL. Y no siempre ha habido correspondencia entre los "circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales" que en cada caso han motivado la aplicación del régimen especial y el propio contenido de ese régimen especial. *De facto* han sido los propios ayuntamientos quienes, en ejercicio del poder de "iniciativa" que les concede el art. 121.1 LBRL, han valorado políticamente las utilidades del régimen legal especial de la LBRL. Por eso, hay hoy municipios con una población modesta, pero que legalmente son "municipios de gran población", y otros con muchos más residentes que no son municipios de gran población. También en relación con los municipios medianos, pero que por iniciativa local y decisión parlamentaria autonómica han accedido al régimen especial de gran población, se plantea la hipotética *irreversibilidad* de ese estatuto jurídico. Esto afecta tanto a los municipios que pierden población por debajo del umbral legal (no obstante lo cual se les sigue aplicando el régimen especial del título X de la LBRL) como a los municipios que inicialmente solicitaron la aplicación del régimen especial, pero que posteriormente consideraron que ese régimen especial deparaba más problemas que beneficios. Para los municipios que se rigen imperativamente por el régimen especial del título X de la LBRL se puede considerar que el

5. Díez Sastre (2023: 53).

art. 121.3 LBRL no permite ya volver al régimen común, ni siquiera cuando su población caiga por debajo de los estándares del art. 121.1 a) y b) LBRL. En cambio, para aquellos que se rigen por el título X por iniciativa propia, y si bien el art. 121 LBRL no prevé expresamente la *salida del sistema*, necesariamente hay que considerar esta posibilidad (si bien mediando de nuevo una decisión parlamentaria autonómica)[6]. A mi juicio, e interpretando el art. 121 LBRL conforme al principio constitucional de autonomía local (art. 137 CE), a la correspondiente asamblea parlamentaria autonómica solo le corresponde una comprobación *formal* sobre la iniciativa municipal de volver al régimen local común. Esto es, la comprobación de que existe acuerdo plenario al respecto y de que dicho acuerdo está motivado. No es procedente aquí un control intenso o cuasijudicial sobre los motivos por los que un municipio de gran población prefiere dejar de serlo[7].

2.2
Contenido de la LMMGL

7. Hay que distinguir ahora entre lo que la ley *efectivamente reguló* (bien o mal) y lo que *no reguló*. Una buena parte de los problemas actuales de los grandes municipios derivan, precisamente, de que en su momento la LMMGL los excluyó de su ámbito de regulación. Como es sabido, la LMMGL se limitó a una regulación *organizativa* de los municipios de gran población. Este régimen organizativo especial conecta con los decretos especiales para Madrid y Barcelona, preservados por la disposición adicional sexta LBRL (y que en el caso de Barcelona fue ampliado por la LCMB). Pero quedaron fuera de la LMMGL tanto las competencias y los servicios municipales como las áreas metropolitanas (características precisamente de las grandes ciudades) o la financiación municipal. Este déficit de regulación especial, para los municipios de gran población, se mantuvo en la siguiente gran reforma de la legislación básica de régimen local, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Así, en relación con las competencias y los servicios municipales, o con la sostenibilidad y estabilidad presupuestaria municipales, la LRSAL no incluyó ninguna diferenciación entre los municipios de régimen común y los municipios de

6. Galán Galán (2004: 148).
7. Otra opinión (en relación con el Ayuntamiento de Alcobendas), exigiendo una comprobación exhaustiva (por parte de la asamblea parlamentaria) de cambios intensos en las razones económicas, sociales o culturales que motivaron la inicial iniciativa municipal, y de que *de facto* el ayuntamiento no está actuando conforme al régimen de gran población, en Rodríguez Marcos (2017: 477).

gran población. Sí hubo regulación financiera singular en el art. 111 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 (LHL) y en su modificación parcial por la Ley 2/2012, de 29 de junio, pero para un universo de municipios (las capitales de comunidad autónoma y provincia y los municipios de más de 75 000 habitantes) distinto del que acota el art. 121 LBRL.

8. El déficit de regulación señalado ha dado lugar a diversas iniciativas legislativas dispersas, con mayor o menor éxito. Están, de un lado, las leyes estatales especiales para Madrid (LECREM) y Barcelona (Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona). Y están, junto a ellas, diversas leyes autonómicas que han aprobado un régimen especial para las capitales autonómicas (si bien con poca trascendencia sustantiva)[8]. En especial, aunque las leyes de Madrid y Barcelona tampoco abarcan todas las necesidades específicas de estas grandes ciudades (sobre todo, en perspectiva metropolitana y financiera), sí amplían ligeramente el ámbito de regulación especial. Por ejemplo, en el caso de Barcelona, incluyendo la participación en la gestión de infraestructuras estatales (art. 6 de la Ley 1/2006) o en movilidad urbana (art. 16 de la Ley 1/2006). Y en el caso de Madrid, precisando las competencias municipales sobre seguridad vial (art. 40 LECREM).

9. Desde el punto de vista organizativo, la LMMGL introdujo dos grandes novedades, respecto del régimen local común. De un lado, una marcada distinción entre el *gobierno y la administración municip*al; y en lo que hace específicamente al gobierno local, una nueva "forma de gobierno" municipal, esto es, una nueva distribución del poder público entre los órganos representativos y ejecutivos del ayuntamiento, según el patrón de *parlamentarización* del régimen local iniciada en 1999.

10. En lo que se refiere a una más clara *distinción entre el gobierno y la administración municipales*, hay que recordar que tal diferenciación está contenida de forma expresa y directa en el art. 140 CE. Aunque este enunciado constitucional ha tenido tradicionalmente escasos efectos. Por un lado, porque la persistente calificación de los municipios como *corporaciones administrativas* ha diluido la relevante distinción constitucional entre gobierno y administración municipal[9]. Y por otro lado, porque todo lo referente al poder municipal se ha encasillado en la competencia estatal básica sobre *Administraciones públicas* (art. 149.1.18 CE), lo que ha ocultado la existencia de gobierno político —y no solo administración— en los ayun-

8. Agudo González (2012: 87).
9. Rebollo Puig (2018: 1037).

tamientos[10]. Separándose de la tradición corporativa del régimen local, la LMMGL buscó una mayor distinción entre gobierno y administración municipales. Consiste esto en distinguir entre varios órganos municipales con *poderes decisorios primarios* directamente atribuidos por la ley (los órganos de gobierno) y una más o menos extensa *organización administrativa* (áreas de gobierno, unidades administrativas, órganos administrativos "independientes", órganos de los distritos, entidades instrumentales descentralizadas o desconcentradas) que, aunque también pueden ejercer facultades decisorias, en todo caso son secundarias y subordinadas a los órganos de gobierno (STC 103/2013, FJ 6). A esta organización municipal burocrática "le corresponde de ordinario una función subalterna, una actividad material y técnica que respeta la competencia de los órganos electos para las decisiones con relevancia externa"[11]. En correspondencia con la distinción elemental entre gobierno y administración municipal, la LBRL distingue entre "órganos superiores" (alcalde y los miembros de la junta de gobierno) y "órganos directivos" (art. 130.1 LBRL). Con todo, la clara distinción de la LMMGL entre el gobierno y la administración municipal ha quedado en cuestión, tras la jurisprudencia constitucional que declara inconstitucional la posible incorporación de miembros no electos en la junta de gobierno local, según pretendía el art. 126.2 LBRL. Pues, según argumenta la STC 103/2013, FJ 6, no solo el gobierno, sino también la administración local se ejerce exclusivamente por concejales electos. Esta jurisprudencia enmienda, siquiera parcialmente, la progresiva distinción entre gobierno y administración local.

11. En segundo lugar, la LMMGL expresa una pretendida intensificación de la *parlamentarización* del gobierno local, ya iniciada con la Ley 11/1999, de 21 de abril. Consiste esto, fundamentalmente, en una nueva distribución de atribuciones entre el pleno (que pierde competencias administrativas), el alcalde y la junta de gobierno (*infra* §§ 20, 28 y 30)[12]. Sin embargo, y dejando para más adelante el análisis de las concretas disfunciones resultantes de esta distribución interna del poder local, hay que precisar que son notorias las *diferencias estructurales* entre la forma de gobierno parlamentaria (basada en la preeminencia casi absoluta del Parlamento sobre el Gobierno y la Administración) y el sistema de gobierno local de los municipios de gran población[13]. Son muchos e importantes los rasgos jurídicos que marcan las

10. Crítica a esta marginación de la dimensión gubernativa de los ayuntamientos: Jiménez Asensio (2001: 138); Caamaño Domínguez (2004: 66); Font y Galán (2015: 24); Díez Sastre (2019: 115).
11. Rebollo Puig (2018: 1044).
12. Jiménez Asensio (2001: 137).
13. Velasco Caballero (2019: 47); Díez Sastre (2019: 117). Coincide en el resultado, aunque apoyándolo en el carácter corporativo del municipio: Rebollo Puig (2018: 1037).

diferencias entre la forma de gobierno parlamentaria y el sistema de gobierno de los municipios de gran población, como la inexistencia de una preeminencia absoluta del pleno sobre la alcaldía y la junta de gobierno[14], lo cual se expresa tanto en la distribución de poderes decisorios entre el pleno y el ejecutivo municipal (alcaldía y junta de gobierno) como en la debilidad de los controles del pleno sobre los órganos municipales ejecutivos. Más bien, se puede hablar de un cierto *equilibrio de poder* entre el pleno, la alcaldía y la junta de gobierno, equilibrio que no se describe con precisión hablando de parlamentarismo, como tampoco de presidencialismo[15].

12. En el conjunto de municipios de gran población se observa un rendimiento muy diverso del régimen especial de la LBRL. Para muchos municipios formalmente grandes (conforme a los generosos criterios del art. 121.1 LBRL), el régimen especial del título X de la LBRL *no ha ofrecido grandes utilidades*. Ni era siempre necesaria la desconcentración en distritos (art. 128 LBRL), ni los nuevos órganos necesarios (como el consejo social de la ciudad [art. 131 LBRL] o la comisión especial de sugerencias y reclamaciones [art. 132 LBRL]) eran una necesidad real en muchos de estos municipios. Y para los municipios medianos (o menos grandes) la estructura organizativa impuesta por el título X de la LBRL resulta con frecuencia excesiva, inadecuada o innecesaria[16].

13. Mejores resultados ofrecen los regímenes especiales de *Madrid y Barcelona*. Me refiero ahora al mayor nivel de parlamentarización del gobierno local de Madrid (arts. 11, 14 y 17 LCREM); la mayor flexibilidad en la distribución interna de competencias en los dos ayuntamientos, mediante desconcentraciones y delegaciones (arts. 13.2 y 46.1 LCMB, y arts. 14.4, 17.2 y 53.2 LCREM); el mayor peso de los órganos y cargos directivos en el funcionamiento ordinario municipal (arts. 13.2 y 53.1.*d]* LCMB, y arts. 14.4, 16.5, 17.2 y 21 LCREM); la mayor desconcentración territorial (arts. 22-25 LCMB, y art. 22 LCREM), o el fuerte desarrollo del sector público local (en el caso de Barcelona, conforme a los arts. 49 y 50 LCMB).

2.3
Homogeneidad normativa

14. Según se ha dicho, el nuevo título X de la LBRL se aplica de manera *uniforme* a todos los municipios subsumibles en el concepto legal de municipios

14. Salazar Benítez (2007: 41, 94). Otra opinión: Parejo Alfonso (2018: 241); Velasco y Díez (2008: 52); Rebollo Puig (2018: 1036).
15. Jiménez Asensio (2001: 143); Salazar Benítez (2007: 117).
16. Carbonell Porras (2009), Díez Sastre (2023: 56).

de gran población, conforme a los criterios del art. 121.1 LBRL. Esto ha deparado un alto nivel de homogeneidad organizativa y funcional entre todos estos municipios, con independencia de sus peculiaridades demográficas o geográficas, y de la comunidad autónoma de la que forman parte. La LMMGL, si bien introduce un régimen organizativo singular para los municipios de gran población, lo hace de manera uniforme[17]. Esto es, no permite que la singularidad se diversifique en cada comunidad autónoma, o por ordenanzas y reglamentos de cada municipio. La nueva configuración competencial de la alcaldía, el pleno y la junta de gobierno, o la necesaria creación por cada ayuntamiento de una "comisión especial de sugerencias y reclamaciones" (art. 132 LBRL) o de entidades territoriales desconcentradas (art. 128 LBRL), es una opción legislativa imperativa para todos los municipios de gran población (y, por tanto, indisponible para las leyes autonómicas y los reglamentos orgánicos municipales). Es esta una opción al tiempo diferenciadora (porque solo se refiere a los municipios de gran población) y uniformizadora (dado que rige para los municipios de gran población de toda España), que ha recibido el visto bueno del Tribunal Constitucional (STC 103/2013).

15. La alta uniformidad del título X de la LBRL podría haber llegado a su fin con la reforma de algunos estatutos de autonomía a partir de 2006. Estos estatutos incluían un mayor espacio competencial autonómico para la configuración de la planta local, la organización administrativa, las relaciones con las correspondientes Administraciones autonómicas y las competencias locales. Sin embargo, la contundente STC 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la práctica redujo todas las nuevas competencias autonómicas exclusivas al mero desarrollo de las bases estatales. Afirmando la incapacidad de los estatutos de autonomía para delimitar o perfilar las competencias estatales (FJ 4), el Tribunal Constitucional confirmó que el régimen local lo configura fundamentalmente el Estado, a través de una competencia que, aunque formalmente es solo "básica", puede ser muy extensa e intensa, porque no puede ser delimitada por los estatutos de autonomía.

16. La alta uniformidad legal de los municipios de gran población ha propiciado diversas *vías de escape*, más o menos visibles, que han buscado la adecuación del régimen legal uniforme a la singularidad de cada ciudad. Ya desde el inicio, Barcelona consiguió una amplia inaplicación de la LMMGL, en favor del régimen especial contenido en la LCMB (disposición adicional sexta 3 LBRL). El mismo sentido tienen luego las leyes estatales especiales o de "carta municipal" para Madrid (LECREM) y Barcelona (Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del muni-

17. Galán Galán (2004: 174).

cipio de Barcelona). En todos estos casos, la diversidad de régimen jurídico es *heterónoma*, no autónoma. Esto es: son leyes estatales especiales las que singularizan el régimen jurídico de concretos municipios. Estas leyes conceden pocos espacios de adaptación normativa a favor de los correspondientes ayuntamientos (mediante reglamentos orgánicos). Las *leyes especiales crean directamente la diversidad* jurídica de estos municipios. Este rasgo de homogeneidad no es solo una opción política estatal y autonómica, sino que frecuentemente parte de los propios municipios. Tal y como muestra la reciente iniciativa del Ayuntamiento de Barcelona para la actualización de su carta municipal y de la ley especial estatal, son los propios municipios quienes, en lugar de reclamar más espacio para su autorregulación, instan reformas singularizadoras con rango de ley, con el objetivo de blindar a futuro la singularidad jurídica pretendida.

17. A la vista de la alta homogeneidad normativa del título X de la LBRL, y de que solo Madrid y Barcelona han conseguido modulaciones específicas, mediante leyes especiales, la adaptación de la LMMGL a la realidad de cada municipio ha seguido una *vía informal*. Como se verá luego con más detalle, algunos ayuntamientos de gran población no han creado —a lo largo de los últimos veinte años— algunos órganos administrativos que, conforme al título X de la LBRL, son de existencia necesaria. Así ocurre con los tribunales económico-administrativos (*infra* § 55) o con los órganos desconcentrados en los distritos (*infra* § 42).

18. En este momento histórico, y a la vista de la experiencia generada desde la aprobación de la LMMGL de 2003, la actualización del régimen local de las grandes ciudades ha de plantearse con una nueva orientación: *reduciendo la homogeneidad* organizativa municipal, y favoreciendo la adaptación de la organización de *cada ayuntamiento* a las características de cada territorio y ciudad. Corresponde a la LBRL regular de manera detallada y precisa las posibles formas y técnicas organizativas de las que —en función de sus circunstancias singulares— puedan servirse los ayuntamientos, pero no imponer concretas opciones organizativas o funcionales. La LBRL ha de ser más *facilitadora* de estructuras organizativas idóneas que definitoria de esas estructuras.

3
Organización del gobierno municipal

19. De acuerdo con la distinción primaria entre gobierno y administración municipal, que es central en la estructura del título X de la LBRL (*supra* §

9), en lo que sigue se va a analizar separadamente el resultado efectivo de la nueva configuración orgánica y funcional de los tres órganos de gobierno (alcaldía, pleno y junta de gobierno) y de la estructura administrativa municipal.

3.1
Pleno

20. Conforme a la idea general de parlamentarización del gobierno local, la LMMGL introdujo cambios organizativos y funcionales importantes para el pleno municipal de los municipios de gran población. Desde el punto de vista *organizativo*, se posibilitó que la presidencia del pleno correspondiera a un concejal distinto del alcalde, y que el pleno delegara algunas competencias decisorias en sus comisiones. Además, se dotó al pleno de una secretaría general propia, desagregada respecto de la secretaría al servicio de la junta de gobierno y de la Administración ejecutiva. Desde el punto de vista *funcional*, se redujeron notablemente las atribuciones administrativas o aplicativas del pleno, centrando su función en las decisiones estratégicas y normativas. Al mismo tiempo, se reforzaron las funciones de control del pleno sobre el "ejecutivo municipal" (junta de gobierno, alcaldía y concejales delegados). A continuación se hace una sintética evaluación sobre el rendimiento de cada una de estas innovaciones de la LMMGL.

21. Desde la perspectiva organizativa, el nuevo art. 122.2 LBRL prevé la *delegación de la convocatoria y presidencia* del pleno, que por principio corresponde al alcalde, en otro concejal. Esta posibilidad se utilizó en el Ayuntamiento de Madrid una vez aprobada la LMMGL —y por tanto ya antes de la aprobación de la LCREM—, y se ha consolidado en la capital[18]. Pero *no se ha generalizado* en los demás municipios de gran población. Por ejemplo, a partir de la información que proporcionan las actas de las sesiones plenarias de los ayuntamientos analizados, no consta su utilización (en los tres últimos años) en los ayuntamientos de A Coruña, Jerez, Córdoba, Talavera de la Reina, Bilbao, Marbella, Valladolid, Zaragoza o Las Rozas. Aunque la delegación de la presidencia del pleno no es en sí un asunto problemático, su aplicación práctica en Madrid ha ido introduciendo algunas *precisiones sobre su posible alcance*. Por ejemplo, la inclusión en la delegación de la

18. Véase recientemente, por ejemplo, el Decreto de 17 de junio de 2023 del Alcalde de Madrid, de delegación del ejercicio de las competencias de la presidencia del pleno en un concejal.

facultad de resolución de los recursos de reposición y de revisión de oficio, respecto de los actos dictados por el concejal delegado, cuando el alcalde no se hubiera reservado expresamente estas facultades; o la previsión de que en casos de ausencia, vacante o enfermedad del concejal delegado, la suplencia en la presidencia del pleno no necesita de una nueva delegación, bastando la "designación" del concejal suplente.

22. Otra opción organizativa de la LMMGL respecto del pleno fue la posible delegación de funciones plenarias a comisiones del propio pleno (art. 122. 4 d] LBRL), siguiendo la previa experiencia de la LCMB. De esta forma, las tradicionales comisiones informativas, preparatorias de los acuerdos plenarios, ahora también podrían adoptar acuerdos. En la práctica esta previsión legal ha tenido *escasa trascendencia*. Aunque las delegaciones están efectivamente previstas en los reglamentos orgánicos[19], en la mayoría de los ayuntamientos no se han acordado tales delegaciones, y las comisiones siguen funcionando con las tradicionales *comisiones informativas* del pleno (que no ejercen competencias decisorias). De forma más bien excepcional, algún ayuntamiento ha creado una *comisión delegada general* del pleno, que sí adopta decisiones plenarias por delegación, aunque esas decisiones son más de trámite (como la aprobación inicial de ordenanzas) que finales[20]. Varias razones pueden explicar la escasa trascendencia de las comisiones delegadas del pleno: de un lado, las competencias delegables están muy constreñidas en el art. 123.3 LBRL; de otro lado, el listado de funciones del pleno, ya en sí mismo muy limitado (respecto de los plenos de régimen común), aconseja no reducir aún más las funciones decisorias del conjunto de los concejales que componen el pleno.

23. En el diseño original de la LMMGL, y de acuerdo con la directriz de parlamentarización del gobierno local, se alteraron sustancialmente las atribuciones del pleno, respecto de las de los municipios de régimen común. Se acentuó la distinción entre las competencias decisorias y las de control sobre el ejecutivo municipal (la alcaldía y la junta de gobierno), y se redujeron considerablemente las competencias plenarias. Buena parte de las

19. Por ejemplo: art. 88.2 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración de A Coruña, de 2 de noviembre de 2004; art. 45 del Reglamento Orgánico Municipal del Ayuntamiento de Jerez, de 2009; art. 118.3 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Córdoba, publicado el 16 de febrero de 2009; art. 41 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Valladolid, de 28 de noviembre de 2019; art. 90 del Reglamento Orgánico del Pleno y Comisiones del Ayuntamiento de Marbella, de 27 de julio de 2018.

20. Es el caso de L'Hospitalet de Llobregat, donde el art. 61 del Reglamento Orgánico del Pleno, de 27 de diciembre de 2011, prevé (aunque no impone) la comisión delegada del pleno, que actúa en todo caso previa intervención de las comisiones permanentes sectoriales (que cumplen las funciones de las tradicionales comisiones informativas). La sede electrónica municipal informa de la efectiva actuación de la "comisión delegada del pleno" desde 2019 hasta 2023.

competencias *administrativas* del pleno (aunque no todas) se relocalizaron en la junta de gobierno. Este proceso de "desadministrativización" del pleno, en favor de la junta de gobierno, se acentuó luego, para la ciudad de Madrid, en el art. 17 LECREM. En la redistribución de atribuciones de la LMMGL se reservaban al pleno, fundamentalmente, las decisiones estratégicas y las normativas, como la aprobación del presupuesto y la plantilla de personal (art. 123.1 h] LBRL), la terminación de la fase municipal de tramitación de los instrumentos de planeamiento urbanístico (art. 123.1 i] LBRL) o la aprobación de los reglamentos y ordenanzas (art. 123.1 d] LBRL). Una valoración muy extendida de esta reorientación competencial, sobre todo entre miembros de las escalas municipales de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (vulgo "habilitados nacionales"), es que el pleno ha quedado vacío de funciones decisorias propias, dedicando una buena parte de su actividad a un control aparente de la junta de gobierno y a debatir y aprobar mociones sobre asuntos no propiamente locales. Aunque esta valoración puede ser correcta, la realidad a la que se refiere no resulta solo de la redistribución de competencias introducida por la LMMGL, sino también del *escaso ejercicio por el pleno de las competencias normativas* (aprobación de reglamentos y ordenanzas) que le corresponden. En ocasiones, esto se debe a una falta de capacidad técnica o de iniciativa política en el ayuntamiento. Pero también hay causas jurídicas estructurales: la densidad normativa de las leyes y los reglamentos estatales y autonómicos; y la imprecisión legal —en la LBRL— sobre la potestad normativa plenaria.

24. En primer lugar, el espacio propio de las normas municipales es menguante. Esto se debe a la existencia de un extenso catálogo de reservas de ley, tanto constitucionales como estatutarias e incluso legales (reservas legales de ley)[21], y al progresivo aumento de la densidad normativa en las leyes y los reglamentos estatales y autonómicos. Estos dos factores normativos hacen en muchos casos innecesaria la aprobación de ordenanzas y reglamentos por el pleno, pues en una gran parte de las materias de competencia local el ayuntamiento puede actuar directamente con base en leyes y reglamentos estatales o autonómicos. De hecho, buena parte de las ordenanzas municipales efectivamente aprobadas apenas si contienen reglas procedimentales secundarias, no imprescindibles para el funcionamiento municipal.

25. La escasa actividad normativa del pleno también guarda relación con la *insuficiente definición legal* de esta competencia, si bien luego se verá que la jurisprudencia muestra una comprensión crecientemente amplia de la potestad normativa plenaria. A diferencia del Estado y de las comunidades autó-

21. Rodríguez de Santiago (2023: 162).

nomas, donde implícitamente se asume que las leyes parlamentarias pueden regular cualquier materia (y tanto de forma abstracta como concreta, para un único caso), la potestad normativa del pleno no cuenta con una definición tan precisa, pues el art. 123.1 d) LBRL se limita a atribuir al pleno la "aprobación y modificación de las ordenanzas y reglamentos municipales". Nada dice expresamente sobre la posición y los efectos de las ordenanzas y los reglamentos municipales, en relación con el ejercicio de sus competencias propias por la alcaldía y la junta de gobierno. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que el pleno no es un órgano plenamente simétrico a un parlamento. La LBRL no concede al pleno la posición de preeminencia que la Constitución y los estatutos de autonomía conceden a los correspondientes parlamentos. En los municipios de gran población, la LBRL distribuye el poder municipal entre tres órganos de gobierno: el pleno, la alcaldía y la junta de gobierno, sin conceder al pleno una posición de preeminencia pseudoparlamentaria sobre los otros dos órganos. Por eso, aunque una ordenanza municipal puede regular cualquier materia de competencia local, no puede hacerlo ocupando el espacio competencial de la alcaldía o la junta de gobierno. Por medio de ordenanza no se pueden adoptar decisiones organizativas que la LBRL reserva a la alcaldía o la junta de gobierno; tampoco puede el pleno adoptar decisiones administrativas concretas, atribuidas inmediatamente a la junta de gobierno por la misma LBRL.

26. Sin duda que es difícil determinar cuándo una regulación por ordenanza (en principio, sobre cualquier materia de competencia municipal) invade las atribuciones de la alcaldía o la junta de gobierno. Como criterio dirimente se puede hablar aquí del carácter necesariamente *abstracto* de la ordenanza, que puede predeterminar normativamente las decisiones (aplicativas) de la alcaldía o la junta de gobierno, pero no puede sustituirlas. En este punto se constata en la jurisprudencia —precisamente para los municipios de gran población— una comprensión tendencialmente extensa de la competencia normativa del pleno, en perjuicio de la junta de gobierno o de la alcaldía. Así, en relación con la competencia sobre personal de la junta de gobierno, que es general (para todas las "decisiones en materia de personal que no estén expresamente atribuidas a otro órgano": art. 127.1 h] LBRL), el Tribunal Supremo ha considerado que tal competencia no impide que las condiciones de trabajo de los empleados municipales puedan ser reguladas en *abstracto* por el pleno. Según esto, ninguna materia, incluso las atribuidas por la LBRL a la junta de gobierno, queda al margen de una posible regulación normativa (abstracta) por el pleno[22]. Por otro lado, para las relaciones entre el pleno y la alcaldía, la jurisprudencia de escala autonómica también ha declarado que el poder de *emergencia* de la alcaldía

22. STS de 25 enero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:54.

tiene un alcance muy acotado, y que no puede suponer la inaplicación de una ordenanza plenaria más allá del tiempo necesario para la modificación de la propia ordenanza[23]. Esta jurisprudencia también ha delimitado negativamente el poder de instrucción de la junta de gobierno, cuando las *instrucciones internas* contienen un contenido normativo propio que complementa —no solo interpreta— la regulación abstracta contenida en una ordenanza[24]. Esta jurisprudencia es coherente con la "parlamentarización" del pleno pretendida por la LMMGL, aunque por las razones ya expuestas el pleno municipal está aún lejos de cumplir la función estratégica y normativa buscada por el art. 123.1 LBRL.

27. Finalmente, la *función de control* del pleno sobre la alcaldía y la junta de gobierno, en la que se detiene expresamente el art. 123.1 a) LBRL, no ha experimentado cambios cualitativos, respecto del tradicional control que ejerce el pleno sobre la alcaldía (y los concejales delegados) en el régimen local común, conforme al art. 46.2 e) LBRL. La mera referencia normativa expresa al control plenario sobre los "órganos de gobierno" (art. 123.1 a] LBRL), del que normalmente se han hecho eco los reglamentos orgánicos de los municipios de gran población, no genera por sí un control mayor del que, en los plenos de régimen común, pueden desplegar los grupos municipales opositores. Es más: en algunos ayuntamientos sometidos al título X de la LBRL se han introducido límites o cautelas para evitar un posible uso abusivo de la función de control por parte de los grupos municipales de la oposición[25].

3.2
Alcaldía

28. Siguiendo el modelo de los Gobiernos estatal y autonómicos, la LMMGL introdujo una *severa reducción* de las atribuciones de la alcaldía. En el régimen local común, el alcalde concentra, además de funciones propias de la dirección política del ayuntamiento, la mayor parte de las competencias administrativas (art. 21 LBRL), excepto las expresamente atribuidas al pleno. Es más, la cláusula de atribución residual de competencias es también en favor de la alcaldía (art. 21.1 s] LBRL). Frente a esta configuración competen-

23. STSJ de Asturias de 17 de marzo de 2022, ECLI:ES:TSJAS:2022:826.
24. STSJ de Galicia de 25 de junio de 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:2795.
25. Así: art. 62 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración de A Coruña, de 2 de noviembre de 2004, en el que se prohíbe la reiteración de controles sobre el mismo objeto; arts. 93 y 97.1 del Reglamento Orgánico Municipal del Ayuntamiento de Jerez, de 2009; art. 93 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Córdoba, publicado el 16 de febrero de 2009; arts. 106.2 y 3 del Reglamento Orgánico Municipal de Zaragoza, de 26 de noviembre de 2004.

cial, la LMMGL limitó las competencias de la alcaldía a las más propiamente gubernativas o de *indirizzo* político. El poder real del alcalde o alcaldesa no vendría de las concretas competencias atribuidas por la LBRL, sino de su condición de *presidente/a* de la junta de gobierno local, cuya composición decide libremente y que concentra la mayoría de las decisiones administrativas (y algunas gubernativas o políticas) del ayuntamiento.

29. Transcurridos veinte años desde la aprobación de la LMMGL, el énfasis legal en la *función presidencial* del alcalde (del pleno y, sobre todo, de la junta de gobierno) ha producido algunas distorsiones. En primer lugar, la fragmentación política del pleno municipal en buena parte de los ayuntamientos[26], fenómeno secundario en el momento de aprobación de la LMMGL y que solamente parece haberse frenado en las últimas elecciones municipales de 2023, también ha traído consigo *juntas de gobierno fragmentadas* (formadas por concejales de varios grupos municipales) y debilitadas ante el pleno, ante el que con frecuencia se encuentran en minoría. En un contexto de fragmentación política, la preeminencia del alcalde o la alcaldesa —como presidente/a del pleno y de la junta de gobierno— también se debilita. Sin atribuciones propiamente decisorias, la posición institucional del alcalde depende de su protagonismo político real (como líder del grupo municipal mayoritario en el pleno). Sin una mayoría plenaria clara, la simple presidencia de la junta de gobierno difumina la posición institucional del alcalde: porque el pleno puede obstaculizar la actividad de la junta de gobierno (por ejemplo, rechazando el presupuesto anual propuesto por la junta), y porque carece de un dominio pleno sobre la junta de gobierno (cuando esta está integrada por concejales de distintas candidaturas). En este contexto es oportuno plantearse, en una eventual reforma del título X de la LBRL, la posible reserva de algunas concretas atribuciones gubernativas y administrativas en favor de la alcaldía[27].

3.3
Junta de gobierno

30. En el sistema de gobierno local definido por la LMMGL, la junta de gobierno concentra la mayoría de las competencias administrativas municipales, antes atribuidas al pleno o a la alcaldía. En relación con esta configuración funcional de la junta de gobierno se plantean dos cuestiones: la idoneidad de la junta de gobierno para el ejercicio de competencias administrativas o aplicativas; y una

26. Navarro *et al.* (2019: 41).
27. Velasco Caballero (2022: 131).

posible ampliación adicional de las atribuciones de la junta de gobierno. Como en seguida se explica, se puede plantear una ampliación de las competencias gubernativas y administrativas de la junta de gobierno (en perjuicio del pleno). Pero esta posibilidad solo tiene pleno sentido si, simultáneamente, se facilita la desconcentración de las competencias administrativas de la junta en órganos administrativos municipales (como direcciones y coordinaciones generales).

31. Aunque el reforzamiento competencial de la junta de gobierno se inspira en la forma de gobierno parlamentaria, propia del Estado y de las comunidades autónomas, lo cierto es que en este caso son importantes las *diferencias estructurales* con el patrón estatal y autonómico. En el Estado, el Consejo de Ministros es titular de importantes competencias claramente políticas o gubernativas (como la aprobación de reglamentos: art. 5.1 h] de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). Lo mismo puede decirse para los consejos de gobierno autonómicos. Estos órganos gubernativos también ejercen competencias aplicativas o administrativas, pero estas son mucho más reducidas. Esto es, el funcionamiento administrativo ordinario del Estado no se residencia en el Consejo de Ministros. Algo similar —aunque de forma más matizada— se pude decir de los consejos de gobierno autonómicos. En el Estado y las comunidades autónomas, la función administrativa se ejerce de ordinario por los diversos órganos, jerárquicamente ordenados, que integran los ministerios y las consejerías autonómicas (secretarías de Estado, subsecretarías, secretarías generales, subsecretarías, viceconsejerías, direcciones y subdirecciones generales) conforme a las *competencias propias* que directamente les atribuyen las leyes. Las competencias de cada ministerio o consejería se asignan por las leyes y los reglamentos con un criterio sectorial, lo cual impide una alta concentración de funciones en un mismo órgano (ministerio o consejería), y se restringe la necesidad de posteriores traslados competenciales, en forma de desconcentración o de delegación.

32. Respecto de este patrón competencial —estatal y autonómico— son importantes las diferencias con el sistema de gobierno de los municipios de gran población. Para empezar, el art. 127.1 LBRL solo atribuye competencias gubernativas o administrativas *propias* a la junta de gobierno, y no otros órganos jerárquicamente dependientes. Las *áreas de gobierno*, coordinaciones y direcciones generales municipales, aunque están normalmente previstas en los reglamentos orgánicos y existen en la práctica (*infra* § 49), no son verdaderos órganos municipales con competencias propias. De esta manera la junta de gobierno local es *doblemente concentrada*, en sentido vertical y horizontal: es titular de la mayoría de las competencias administrativas (pues la ley no atribuye competencias propias a ningún órgano interno o dependiente de la junta); y lo es en todas las materias sectoriales (urbanismo, movilidad,

servicios sociales, etc.). Esa alta concentración de funciones tiene dos efectos inmediatos: que decisiones normalmente administrativas (esto es, aplicativas) se ejercen por un *órgano colegiado con posible composición política plural* (en el caso de las juntas de gobierno en coalición); y que son inevitables *delegaciones masivas* de las juntas de gobierno en distintos concejales (los que integran la propia junta o los que presiden las juntas de distrito).

33. La concentración de competencias en la junta de gobierno es comprensible para *decisiones políticas o gubernativas*, pero no para decisiones aplicativas. Dado que la junta de gobierno ha de estar necesariamente integrada por concejales, y que cada uno de ellos cuenta con legitimidad democrática directa (por su elección directa en las elecciones locales), tiene pleno sentido que también la junta de gobierno, como el pleno, cuente con algunas competencias netamente políticas o gubernativas, como la aprobación del proyecto de presupuestos (art. 127.1 b] LBRL). Pero tiene ya mucho menos sentido que la junta de gobierno adopte *decisiones administrativas*, sobre todo allí donde la ley y los reglamentos sectoriales regulan con minucia el ejercicio de estas competencias administrativas sin reconocer ámbitos de discrecionalidad o, todo lo más, reconociendo márgenes de apreciación técnica que han de ser integrados con conocimiento experto, no mediante criterios políticos.

34. En segundo lugar, dada la altísima concentración de competencias sectoriales en la junta de gobierno, dado también que es el art. 127.1 LBRL quien atribuye directamente competencias a la junta de gobierno, y a falta de una autorización expresa de desconcentraciones en la propia ley (a diferencia de lo que sí prevén, para Madrid y Barcelona, los arts. 14.4, 17.2 y 53.2. LCREM, y los arts. 13.2 y 46.1 LCMB), son imprescindibles *masivas delegaciones* competenciales en concretos concejales. Esta delegación masiva de competencias es una disfunción en el sistema administrativo. Por principio, el art. 103.3 CE opta por la descentralización y desconcentración de competencias, y nada dice de la delegación. Esta opción constitucional no es baladí: busca una distribución previsible y equilibrada de las competencias administrativas, lo que no garantiza por sí la delegación de atribuciones. Como es tradicional en derecho administrativo, y ahora regula expresamente el art. 9.4 LRJSP, mediante la delegación (orgánica) de atribuciones un órgano actúa en nombre de otro. Por tanto, no con autonomía y responsabilidad propia, sino en representación del órgano titular de la competencia. La delegación distribuye el ejercicio de competencias de manera *coyuntural*, no estable ni previsible, mutable por un simple acto de contrario imperio (revocación de la delegación) por parte del titular de la competencia. Igualmente, la delegación esteriliza el recurso de alzada, cuando quien delega es un órgano que agota la vía administrativa (como ocurre con la junta de

gobierno *ex* art. 52.2 LBRL), lo cual lleva a la instrumentalización ordinaria del recurso voluntario de reposición como medio de control (por la junta de gobierno) de las decisiones de los concejales delegados.

35. La situación competencial descrita, en la que la junta de gobierno concentra verticalmente las competencias administrativas municipales, merece una reconsideración legislativa. Dada la autonomía organizativa que es propia de los municipios, conforme al art. 137 CE, no corresponde a la LBRL (ni a las leyes autonómicas de régimen local) distribuir las actuales competencias de la junta de gobierno entre áreas de gobierno. Corresponde a la LBRL, únicamente, abrir la posibilidad de que cada ayuntamiento cuente con departamentos sectoriales (áreas de gobierno, coordinaciones generales, direcciones generales) que ejerzan competencias desconcentradas, conforme a la regulación contenida en el reglamento orgánico de cada ayuntamiento. En todo caso, la concreta desconcentración de cada ayuntamiento (el número y atribuciones concretas de cada departamento) ha de ser una opción organizativa (normativa) de la junta de gobierno, no del pleno municipal, ni siquiera del reglamento orgánico municipal.

36. Una segunda orientación para una posible reforma del título X de la LBRL consiste en expandir aún más —con las matizaciones que ya se han hecho en relación con la alcaldía— el *protagonismo de la junta de gobierno* (frente al pleno) en el ejercicio de competencias administrativas. En coherencia con lo dicho en los párrafos anteriores, esta ampliación competencial solo tiene verdadero sentido si va en paralelo a una posible desconcentración vertical de esas competencias en áreas de gobierno, coordinaciones o direcciones generales. Pues en otro caso, la ampliación competencial agudizaría los inconvenientes de un órgano político colegiado adoptando decisiones administrativas. En el contexto de una junta de gobierno con competencias desconcentrables, se puede plantear la extensión a todos los municipios de gran población del régimen especial ya existente en la ciudad de Madrid. Así, por ejemplo, siguiendo el modelo del art. 17.1 *e)* LCREM, se podrían relocalizar en la junta de gobierno las competencias patrimoniales y demaniales que actualmente aún corresponden al pleno. También, la ampliación competencial de la junta de gobierno puede consistir en asignar expresamente a este órgano algunas funciones que las *leyes administrativas generales* asignan al pleno. Es el caso de la creación de centrales de contratación por las entidades locales, que el art. 228 LCSP atribuye directamente al pleno. Y lo mismo ocurre con el art. 17.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), que atribuye al pleno (por ordenanza) la aprobación de las bases reguladoras de las subvenciones locales.

4
Distritos

37. El art. 128 LBRL, introducido por la LMMGL, impone a los municipios de gran población la creación de distritos. E impone también algunas reglas específicas sobre su estructura y funcionamiento: deben contar con órganos de gestión desconcentrada; tienen por cometido el impulso y desarrollo de la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales; no pueden afectar a la unidad de gobierno y gestión del municipio; se crean y regulan por el pleno, por medio de reglamento orgánico; el reglamento orgánico debe indicar el porcentaje mínimo de los recursos presupuestarios de la corporación que deberán gestionarse por los distritos, en su conjunto; y la presidencia del distrito debe corresponder siempre a un concejal.

38. Aunque el art. 128 LBRL se refiere expresamente a los distritos, lo cierto es que el distrito en sí mismo carece de verdadera entidad organizativa. En puridad, el distrito es una *demarcación o división territorial*[28]. Así se dice con claridad tanto en el art. 109.2 de la Ley andaluza 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local, como, en el nivel normativo municipal, en el art. 2 del Reglamento Orgánico 6/2021, de 1 de junio, de los distritos del Ayuntamiento de Madrid. En esa demarcación territorial se desarrollan dos actividades públicas: *gestión administrativa* y ejercicio de *facultades decisorias*. Desde el punto de vista organizativo hay "órganos territoriales" para cada distrito (concejal-presidente, gerente, junta de distrito, consejo territorial), pero el distrito como tal no es una entidad orgánica. Por otro lado, hablar de los órganos de los distritos como Administración municipal desconcentrada no remite a un concreto régimen jurídico. Desconcentración significa aquí, simplemente, que existe una organización administrativa específica para actuar en una demarcación territorial concreta. En consecuencia, la actividad de gestión y las decisiones que se adoptan en el ámbito territorial de cada distrito no se rigen —o no necesariamente— por el parco régimen jurídico de la *desconcentración* (art. 8.2 LRJSP). Más bien, lo ordinario es que los órganos con poder decisorio en los distritos actúen por *delegación*, conforme al art. 9 LRJSP y a las reglas especiales para las delegaciones municipales de los arts. 124.5 y 127.2 LBRL y de los reglamentos orgánicos municipales.

39. Pese a las apariencias, la configuración orgánica y funcional de los distritos es una tarea jurídicamente muy compleja. Hay que tener en cuenta que, por principio, la regulación del reglamento orgánico ha de ser compati-

28. Galindo Caldés (2014: 39).

ble con la unidad de gobierno en el ayuntamiento[29]. Es cierto que los distritos se crean y regulan por el pleno, a través de *reglamentos orgánicos* (art. 123.1 c] LBRL). Mas esta competencia normativa del pleno no puede afectar a las competencias de la junta de gobierno y la alcaldía, atribuidas directamente por la LBRL y por las leyes que la complementan o desarrollan. Según esto, y pese a lo que parecen sugerir el art. 123.1 c) LBRL y numerosos reglamentos orgánicos de los distritos, el reglamento orgánico no puede atribuir a los órganos de los distritos competencias propias de la alcaldía o de la junta de gobierno. Hay que entender que el reglamento orgánico municipal bien puede delimitar los ámbitos o materias de actuación municipal característicos de los distritos; y puede regular también el régimen de gestión o funcionamiento interno del distrito. Pero no puede atribuir *competencias decisorias* a los órganos del distrito, pues la distribución de estas competencias (entre la alcaldía y la junta de gobierno) ya está definida en las leyes, y solo por medio de una delegación de estos órganos de gobierno es posible el traslado de su ejercicio a otros órganos municipales (arts. 124.5 y 127.2 LBRL)[30].

40. En este punto es conveniente diferenciar entre *gestión administrativa* y *poder decisorio*. Desde la perspectiva de la *gestión administrativa*, lo característico de los distritos es la existencia de unidades o servicios que actúan en la demarcación territorial de cada distrito. Estas estructuras administrativas se identifican en los correspondientes organigramas o relaciones de puestos de trabajo. En este sentido, el distrito es el contrapunto organizativo a las *áreas de gobierno* (*infra* § 49), que son estructuras administrativas concentradas. De manera que cuanto más numerosas sean las tareas administrativas de las áreas de gobierno, más reducidas serán las de los distritos (y viceversa). Mediante la creación de los distritos y su regulación en el correspondiente reglamento orgánico municipal, los órganos y unidades administrativas del distrito pueden desarrollar actividades de *gestión administrativa*: tramitar expedientes, inspeccionar, emitir informes, proponer actuaciones, etc. Pero no pueden ejercer ninguna de las *funciones decisorias* que las leyes atribuyen a la alcaldía, a la junta de gobierno y al propio pleno. A lo sumo, los órganos del distrito pueden ejercer directamente —por atribución inmediata del reglamento orgánico— las funciones decisorias internas para la dirección de las unidades administrativas del distrito: fijación de objetivos administrativos para los distintos servicios, asignación de recursos, o dirección del personal sin perjuicio de la jefatura última del alcalde. Pero

29. Galindo Caldés (2014: 309); Font i Llovet (2016: 99).
30. En este sentido: art. 56.2 e) del Reglamento Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de L'Hospitalet, de 27 de diciembre de 2011.

más allá de este poder interno de dirección administrativa, ningún órgano del distrito puede adoptar decisiones que, conforme a los arts. 124 y 127 LBRL y las demás leyes generales y autonómicas (tanto generales como sectoriales), corresponden a la alcaldía y la junta de gobierno. Solo mediando *delegación expresa* de esos órganos de gobierno es posible que los órganos del distrito ejerzan competencias decisorias.

41. Cuestión distinta es que el reglamento orgánico municipal, al regular los distritos mediante reglamento orgánico, establezca alguna suerte de *participación funcional* de la junta de distrito (órgano representativo de los intereses de los vecinos y que no ejerce funciones delegadas) en el procedimiento de toma de decisiones del concejal-presidente o del gerente del distrito, decisiones que necesariamente se adoptan por delegación. Así ocurre, por ejemplo, si el reglamento orgánico determina que la junta de distrito puede remitir *propuestas* al concejal-presidente, o que la junta ha de ser *oída* antes de que el concejal-presidente adopte una decisión. En ambos casos, tales participaciones de la junta de distrito serían trámites en un procedimiento administrativo decisorio[31], cuya regulación corresponde al pleno por su competencia para aprobar el reglamento orgánico municipal (art. 123.1 c] LBRL). Pero no sería lícito que el pleno, al aprobar el reglamento orgánico, estableciera alguna suerte de informe obstativo o vinculante de la junta de distrito. Pues tal informe supondría la compartición de la competencia del concejal-presidente o el gerente (que actúan por delegación) con la junta de distrito (como órgano propio y representativo de los intereses de los vecinos). Y recordemos entonces que tal competencia está atribuida por la ley a la alcaldía o la junta de gobierno y solo es delegable por decisión del propio órgano titular de la competencia. Cuestionable es también, a mi juicio, el art. 64.2 a) del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, cuando establece que las decisiones del concejal-presidente del distrito deben ser "de acuerdo con las decisiones adoptadas por el órgano de participación". Si el concejal-presidente del distrito ejerce competencias decisorias por delegación (de la alcaldía o la junta de gobierno), no puede el pleno imponer que el ejercicio de aquellas competencias delegadas —que son propias de la alcaldía o la junta de gobierno— se vincule a los acuerdos de un órgano de participación creado por el propio pleno.

42. Vistas las dificultades jurídicas inherentes a la configuración jurídica de los distritos, y teniendo en cuenta las muy distintas dimensiones de los municipios a los que se aplica el título X de la LBRL, se puede comprender

31. Font i Llovet (2016: 117).

que en términos generales la implantación de los distritos, impuesta por el art. 128 LBRL, sea más bien discreta. A día de hoy, se pueden diferenciar tres grupos de ayuntamientos de gran población:

a) Están, en primer lugar, los ayuntamientos que *ya contaban con distritos*, y que simplemente los han mantenido, aunque han aprobado nuevos reglamentos orgánicos (de distritos y/o de participación ciudadana) para actualizar su estructura y funcionamiento. Este es el caso, por ejemplo, de Bilbao[32].

b) Están, en segundo lugar, los ayuntamientos que formalmente han regulado los distritos por reglamento orgánico, pero que *no los han creado* de forma efectiva. Así ocurre, por ejemplo, en Las Rozas, A Coruña o Talavera de la Reina[33]. Extremo y excepcional es el caso de Valladolid, donde no hay constancia ni normativa ni efectiva de los distritos.

c) Y están, en tercer lugar, los ayuntamientos que no contaban con distritos antes de la aprobación del art. 128 LBRL y que ahora los han regulado y *creado efectivamente*. Aún dentro de este grupo se podría distinguir entre los ayuntamientos con distritos solo nominales, con escasa actividad[34] (como Jerez o Marbella), y los ayuntamientos en los que los distritos desarrollan efectivamente las tareas de gestión desconcentrada y participación ciudadana previstas en el art. 128 LBRL. También, allí donde efectivamente existen los distritos, se puede dar un mayor despliegue de la dimensión participativa y deliberante de los distritos (incluso articulada a través de órganos paralelos a las juntas de distrito, como la que se despliega en los consejos y asambleas de los distritos de Córdoba) que de la dimensión gestora o decisoria de los órganos distritales (más relevante, por ejemplo, en los distritos de Zaragoza).

43. Una regla novedosa, contenida en el art. 128.4 LBRL, es la exigencia de un "porcentaje mínimo de los recursos presupuestarios de la corporación que deberán gestionarse por los distritos, en su conjunto". En ocasiones, este porcentaje se ha incluido en el propio reglamento orgánico municipal[35]. En términos generales, los reglamentos orgánicos de los grandes municipios no han asignado un *porcentaje relevante de ingresos* para su gestión por

32. Zurita Laguna (2007: 445).

33. El Ayuntamiento de Las Rozas regula los distritos en los arts. 152 a 158 de su Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración, de 13 de marzo de 2020, pero no hay constancia de su efectiva existencia. Lo mismo ocurre con el Ayuntamiento de A Coruña, que regula los distritos en los arts. 22 a 49 del Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana de 2002, pero donde, pese a las propuestas formuladas en 2016, los distritos aún no se han creado efectivamente. Y también es el caso de Talavera de la Reina, que regula los distritos en el art. 45 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración, de 3 de septiembre de 2020, pero sin que haya constancia de su efectiva existencia.

34. Galindo Caldés (2014: 159).

35. El 1 por ciento de los "ingresos ordinarios" del Ayuntamiento, en el caso del art. 55.3 del Reglamento Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de L'Hospitalet, de 27 de diciembre de 2011.

los órganos desconcentrados de los distritos. Además, el nivel de cumplimiento real de esos porcentajes, cuando los hay, es más que dudoso. Esto se debe, en parte, a la difusa estructura orgánica de los distritos (*supra* § 39), inadecuada para la gestión de un alto número de créditos de gasto, y en parte también a una notable inercia de actuación municipal concentrada, a través de concejalías delegadas sectoriales o áreas de gobierno. Con notoria frecuencia, para justificar el cumplimiento de la reserva de recursos presupuestarios del art. 128.4 LBRL (y del correspondiente reglamento orgánico en el que se fija el porcentaje concreto de gasto presupuestario de los distritos), los ayuntamientos *computan conjuntamente* programas de gasto cuya gestión efectivamente corresponde a órganos distritales y programas de gasto con gestión concentrada (en concejalías delegadas o áreas de gobierno), pero con proyección directa sobre los distritos o donde se tienen en cuenta las preferencias o solicitudes indicadas por los órganos participativos del distrito. Dado el tenor literal del art. 128.4 LBRL, que alude a la gestión de recursos presupuestarios "por" y no "en" los distritos, podría considerarse *a priori* que esta práctica municipal es inválida. Sin embargo, con escasa e imprecisa argumentación la jurisprudencia acepta que en el cómputo de los recursos presupuestarios distritales efectivamente se tengan en cuenta tanto los *gastos directos* de los distritos (los acordados por los concejales-presidentes de distrito y gerentes) como los gastos *indirectos* (los acordados por órganos municipales centrales, aunque con efectos o proyección territorial)[36].

44. En la actualidad, existe una cierta dificultad práctica en la articulación de la actividad de los órganos de los distritos y las *entidades instrumentales* del ayuntamiento, como organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades y fundaciones municipales. Por de pronto, se echa en falta que las juntas de distrito puedan participar en las políticas municipales diseñadas o ejecutadas por los entes instrumentales municipales. De hecho, buena parte de las políticas municipales se articulan a través de los entes instrumentales, fenómeno que se ha ido incrementando en detrimento de las competencias de los órganos de los distritos. Una posible reforma, asequible para el correspondiente reglamento orgánico, podría consistir en exigir una consulta previa por parte de los entes instrumentales en relación con actuaciones con impacto significativo en un concreto distrito.

36. STS de 24 de junio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2075. La sentencia se refiere al Ayuntamiento de Murcia, cuyo Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana (art. 40) reserva un 8 por ciento de los recursos municipales a los distritos, pero que acredita que los órganos distritales solo gestionan el 3.3 por ciento del total del presupuesto impugnado, no estando acreditado que mediante el gasto indirecto autorizado por el presupuesto (para su gestión por órganos municipales concentrados) se alcance el 8 por ciento prescrito.

5
Organización administrativa

5.1
Secretaría municipal

45. Como es sabido, el título X de la LBRL quebró la *unidad de la secretaría general municipal*, diferenciando la secretaría general del pleno y el "órgano de apoyo" a la secretaría de la junta de gobierno local (arts. 122.5 y 126.4 LBRL). Además, el art. 129.1 LBRL impone para los municipios de gran población la existencia de una asesoría jurídica, "responsable de la asistencia jurídica al alcalde, a la junta de gobierno local y a los órganos directivos". Esta diversidad orgánica plantea algunas dificultades de eficiencia organizativa y de delimitación funcional. Formalmente, el art. 122.2 e) y la disposición adicional octava e) LBRL deslindan las funciones de asesoramiento jurídico y de fe pública entre la secretaría general del pleno y el "órgano de apoyo". Pero esto no impide que, al menos para la función de asesoramiento jurídico, un mismo asunto pueda ser informado por los dos órganos, aunque con distinta perspectiva y efectos. Así se deduce claramente del art. 98 del Reglamento Orgánico de Valladolid, de 29 de noviembre de 2019, que asigna ampliamente a la secretaría general del pleno "la coordinación de las tareas burocráticas que desarrollan los distintos servicios municipales en los aspectos jurídico-administrativos relacionados con materias de competencia plenaria".

46. La experiencia práctica muestra que la *escisión* orgánica no siempre ha sido eficiente. Esto explica la existencia de ayuntamientos de gran población donde de hecho los dos puestos de secretaría se ejercen por el mismo funcionario con habilitación nacional: bien porque el secretario general del pleno ejerce "provisional" o accidentalmente las funciones propias del órgano de apoyo a la junta de gobierno (es el caso del Ayuntamiento de Jerez), bien porque el director de la "oficina de apoyo" actúa como secretario general del pleno en funciones[37]. En este punto es recomendable que, en una eventual reforma del título X de la LBRL, la distinción entre la secretaría general del pleno y el "órgano de apoyo al secretario de la junta de gobierno" (denominado "secretaría técnica de la junta de gobierno" en algunos ayuntamientos) resulte potestativa —no imperativa— para cada ayuntamiento, a través del correspondiente reglamento orgánico municipal.

37. Así está previsto en el art. 22 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, de 13 de marzo de 2020.

47. La diversificación orgánica se hace aún más compleja a la vista de la existencia necesaria de una *asesoría jurídica* (art. 129.1 LBRL), que en los municipios de régimen común no tiene sustancia orgánica, sino que normalmente es solo una función propia de la secretaría general. La existencia necesaria de la asesoría jurídica fácilmente puede llevar a que, para un mismo asunto, aumenten las contradicciones con los criterios jurídicos de la secretaría general y del "órgano de apoyo" a la secretaría de la junta de gobierno. Solo en relación con la *contratación* municipal se puede considerar que la disposición adicional octava e) LBRL ha delimitado con mayor precisión las atribuciones de informe jurídico, a favor de la asesoría jurídica (y excluyendo por tanto, al menos en principio, que sobre concretos expedientes de contratación se pronuncien la secretaría general del pleno o el "órgano de apoyo"). Detrás de la posible concurrencia funcional de varios órganos de asesoramiento está no solo la distinta posición institucional de los diferentes órganos de asesoramiento (al servicio de distintos órganos municipales de gobierno), sino también la distinta configuración funcionarial de los tres órganos. Mientras que la titularidad de la secretaría general del pleno y del "órgano de apoyo" está reservada a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (arts. 122.5 y 126.4 LBRL), la titularidad de la asesoría jurídica, con distinta denominación en cada ayuntamiento (como oficial mayor en A Coruña o director de la oficina de la junta de gobierno en Córdoba)[38], puede corresponder a otros funcionarios del grupo A-1 (art. 129.2 b] LBRL).

5.2
Comisión especial de sugerencias y reclamaciones

48. El art. 132 LBRL impone a todos los municipios de gran población la existencia de una comisión especial de sugerencias y reclamaciones, creada por el pleno. Aunque es más que discutible el carácter básico de esta comisión especial, lo cierto es que tal calificación fue aceptada por el Tribunal Constitucional (STC 103/2013, FJ 5). Por otro lado, aunque la LMMGL no establece expresamente que se trate de una comisión del pleno (y de hecho, no está regulada en el art. 122 LBRL, relativo a la organización del pleno), este parece ser un entendimiento común, y como tal se ha regulado normalmente en

38. Art. 133 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración de A Coruña, de 2 de noviembre de 2004; art. 65.2 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Córdoba, publicado el 16 de febrero de 2009.

los correspondientes reglamentos orgánicos municipales[39]. Ello no obstante, aunque se comprueba la creación normativa de dicha comisión, no siempre consta su efectiva existencia (*sic*), ni el desarrollo de actividad alguna[40]. Además, en algunos ayuntamientos de gran población las funciones de la comisión especial de sugerencias y reclamaciones se ejercen en paralelo por un órgano unipersonal (no colegiado) que ocupa parte del espacio funcional de la comisión especial impuesta por el art. 132 LBRL[41]. Este órgano unipersonal, aunque puede estar vinculado al pleno, claramente no es una comisión del pleno, como parecía establecer el art. 132 LBRL.

5.3
Áreas de gobierno

49. De forma indirecta, al regular las atribuciones del pleno, el art. 123.1 c) LBRL hace referencia a la existencia de "grandes áreas de gobierno, los coordinadores generales, dependientes directamente de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordinación de las distintas direcciones generales". El propio art. 123.1 c) LBRL reserva al reglamento orgánico la regulación de las "áreas de gobierno", si bien su existencia efectiva, su número y estructura interna es una decisión organizativa de la alcaldía. Las mencionadas áreas de gobierno ya estaban presentes con anterioridad en los reglamentos orgánicos de algunos grandes municipios, como Madrid (regulación que ahora es de rango legal, en el art. 14.3 h] LCREM). Ahora, si bien no se trata de una estructura organizativa preceptiva, se ha extendido a la mayoría de las grandes ciudades, y está regulada expresamente en los

39. Art. 1 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración de A Coruña, de 2 de noviembre de 2004; art. 126 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Córdoba, publicado el 16 de febrero de 2009; art. 81.2 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Valladolid, de 28 de noviembre de 2019; art. 99 del Reglamento Orgánico del Pleno y Comisiones del Ayuntamiento de Marbella, de 27 de julio de 2018.

40. Así, el art. 166 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración de Las Rozas, de 13 de marzo de 2020, expresamente regula las funciones de la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones, pero en el portal de transparencia del Ayuntamiento no consta su existencia (junto a las demás comisiones permanentes del pleno), ni hay noticia alguna de actividad. Algo similar se puede decir en relación con el art. 2 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración de Talavera de la Reina, de 3 de septiembre de 2020.

41. Es el caso de la *Síndic de Greuges* del Ayuntamiento de L'Hospitalet, que actúa como una primera instancia de la comisión especial de sugerencias y reclamaciones, conforme al art. 26.1 del Reglamento Orgánico de los órganos de defensa de la ciudadanía ante el Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat: síndico/a y comisión de sugerencias y reclamaciones, de 28 de julio de 2017. En el Ayuntamiento de A Coruña está previsto el defensor del vecino (art. 113 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración, de 3 de septiembre de 2020, que remite a un reglamento orgánico independiente), si bien no consta la existencia efectiva de este órgano.

correspondientes reglamentos orgánicos, aunque su relevancia real es muy diversa.

50. En sentido estricto, las áreas de gobierno no cuentan con competencias propias porque, a diferencia de lo que ocurre con los ministerios en el Estado y con las consejerías autonómicas, todas las atribuciones de los concejales y los órganos directivos derivan de *decretos de delegación o desconcentración* de la junta de gobierno o la alcaldía[42]. En consecuencia, las áreas de gobierno no definen por sí las funciones de los concejales y demás cargos directivos, sino que, por el contrario, el ámbito funcional de las áreas de gobierno resulta de las delegaciones y desconcentraciones con las que cuenten los concejales que dirigen cada área.

51. Las áreas de gobierno se estructuran a través de dos órganos directivos, ambos expresamente previstos en el art. 130.1 B) LBRL: *coordinadores y directores generales*. Como excepción, en Bilbao las coordinaciones generales no se integran en áreas de gobierno, sino que aquellas son las estructuras de mayor nivel (y de ellas forman parte áreas sectoriales más acotadas). También es singular el Ayuntamiento de Zaragoza, donde cada área de gobierno tiene varios concejales delegados, aunque un solo coordinador para toda el área (art. 154.2 del Reglamento Orgánico Municipal, de 26 de noviembre de 2004). Tanto los coordinadores como los directores generales siguen las instrucciones del correspondiente concejal delegado (o en su caso, de la alcaldía). Normalmente, los reglamentos orgánicos han regulado expresamente estos órganos directivos, y en esa regulación se reproduce la confusión común y estructural entre los *órganos directivos* (las coordinaciones y direcciones generales) y el régimen de empleo de las *personas* que ejercen las funciones propias del órgano (coordinador general o director general). Así, por ejemplo, el art. 14.2 a) del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración de Córdoba (2009) habla de que "son órganos directivos ejecutivos las personas que [...]". La confusión es relevante porque en el art. 130.1 LBRL el *carácter directivo* de un órgano municipal define su posición respecto de los órganos superiores o de gobierno (a los que está sometido) y respecto de los demás órganos y unidades administrativas municipales (integrados o vinculados al correspondiente órgano directivo). En cambio, conforme al art. 13 del 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 (EBEP), el estatuto jurídico

42. Para las áreas de gobierno del Ayuntamiento de L'Hospitalet: art. 22.2 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración, de 25 de octubre de 2011; para Córdoba: art. 178.2 f) del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración, publicado el 16 de febrero de 2009; para Talavera de la Reina, art. 62 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración, de 3 de septiembre de 2020.

del directivo se refiere a la cualificación y selección del personal encargado de la dirección profesional de órganos o servicios administrativos. Se da así la paradoja de que, de acuerdo con el art. 130.3 LBRL, los órganos directivos municipales no se dirigen necesariamente por personal directivo profesional, en el sentido preciso del EBEP.

52. Sin perjuicio de la confusión normativa en torno a los órganos directivos, lo cierto es que en la mayoría de los ayuntamientos su despliegue efectivo ha sido beneficioso, allí donde no se ha utilizado como un instrumento clientelar de los partidos políticos gobernantes. Gracias a la previsión expresa de *delegaciones* de la junta de gobierno a favor de los coordinadores y directores generales (arts. 124.5 y 127.2 LBRL), y por tanto ya no solo a favor de los concejales, como sigue ocurriendo para los municipios de régimen común, ha sido posible liberar a los concejales de las múltiples funciones administrativas regladas. A su vez, esto ha permitido que una buena parte de las decisiones administrativas procedan de cargos públicos con legitimidad técnica o profesional, no política. En el caso de Barcelona y Madrid, sus leyes especiales prevén ya no solo la delegación, sino incluso la *desconcentración* de competencias de la alcaldía o la junta de gobierno en los coordinadores y delegados generales (art. 13.2 LCMB, y arts. 14.4 y 17.2 LECREM). Esto hace posible que los coordinadores y directores generales actúen ya no solo "en nombre de la junta de gobierno" (como es propio de la delegación conforme al art. 9.4 LRJSP), sino en ejercicio de competencias propias, que a su vez podrían ser delegadas en órganos inferiores (subdirectores generales, gerentes de distrito).

5.4
Tribunales económico-administrativos

53. Los tribunales económico-administrativos municipales (TEAM) son, probablemente, los órganos administrativos de creación obligatoria (art. 137.3 LBRL) que mejor rendimiento muestran a lo largo de los últimos veinte años. Esto explica su influencia en la propuesta general de extensión del modelo de órganos administrativos independientes a otras materias, como se exponía en el borrador de anteproyecto de Ley de Eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa[43] y como se explica en el estudio preparatorio de la actualización del régimen especial de Barcelona[44].

43. Ministerio de Justicia (2013: 27).
44. Velasco Caballero (2022: 138).

54. Su denominación más común es la de "tribunales", aunque hay algunas excepciones, como el Jurado Económico-administrativo de Fuengirola, el Consejo Económico-administrativo de Valladolid o la Junta de Reclamaciones Económico-administrativas de Zaragoza. En muchos ayuntamientos, la creación de estos tribunales, que había de hacerse necesariamente en el lapso de 6 meses conforme a la disposición transitoria primera de la LMMGL, *se ha retrasado* mucho en el tiempo. Así, San Cristóbal de la Laguna lo creó en 2018, Alicante lo ha creado en 2019, Torrejón de Ardoz en 2022, y Alcobendas en 2023. Y hay aún ayuntamientos de gran población que no cuentan con el TEAM preceptivo, como Ciudad Real, Albacete, Santiago de Compostela o Leganés. En el último año, probablemente como consecuencia del recurso de casación que enseguida se comenta, se ha acelerado la creación de los TEAM (tal es el caso de Santander o Las Rozas).

55. La inexistencia de TEAM en algunos municipios de gran población, aun siendo de creación preceptiva conforme al art. 137.3 LBRL, ha dado lugar, en los últimos años, a varios *recursos contencioso-administrativos*, en los que se planteaba precisamente la nulidad de liquidaciones o actos de ejecución tributaria que no habían podido ser impugnados en vía económico-administrativa, por inexistencia del correspondiente TEAM. Con carácter general, estos recursos han sido desestimados[45]. Pero en uno de aquellos recursos contenciosos, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Santander anuló la resolución municipal impugnada, motivando sucintamente que "[infringir] una previsión legal de obligado cumplimiento y omitir el derecho al recurso al recurrente en vía administrativa es determinante de la nulidad solicitada, debiendo la Administración haber facilitado el mismo"[46]. Recurrida esta sentencia en casación, en 2022 el Tribunal Supremo dictó auto de admisión a trámite[47]. A la espera de la respuesta final del Tribunal Supremo, es pronosticable una sentencia que declare la obligación legal de crear los TEAM, pero sin efectos anulatorios para las resoluciones municipales que no pudieron ser impugnadas ante TEAM aún inexistentes. En principio, difícilmente se puede considerar lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque en ausencia de TEAM

45. En sentido desestimatorio se pueden citar: Sentencia 12/2018 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Zaragoza, de 18 de enero de 2018 (ECLI: ES:JCA:2018:8504); Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2010 (ECLI:ES:TSJM:2010:12710); Sentencia núm. 4/2019 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Santander, de 17 de enero de 2019; Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 25 de septiembre de 2020.

46. Sentencia núm. 4010/2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Santander, de 23 de diciembre (ECLI:ES:JCA:2020:4010).

47. ATS 38/2022, de 12 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:38A).

las resoluciones municipales pueden ser directamente recurridas ante la jurisdicción contenciosa. En segundo lugar, si bien en el auto de admisión casacional no se ha discutido la legitimación procesal del recurrente, lo cierto es que lo cuestionado en casación no es una concreta liquidación tributaria, sino una omisión organizativa municipal, lo cual naturalmente puede llevar a un fallo condenatorio (a crear el TEAM legalmente preceptivo), pero no a anular actos municipales firmes que no pudieron ser impugnados en vía económico-administrativa (precisamente por inexistencia del TEAM).

56. El rendimiento real de los TEAM se puede observar a partir de las memorias que publican algunos de ellos. Tres son las conclusiones que se pueden extraer de estas memorias. En primer lugar, el *número de reclamaciones* es considerable, lo que muestra la percepción de utilidad del TEAM por parte de los ciudadanos. Así, por ejemplo, en 2022 el TEAM de Móstoles recibió 356 reclamaciones (244 referidas al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, IIVTNU), la Junta de Reclamaciones de Zaragoza registró 640 reclamaciones, y el TEAM de Toledo registró 152 recursos. La segunda conclusión es que la actividad resolutoria de los TEAM es muy cambiante (por etapas, recibe más recursos sobre el IIVTNU o sobre el impuesto sobre bienes inmuebles, IBI). Por último, el número de posteriores recursos contencioso-administrativos estimados es normalmente inferior a la media de todos los recursos en materia económico-administrativa (47 por ciento)[48]. Así, por ejemplo, en 2022 en Móstoles se recurrieron ante la jurisdicción contencioso-administrativa el 28.4 por ciento de las resoluciones desestimatorias del TEAM, siendo así que de estas se estimaron en vía judicial el 40.96 por ciento. En el caso de Toledo, el número de estimaciones contencioso-administrativas en 2022 fue aún menor (32.2 por ciento).

57. Una situación compleja se da en aquellos ayuntamientos que han delegado en la correspondiente *diputación provincial* la liquidación e inspección de los tributos municipales (conforme al art. 7 LHL), suprimiendo incluso el órgano municipal de gestión tributaria (que es potestativo según el art. 135.1 LBRL)[49]. En estos casos, dada la existencia imperativa de los tribunales económico-administrativos, hay que entender que las reclamaciones económico-administrativas frente a las resoluciones de gestión tributaria de las diputaciones provinciales, adoptadas por delegación, se han de resolver por el TEAM municipal. Aunque paradójico, este resultado no es jurídicamente objetable.

48. Los datos generales para 2022, para el conjunto de los recursos contenciosos contra las resoluciones de los órganos económico-administrativos estatales, autonómicos y locales, en Martínez Sánchez (2023: 115).

49. Así, en el Ayuntamiento de L'Hospitalet, por acuerdo plenario de 9 de octubre de 2020.

6
Bibliografía

Agudo González, J. (2012). La regulación de las capitales regionales y su trascendencia a nivel territorial. *Cuadernos de Derecho Local*, 30, 87-110.

Caamaño Domínguez, F. (2004). Autonomía local y Constitución. Razones para recuperar la causalidad perdida. *Anuario del Gobierno Local 2003*, 47-70.

Carbonell Porras, E. (2009). Los municipios de gran población, cinco años después. *Revista General de Derecho Administrativo*, 20.

Díez Sastre, S. (2019). Las formas de gobierno local tras cuarenta años de ayuntamientos democráticos: evolución y retos. *Documentación Administrativa*, 6, 114-128.

— (2023). El tratamiento de las grandes ciudades y la actualización del régimen local de Barcelona. En T. Font i Llovet (dir.). *Repensar el govern local: perspectives actuals* (pp. 41-64). Barcelona: Institut d'Estudis de l'Autogovern.

Font i Llovet, T. (2016). Los distritos en la organización municipal: descentralización y regeneración democrática. *Anuario de Derecho Municipal 2015*, 9, 97-122.

Font i Llovet, T. y Galán Galán, A. (2015). Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización. *Anuario del Gobierno Local 2014*, 17-42.

Galán Galán, A. (2004). El régimen especial de los municipios de gran población. *Anuario del Gobierno Local 2003*, 143-176.

Galindo Caldés, R. L. (2014). *La organización territorial en los municipios: los distritos*. Granada: CEMCI.

Jiménez Asensio, R. (2001). La forma de gobierno local: ¿cambio o continuidad? *Anuario del Gobierno Local 1999/2000*, 137-158.

Martínez Sánchez, C. (2023). Estudio empírico del funcionamiento de la vía económico-administrativa y contencioso-administrativa en materia tributaria. En A. Egea de Haro (dir.). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022* (pp. 67-118). Madrid: Centro de Estudios sobre Justicia Administrativa (UAM).

Ministerio de Justicia. (2013). *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*.

Navarro Gómez, C., Velasco Caballero, F. y Zagórski, P. (2019). Cuarenta años de elecciones municipales: el sistema electoral y su rendimiento. *Anuario de Derecho Municipal 2018*, 12, 23-49.

Parejo Alfonso, L. (2018). *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*. Madrid: Iustel.

Rebollo Puig, M. (2018). Comentario al artículo 140: La organización municipal. En M. Rodríguez-Piñero y M.ª E. Casas Baamonde (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española* (tomo II, pp. 1035-1051). Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Rodríguez de Santiago, J. M.ª (2023). Fuentes del derecho administrativo. En F. Velasco Caballero y M. M. Darnaculleta Gardella (dirs.). *Manual de Derecho Administrativo* (pp. 153-173). Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.

Rodríguez Marcos, G. (2017). Solicitud de aplicación del régimen jurídico de los municipios de gran población. *Anuario de Derecho Municipal 2016*, 10, 461-478.

Salazar Benítez, O. (2007). *El sistema de gobierno municipal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Velasco Caballero, F. (2019). La forma de gobierno municipal. *Anuario del Gobierno Local 2018*, 47-92.

— (2022). Órganos de gobierno. Potestad de autoorganización. Distritos. Organización municipal. Forma de gestión de los servicios. En T. Font i Llovet (dir.). *La Carta Municipal de Barcelona y el Dret de la Ciutat. Ayuntamiento de Barcelona* (pp. 115-151). Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.

Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. (2008). Sobre la forma de gobierno de Barcelona: régimen jurídico de las resoluciones administrativas del Consejo Municipal. *Cuadernos de Derecho Local*, 7, 49-69.

Zurita Laguna, Á. (2007). Los distritos de la villa de Bilbao. En C. Prieto Romero y A. Galán Galán (coords.). *Los Distritos: Gobiernos de Proximidad* (pp. 443-465). Madrid: Thomson-Civitas.

Ámbito de aplicación del régimen de los municipios de gran población

Silvia del Saz
Catedrática de Derecho Administrativo.
UNED

1. **El largo camino hasta el régimen organizativo especial de los grandes núcleos urbanos**
2. **La falta de conexión de los criterios utilizados para la aplicación del régimen de municipios de gran población con la finalidad de la reforma**
3. **La aplicación forzosa del régimen especial y la congelación del régimen especial a pesar de la pérdida de población**
4. **La aplicación voluntaria del régimen especial**
5. **Bibliografía**

Resumen

Se aborda en este trabajo el ámbito de aplicación del régimen organizativo de los municipios de gran población, poniendo de manifiesto cómo la gran reforma inicialmente pretendida únicamente para las grandes ciudades se convirtió en una reforma limitada al régimen organizativo que ya no afecta únicamente a los municipios de gran población, sino también a municipios medios para los que la organización complementaria preceptiva no tiene mucho sentido.

En este trabajo se analiza el proceso que finalmente permitió alumbrar el régimen organizativo específico de los municipios de gran población; los criterios que acoge la ley para determinar qué municipios pueden incorporarse a este régimen, y el carácter preceptivo o voluntario de su aplicación, analizando cuál ha sido su aplicación efectiva.

Artículo recibido el 18/09/2023; aceptado el 16/10/2023.

Palabras clave: *municipios de gran población; autonomía local; régimen organizativo; población; capitalidad; acto legislativo; ley singular.*

Scope of application of the legal framework of big cities

Abstract

The article addresses the scope of application of the organizational legal framework of big cities which initially was intended only for big cities rather than medium-sized municipalities, but nowadays the compulsory complementary organization is also applicable to the latter.

The article explores the process that built up the specific organizational legal framework of big cities; the criteria adopted by the legislation to determine which municipalities can join that legal framework; and, finally, the mandatory or voluntary nature of its application and its effectiveness.

Keywords: big cities; local autonomy; organizational legal framework; population; capital city; legislation; singular law.

1
El largo camino hasta el régimen organizativo especial de los grandes núcleos urbanos

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, vino a contemplar un régimen organizativo específico para los "municipios de gran población". Fue el término que utilizó el proyecto de ley para nombrar el nuevo título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y no el de "grandes ciudades". Lo hizo para evitar las suspicacias suscitadas entre los municipios que inicialmente no iban a tener encaje en este nuevo régimen especial. Pero el término acabó absolutamente alejado de la realidad, por cuanto el umbral de población no solo no fue el único parámetro escogido para su aplicación, sino que se rebajó para permitir el acceso a este régimen especial de ciudades no tan pobladas o de mediana población (Carbonell Porras, 2010: 132).

De hecho, en su exposición de motivos, la Ley de medidas para la modernización del gobierno local aún se refería, seguramente por descuido, a

las "mayores ciudades españolas", mientras que la exposición de motivos de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley de Haciendas locales, seguía utilizando el término "grandes urbes" para justificar el régimen especial de financiación de las ciudades comprendidas en el actual artículo 111 del Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, con una población de más de 75 000 habitantes, o las que fueran capitales de provincia, fuera cual fuera su población.

Lejos quedaba, así, el proyecto impulsado en la década anterior por el *lobby* de las siete grandes (Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Zaragoza, Málaga y Bilbao) para conseguir una ley de grandes ciudades que se aplicase a las que superaban el medio millón de habitantes, ya que aunque Bilbao no los tenía, sí los tenía sobradamente la conurbación urbana del Gran Bilbao. Una ley pensada para añadir competencias a las que ya venían desempeñando los municipios a costa de las autonómicas, con el consiguiente refuerzo de su financiación (Rodríguez Álvarez, 2002: 118). Un intento de diferenciación o régimen especial que fue pronto rechazado por el resto de municipios urbanos reunidos en la Federación Española de Municipios y Provincias, que no querían quedar atrás en esta estrategia de reforzamiento del Gobierno municipal.

Cuando, en octubre de 2001, el Informe sobre las grandes ciudades y áreas metropolitanas elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas se trasladó a la Comisión de Entidades Locales del Senado, este, al parecer, incluía la necesaria reforma organizativa.

Pero quedaba claro, a partir de las intervenciones que se produjeron en el seno de esta Comisión, que no se había renunciado a una ley de grandes ciudades y a la ampliación de competencias a partir de las asumidas por las comunidades autónomas, con la correlativa redistribución de la financiación autonómica y local para garantizar el ejercicio por las grandes ciudades de las nuevas competencias. Estaba también, como murmullo de fondo, el agravio comparativo con las dos grandes ciudades, Madrid y Barcelona, las únicas para las que la Ley de bases de régimen local había previsto un régimen especial, y la necesidad de ampliarlo a las ciudades cuyos problemas podían ser, *salvata distantia*, más o menos similares[1].

Lo que no quedaba claro era qué ciudades tenían los mismos problemas y, en consecuencia, a cuáles debía aplicarse, y ello quedó demostrado a lo largo de la tramitación parlamentaria.

1. Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Comisión de las Entidades Locales, jueves 28 de noviembre de 2002.

Al final, la Ley de grandes ciudades quedó sustituida por una mínima modificación de la financiación local, absolutamente desvinculada tanto de la financiación autonómica como de los concretos servicios que habían de prestarse (una ley estatal no podía ampliar el ámbito competencial atribuyendo a los municipios competencias de titularidad autonómica), y la introducción de un nuevo título X en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, con un régimen organizativo especial para los municipios de gran población que no se aplicaba a la ciudad de Barcelona, la segunda ciudad más poblada de España.

El nuevo modelo organizativo fue criticado no tanto por lo que atañe al diseño de los órganos de gobierno y la habilitación de una Administración municipal potente del estilo de la contemplada para el Estado, sino por la excesiva limitación de la autonomía de los municipios para establecer una organización complementaria adecuada a sus necesidades (Velasco Caballero, 2022: 25). Uniformidad que si ya no tenía mucha explicación cuando el modelo solo pretendía aplicarse a las realmente grandes ciudades, la perdió cuando se amplió el ámbito de aplicación para incluir a las que no lo eran pero no querían quedarse atrás.

De hecho, los recursos de inconstitucionalidad que algunas comunidades autónomas interpusieron contra varios de los preceptos del nuevo título X se ampararon en que la regulación pormenorizada de la composición de los órganos complementarios, cuya existencia se consideraba preceptiva, vulneraba la competencia autonómica de desarrollo de las bases y eliminaba la competencia de autoorganización de los municipios, tan ligada a la autonomía local.

Pero estas objeciones fueron rechazadas por el Tribunal Constitucional, que admitió que la competencia básica podía incidir más intensamente en el espacio que restaba a las comunidades autónomas, y a los propios municipios, cuando se trataba de imponer niveles mínimamente iguales de protección de los derechos de los ciudadanos (comisión especial de sugerencias y reclamaciones) o de participación (distritos y consejo social) (STC 103/2013, de 25 de abril).

Al fin y al cabo, de nada servía, desde el punto de vista de la autonomía local, reducir la legislación básica si las comunidades autónomas ocupaban el espacio que el Estado dejaba libre. Y lo que ya había afirmado el Tribunal Constitucional es que no cabía pretender aumentar la autonomía local eliminando la competencia de las comunidades autónomas para desarrollar la legislación básica. Menos aún cuando se trataba de la organización complementaria, motivo por el cual se declaró inconstitucional el artículo 20 de la Ley de bases de régimen local, en cuanto que habilitaba a los ayunta-

mientos para regular sus órganos complementarios en el marco de lo establecido en la Ley estatal sin estar vinculados por la legislación autonómica, que solo se aplicaría si no lo descartaban los reglamentos orgánicos (FJ 6 STC 214/1989, de 21 de diciembre).

El juicio de constitucionalidad nada añade en relación con el acierto de una decisión legislativa que extiende un régimen jurídico uniforme para todos los municipios incluidos en su ámbito de aplicación, una vez que este fue ampliado para dar satisfacción política a muchos municipios que preferían el café para todos. Esto es, un mismo régimen para los ayuntamientos que manejan presupuestos de más de mil millones de euros y para aquellos otros cuyos presupuestos apenas superan los cien.

La imposición de un modelo obligatorio de órganos complementarios explica, en buena medida, defectos de funcionamiento del nuevo régimen. Se ha señalado en este sentido la dudosa utilidad de la división en distritos de algunos municipios, o de la comisión especial de sugerencias y reclamaciones tal y como está regulada en la ley básica, o incluso del propio consejo social (Velasco Caballero, 2022: 26).

Más grave ha sido, a pesar de estar previstos en el correspondiente reglamento orgánico, la falta de constitución de los órganos que han de resolver los recursos económico-administrativos municipales. Un vicio que puede determinar la nulidad de los actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos e ingresos de derecho público de competencia municipal. Tanto es así que, a estas alturas, se encuentra admitido un recurso de casación que ha de determinar si la falta de creación del órgano especializado en resolver el recurso económico-administrativo (artículo 137 LBRL) está privando al interesado del derecho a que sus reclamaciones sean atendidas por un órgano independiente y especializado, y si esta privación contraria al principio de buena administración afecta a la validez de los actos municipales de gestión tributaria (ATS 38/2022, de 12 de enero, rec. 2928/2021).

2
La falta de conexión de los criterios utilizados para la aplicación del régimen de municipios de gran población con la finalidad de la reforma

Por el nombre utilizado para definir los municipios sujetos a este régimen (municipios de gran población) se podría pensar que el criterio utilizado para definir el ámbito de aplicación es el de la población. Si los vecinos son,

por definición, los usuarios de los servicios municipales y los destinatarios de las funciones públicas municipales, cuanto mayor sea el número de vecinos mayor complejidad reviste la gestión. Esta complejidad es la que despierta la necesidad de contar con una Administración más fuerte, que es la finalidad, junto con el reforzamiento del principio de participación, del nuevo régimen organizativo: la conversión del pleno en un órgano normativo, de establecimiento de las grandes líneas estratégicas y de control del ejecutivo monocolor que ha de rodearse de cargos directivos de confianza política que le auxilie en su gestión, fortaleciendo la Administración tributaria.

Aunque los servicios municipales de prestación obligatoria y las competencias propias apenas varían en función de la población que tenga el municipio, lo cierto es que las grandes ciudades ofrecen una gama más amplia de servicios relacionados con la vida urbana, a pesar de la prohibición de duplicidades que preside la reforma de 2013 en relación con las competencias que no son propias ni delegadas (Carbonell Porras, 2023: 10).

Es cierto, sin embargo, que la complejidad de la gestión no depende únicamente de la población de cada municipio aisladamente considerada, sino también del papel que la ciudad desempeña dentro de su entorno. Que exista un solo municipio o varios depende de circunstancias coyunturales. En Zaragoza, Murcia, Córdoba o Valladolid, por ejemplo, al ser términos municipales especialmente extensos, no ha hecho falta crecer en los términos municipales contiguos. Sin embargo, en otras ciudades como Barcelona, Madrid, Bilbao o Valencia, el crecimiento sin solución de continuidad en los términos municipales contiguos ha hecho que algunos de los servicios y funciones municipales hayan tenido que dimensionarse en relación no solo con la población propia, sino además con la de los municipios económicamente dependientes, y que se haya tenido que recurrir a técnicas colaborativas para permitir la realización coordinada de los servicios y actividades a realizar (Rodríguez Álvarez, 2002: 109).

Algo similar cabe decir de aquellos municipios turísticos cuya población censada se multiplica exponencialmente en determinadas épocas del año, debiendo estar los servicios municipales preparados para atender estas necesidades. Este último criterio ha sido tenido en cuenta para la participación de los municipios en los tributos del Estado[2].

Sin embargo, estos dos criterios directamente relacionados con la población real distinta de la censada y los ciudadanos a los que se prestan ser-

2. Se trata de los municipios turísticos a los que se refiere el artículo 125 del texto refundido de la Ley de Haciendas locales, que los identifica como aquellos con una población superior a 20 000 habitantes cuando hay más viviendas de segunda residencia que viviendas de residencia habitual de los vecinos.

vicios fueron expresamente rechazados durante la tramitación parlamentaria (Galán Galán, 2004: 150)[3], puesto que se mantuvo el criterio de población censada de cada municipio.

En lugar de ello, la ley acogió otros criterios distintos de la población que tienen más que ver con la visibilidad y prestigio de la ciudad o de la propia comunidad autónoma o con otras circunstancias que ni siquiera se especifican.

En definitiva, el ámbito de aplicación que regula el artículo 121 de la Ley de bases de régimen local viene dado por el criterio de la población de cada municipio individualmente considerada o junto con el criterio de la capitalidad u otras circunstancias, pero también es sustituido por el de la capitalidad. Y ello ha provocado la consiguiente ampliación del régimen especial a municipios de mucha menor población, cuyas necesidades no necesariamente coinciden con las de las verdaderamente grandes ciudades. Pero a pesar de la horquilla tan amplia de población que comprende, la ley no ha flexibilizado el régimen organizativo.

De acuerdo con el apartado a) del artículo 121.1 de la Ley de bases de régimen local, a partir de una población censada de 250 000 habitantes, los municipios presentan la suficiente complejidad como para exigir un régimen organizativo específico de grandes ciudades. Y este régimen, como veremos, se les aplica obligatoriamente.

Si la cifra de la que inicialmente se partió era, en un principio, de medio millón de habitantes, poco más tarde se hablaba ya de 300 000, para finalmente rebajarse hasta la cifra de 250 000, que es la que figuraba en el proyecto de ley y no fue modificada durante la tramitación parlamentaria.

En 2003 solo catorce municipios cumplían este requisito poblacional[4]. Casi veinte años después, en 2022, solo dos municipios más, L'Hospitalet de Llobregat y Vitoria, superaban esta cifra de población, aunque el segundo ya

3. El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida propuso una enmienda con la que se pretendía extender el régimen especial a las capitales de provincia y los municipios integrados en entidades metropolitanas y/o mancomunidades de municipios que en su conjunto superasen los 250 000 habitantes (BOCCGG de 18 de septiembre de 2003, p. 40). En el mismo sentido, el Grupo Parlamentario Mixto presentó una enmienda con la que pretendía, además, que se aplicara el régimen especial a los municipios que desarrollaran servicios y actividades de características similares a los de los grandes núcleos de población y en que así lo decidieran las asambleas legislativas de las comunidades autónomas (p. 53). Y en el mismo sentido, añadiendo los municipios turísticos, se presentó una enmienda del Grupo Parlamentario Mixto (p. 63). En el mismo sentido, el PSOE pretendía también ampliar el ámbito subjetivo incluyendo a los municipios que determinasen las leyes autonómicas por desempeñar actividades similares a los de gran población (p. 113).

4. Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Zaragoza, Málaga, Murcia, Las Palmas de Gran Canaria, Palma de Mallorca, Valladolid, Córdoba, Alicante, Vigo y Bilbao.

era municipio de régimen especial por aplicación del criterio combinado de población mínima y ser capital de provincia. Así que en veinte años la relación de municipios que cuentan con un régimen especial únicamente por población apenas ha variado.

Para atraer el régimen especial de municipios de gran población a capitales de provincia que no alcanzaban la población indicada, el apartado b) del artículo 121.1 de la Ley de bases de régimen local combinaba esta circunstancia con la de tener una población mínima, aunque inferior a la establecida con carácter general. Si bien el límite se había fijado en el proyecto de ley en 200 000 habitantes, 50 000 habitantes menos que lo exigido para el resto, durante la tramitación parlamentaria se rebajó a 175 000 so pretexto de que, al haberse incluido un último apartado que permitía dotar del régimen de gran población a los municipios que tuvieran más de 75 000 habitantes, no tenía sentido mantener un nivel tan elevado de población para las capitales de provincia. Una argumentación harto discutible, ya que la rebaja de población permitía a los ayuntamientos de menor población incorporarse voluntariamente a este régimen, mientras que la rebaja de población para las capitales de provincia suponía su inclusión obligatoria, aunque no fuera deseada por los municipios.

En aplicación de ese precepto, se incorporaron al régimen especial, tras la entrada en vigor de la ley, los municipios de La Coruña, Granada, Santa Cruz de Tenerife, Oviedo, Santander, Almería, San Sebastián y Pamplona. Ninguna otra capital de provincia ha incrementado desde entonces su población por encima de los 175 000 habitantes. Antes al contrario, alguno de estos municipios, como en el caso de Santander, ya ni siquiera cumple el mínimo poblacional de dicho apartado.

El apartado c) del artículo 121.1 de la Ley de bases de régimen local incluye en el ámbito de aplicación las capitales de provincia, las capitales de la comunidad autónoma, y municipios que sean sede de las instituciones autonómicas, sea cual sea su población.

En el proyecto de ley solo figuraban en este apartado las capitales autonómicas y sede de las instituciones autonómicas. Pero durante la tramitación parlamentaria se añadieron las capitales de provincia que no cumplieran con el requisito poblacional del apartado anterior. Aunque, en este caso, la aplicación del régimen especial depende de la voluntad del municipio y no es preceptiva y automática como en el supuesto anterior, se abría la puerta a que las pocas capitales de provincia con población inferior a 175 000 habitantes pudieran tener acceso a este régimen especial, bastando con acreditar su condición de capital de provincia y sin necesidad de mayor justificación.

Con la eliminación del requisito de población para las capitales autonómicas el legislador pretendió que ninguna de ellas quedara excluida del régimen especial si así lo pretendía. Cierto es que algunas de ellas cumplen el requisito de población del apartado a). Muchas otras son, además de capitales autonómicas, capitales de provincia con más de 175 000 habitantes, tal y como exige el apartado b). De hecho, salvo error, la única capital de comunidad autónoma que solo podía incorporarse al régimen especial por el apartado c), al no cumplir los requisitos de los dos apartados anteriores, es Mérida (artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, aprobado por Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero), que no es capital de provincia y cuya población apenas superaba en 2003 los 50 000 habitantes (Agudo González, 2012: 103).

A las capitales autonómicas se equiparan, también sin límite mínimo de población, los municipios que son sede de las instituciones autonómicas, lo que se explica porque no todas las comunidades autónomas han establecido la capital en un municipio. Para evitar disputas, algunas de ellas se han limitado a designar un municipio como sede de sus instituciones.

Las comunidades que no han fijado capital, remitiendo al legislador el establecimiento de la sede de las instituciones autonómicas, mediante una ley aprobada con mayoría reforzada, son: Galicia (artículo 8 del Estatuto y Ley 1/1982, de 24 de junio), que ha establecido la sede en Santiago de Compostela, que, al no ser capital de provincia, no habría podido acceder al régimen de gran población, por no reunir la población exigida en el apartado a); Castilla y León (artículo 3 del Estatuto de Autonomía y Ley 13/1987, de 29 de diciembre); País Vasco (artículo 4 del Estatuto de Autonomía y Ley 1/1980, de 23 de mayo), y Castilla-La Mancha (artículo 6 del Estatuto de Autonomía y Ley 3/1983, de 7 de diciembre). Por su parte, el artículo 5 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Murcia fija la capital en la ciudad de Murcia, pero establece la sede de la asamblea legislativa en Cartagena. Tampoco Cartagena podría haber accedido al régimen de municipios de gran población, ya que, aunque en 2003 contaba aproximadamente con 200 000 habitantes, no cumplía la ratio de población del apartado a), al no ser capital de provincia.

Durante la tramitación parlamentaria se incluyó un nuevo apartado d) en el artículo 121.1 de la Ley de bases de régimen local[5]. Con ello se termina-

5. El proyecto de ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 13 de junio de 2003 partía de la siguiente redacción del artículo 121.1: "1. Las normas previstas en el presente Título serán de aplicación: a) A los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes. b) A las capitales de provincia cuya población sea superior a los 200.000 habitantes. c) A los municipios que sean capitales o sedes de las instituciones autonómicas correspondientes, si así lo decidiesen las Asambleas Legislativas respectivas".

ba de rebajar definitivamente el umbral de población hasta los 75 000 habitantes, y se permitiría a las comunidades autónomas que precisaran qué tipo de circunstancias distintas de la población debían concurrir. Si bien es verdad que además de la población se exige la concurrencia de especiales circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales, no parece que tengan que ver con la complejidad de la gestión municipal.

Muy pocas comunidades autónomas han especificado cuáles son estas circunstancias, y las que lo han hecho no han especificado en qué consiste esta especialidad, dejando su valoración a las asambleas legislativas de cada una de ellas.

La Resolución de la Presidencia de la Asamblea de la Comunidad de Madrid de 8 de junio de 2004, y en términos similares la Ley 2/2008, de 10 de diciembre, que regula el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población, pormenorizan los aspectos a tener en cuenta dentro de cada circunstancia, pero en modo alguno establecen requisitos mínimos de obligado cumplimiento con la intención de conformar la voluntad del legislador o disminuir su discrecionalidad.

En términos muy similares, las dos se refieren a los distintos aspectos que han de cuantificarse a la hora de valorar si se reúnen circunstancias excepcionales: organización municipal y elementos de participación ciudadana; presupuesto municipal; tráfico y circulación de vehículos; inversiones recibidas del Estado y comunidades autónomas; renta por habitante, mercado de trabajo o índice de población ocupada; incidencia del sector primario, del sector industrial, del sector servicios, de la construcción y de las actividades comercial y turística en la actividad económica del municipio; infraestructuras de transporte y redes servicios; infraestructuras sanitarias, medioambientales, de servicios sociales, seguridad ciudadana, dependencias judiciales, zonas verdes, antecedentes históricos, centros educativos escolares y de enseñanza universitaria, instalaciones deportivas y culturales, instalaciones de ocio y turismo, patrimonio y espacios naturales protegidos[6].

6. Anexo a la Resolución de la Presidencia de la Asamblea de Madrid:
"1.— CIRCUNSTANCIAS ECONÓMICAS: — Presupuesto Municipal. — Estructura de Gobierno y organización política municipal. — Personal al servicio de la administración Local. — Tráfico y circulación de los vehículos matriculados en el Municipio. — Inversiones recibidas. — Renta por habitante. — Mercado de trabajo: índices de población ocupada por sectores económicos. — Incidencia del sector primario en la actividad económica del Municipio: actividad agropecuaria. — Incidencia del sector industrial en la actividad económica del Municipio. — Incidencia del sector de servicios en la actividad económica del Municipio: turismo y hostelería. — Incidencia del sector de la construcción en la actividad económica del Municipio. — Estructura empresarial en el Municipio — Polígonos industriales del Municipio. 2.— CIRCUNSTANCIAS SOCIALES: — In-

Lo cierto es que no cabe extraer de las leyes aprobadas por las comunidades autónomas para la aplicación del régimen de los municipios de gran población qué concretas circunstancias o condiciones son suficientes para la aplicación del régimen especial, lo que refuerza el carácter político que, como después se expondrá, tiene en definitiva esta decisión.

Estos cuatro supuestos contemplados en el artículo 122.1 de la Ley de bases de régimen local son los que determinan o permiten que los municipios se acojan al régimen de gran población. Se deduce del tenor literal de la norma[7] que solo en estos casos y con las condiciones establecidas pueden aplicarse las normas que vienen a desplazar las contempladas para los municipios de régimen general (Galán Galán, 2004: 145). De hecho, fueron rechazadas aquellas enmiendas que pretendían que el precepto se limitara a dejar en manos de las comunidades autónomas la determinación de la población necesaria, alegando que al final la ley insistía en la uniformidad, sin que las comunidades pudieran variar estos requisitos[8].

No cabe decir lo mismo de los órganos complementarios, porque es difícil afirmar que los municipios que no son de gran población no puedan crear órganos complementarios similares a los establecidos para los municipios de gran población. La propia ley contempla la posibilidad de que los municipios de régimen general puedan crear órganos desconcentrados y una comisión especial de sugerencias y reclamaciones, y, a pesar del silencio legal, no tendría inconveniente la creación de un consejo social, al amparo de la habilitación que contiene el artículo 20 de la Ley de bases de régimen local para que cada municipio regule, en sus reglamen-

fraestructura de transporte y comunicaciones en el Municipio: METRO, cercanías de RENFE, estaciones de autobuses, carreteras, etc. — Infraestructuras y redes de abastecimiento de energía eléctrica en el Municipio. — Infraestructura y redes de abastecimiento y tratamiento de agua en el Municipio. — Infraestructura para el almacenamiento y tratamiento de residuos urbanos en el Municipio. — Infraestructuras medioambientales. — Infraestructuras sanitarias: Hospitales, Centros de Salud, etc. — Infraestructuras sociales: Centros de día, Residencias de Mayores, Centros juveniles, Centros para minusválidos, Centros para mujeres maltratadas y casas de acogida, Centros para atención de toxicómanos, etc. — Infraestructuras de seguridad ciudadana y servicios de emergencia tales como Policía, Bomberos, Bases Militares, etc. — Dependencias judiciales ubicadas en el Municipio. — Zonas verdes existentes en el Municipio. 3.— CIRCUNSTANCIAS HISTÓRICAS: — Antecedentes históricos de especial relevancia en el Municipio 4.— CIRCUNSTANCIAS CULTURALES: — Centros de enseñanza reglada en educación infantil, primaria, secundaria y formación profesional. — Centros de enseñanza no reglada. — Centros de enseñanzas artísticas: conservatorios musicales, escuelas de oficios, etc. — Centros de enseñanza universitaria. — Instalaciones deportivas. — Instalaciones culturales: bibliotecas, teatros, museos, salas de exposiciones, centros culturales, etc. — Instalaciones de ocio tales como parques temáticos, casinos, etc. — Declaraciones de interés turístico del Municipio. — Patrimonio protegido y patrimonio declarado como 'Bienes de interés cultural' en el Municipio. — Espacios naturales protegidos en el Municipio".

7. "Las normas previstas en este título serán de aplicación", dice el artículo 122.1 de la Ley de bases de régimen local.

8. BOCCGG de 28 de septiembre de 2003, p. 65.

tos orgánicos, órganos complementarios. De hecho, muchos municipios han regulado distintos consejos sectoriales como órganos específicos de participación de los ciudadanos. Incluso podrían crear puestos similares a la secretaría del pleno u órgano de asesoramiento a la junta de gobierno, reservando el puesto de trabajo, en su relación de puestos de trabajo, a funcionarios de cuerpos de funcionarios de habilitación nacional.

Cuestión distinta es la creación del órgano económico-administrativo, en tanto en cuanto es el artículo 14 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 el que regula la revisión de los actos tributarios municipales, y no contempla la existencia, con carácter general, del recurso económico-administrativo, de manera que la creación de un recurso de este tipo y la atribución de su conocimiento a unos tribunales municipales no quedan al albur de la potestad de autoorganización municipal, y requieren de una previsión legal.

El régimen de los municipios de gran población no se aplica a Barcelona, el segundo municipio más poblado de España, expresamente excluido por la disposición transitoria cuarta de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local en tanto en cuanto no se aprobase su régimen especial. Y se aplica a la ciudad de Madrid solo en cuanto no se encuentre regulado por la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid.

Como es sabido, desde los años sesenta tanto Madrid como Barcelona contaban con su propio régimen especial. Una especialidad que no contenía grandes innovaciones más allá del refuerzo de la figura del Alcalde, los delegados del servicio, la división en distritos y algunas peculiaridades en materia de Hacienda pública[9].

Desde un principio la Ley de bases de régimen local, en su disposición adicional sexta, respetó el régimen especial de que gozaban ambas ciudades en todo aquello que no resultara incompatible con ella. Después, una vez aprobada por Ley autonómica 22/1998, de 30 de septiembre, la Carta Municipal de Barcelona, se modificó la disposición adicional sexta de la Ley de bases de régimen local para incluir algunas peculiaridades que pretendían legitimar el contenido de esta ley especial en cuanto a órganos preceptivos y distribución de competencias entre ellos[10].

9. Así lo explica detalladamente la exposición de motivos de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local.

10. Disposición adicional sexta: "Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, mediante ley de las Comunidades Autónomas respectivas, se podrán actualizar dichos regímenes especiales, a cuyo efecto, respetando el principio de autonomía local y a instancia de los correspondientes Ayuntamientos, podrán establecerse las siguientes especialidades al ré-

Pero se decidió que el nuevo régimen organizativo de los municipios de gran población no fuera aplicable a la ciudad de Barcelona, que quedaría expresamente excluida hasta que se aprobara su régimen especial. Ello a pesar de que el nuevo modelo estaba directamente inspirado en el de la Carta Municipal de Barcelona aprobada por el Pleno y elevada a la Asamblea para su aprobación.

La Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial de Barcelona vino a cumplir con el compromiso político adquirido por el Gobierno de España en el seno de sus conversaciones con la Comisión Mixta Generalitat de Cataluña — Ayuntamiento de Barcelona para adoptar una ley que incluyera el contenido de la Carta Municipal de Barcelona, que era un régimen diseñado a la carta por la propia corporación local. Conforme a esta ley estatal, de la organización de los municipios de gran población únicamente serán de aplicación al municipio de Barcelona los preceptos que regulan la posibilidad de delegación de la convocatoria y presidencia del Pleno en uno de los concejales (artículo 122.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local) y la posibilidad de nombrar como miembros de la Junta de Gobierno Local u órgano que la sustituya a personas que no ostenten la condición de concejales, previsión que, al ser declarada inconstitucional y anulada por la STC 103/2013, tampoco puede aplicarse a Barcelona.

Nada se decía en la Ley de medidas para la modernización del gobierno local de la aplicación del régimen de municipio de gran población a Madrid, pero en este punto el legislador estatal tenía las manos libres, ya que, de un lado, el propio Estatuto de Autonomía de Madrid remitía la regulación del régimen especial de la ciudad de Madrid al legislador estatal, renunciando a su propia competencia regulatoria en materia local para la

gimen general de organización municipal previsto en la presente Ley: 1.ª Se podrá modificar la denominación de los órganos necesarios contemplados en el artículo 20.1 de esta Ley. 2.ª El Pleno u órgano equivalente podrá funcionar también mediante Comisiones. Corresponde, en este caso, a las Comisiones, además de las funciones previstas en el artículo 20.1.c) de esta Ley para los órganos complementarios que tengan como función el estudio, informe o consulta de los asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión del Pleno, aquéllas que les atribuya o delegue dicho Pleno, salvo las contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 47 y las atribuciones contenidas en el apartado 3 del artículo 22 de esta Ley. 3.ª Se podrán atribuir a la Comisión de Gobierno prevista en el artículo 23 de esta Ley, como propias, competencias en las siguientes materias: a) Aquéllas que la presente Ley no reserve en exclusiva al Pleno, por ser delegables o por no requerir una mayoría específica para la adopción de acuerdos. b) Las que esta Ley atribuye al Alcalde en relación con el urbanismo, contratación, personal y adquisición y enajenación de bienes. c) La aprobación de proyectos de reglamentos y ordenanzas y el proyecto de Presupuesto. 4.ª Se podrán atribuir al Alcalde, como propias, aquellas competencias que la presente Ley no reserva en exclusiva al Pleno, por ser delegables o por no requerir una mayoría específica para la adopción de acuerdos".

ciudad de Madrid[11], y de otro, al ser una ley estatal, bien podía contradecir la legislación básica estatal, inaplicando todos o parte de los preceptos del título X.

La Ley 22/2006 reconoce que el modelo de la organización política y administrativa del Ayuntamiento de Madrid por el que se ha optado ha venido a desarrollar el establecido en el título X de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, es decir, no se opta por un modelo diferente del vigente, sino que se parte de este, perfilándose algunos aspectos e introduciéndose algunas pequeñas singularidades. En todo lo no regulado resultará de aplicación lo establecido por la Ley básica para los municipios de gran población.

Este régimen especial se aplica también a entidades locales de segundo grado como son los cabildos insulares. Dice la disposición adicional decimocuarta que se aplicará el régimen organizativo de los municipios de gran población, salvo lo relativo a la gestión desconcentrada por distritos, la comisión especial de sugerencias y reclamaciones y el órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, a los cabildos de las islas con población superior a 175 000 habitantes, o los restantes cabildos de islas con población superior a los 75 000 habitantes siempre que así lo decida mediante ley el Parlamento canario a iniciativa de los plenos de los respectivos cabildos.

Así, mientras que la aplicación de este régimen, con las peculiaridades descritas en esta disposición, es obligatoria en el primer caso, como ocurre con los cabildos de Tenerife y Gran Canaria, la aplicación al resto debe hacerse a solicitud de estos últimos, y por una ley del Parlamento canario. La Ley de Canarias 2/2019, de 30 de enero, para la aplicación del Régimen Especial de Organización de los Cabildos Insulares Canarios, aprobó la aplicación de este régimen al Cabildo de Fuerteventura, bastando para ello la solicitud del cabildo, una vez comprobado que se cumplía con la cifra de población exigida.

Inexplicablemente, a pesar de las enmiendas presentadas con este propósito, durante el procedimiento legislativo se rechazó permitir que las provincias pudieran acogerse al régimen de los municipios de gran población, cuando el criterio poblacional, por las mismas razones que a los municipios, debería ser igualmente aplicable.

11. Dice el artículo 8 del Estatuto de Autonomía: "La villa de Madrid por su condición de capital del Estado y sede de las Instituciones generales, tendrá un régimen especial, regulado por Ley votada en Cortes. Dicha Ley determinará las relaciones entre las Instituciones estatales, autonómicas y municipales, en el ejercicio de sus respectivas competencias".

3
La aplicación forzosa del régimen especial y la congelación del régimen especial a pesar de la pérdida de población

En los dos primeros supuestos del artículo 121.1 de la Ley de bases de régimen local, la aplicación del régimen de municipio de gran población es obligatoria y no requiere sino el cumplimiento de los requisitos indicados.

No se trata de una foto fija, sino de un régimen que habrá de ir aplicándose a medida que los municipios vayan alcanzando la población establecida en los apartados a) y b) del precepto.

Para los municipios que ya contaban con los requisitos indicados en el momento de entrada en vigor de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, el 1 de enero de 2004, la disposición transitoria primera establecía que los plenos tenían que aprobar, en el plazo de seis meses a partir de esa fecha, los reglamentos orgánicos necesarios para adaptar su organización a lo establecido en la ley, y durante este tiempo seguirían rigiéndose por el régimen de los municipios de régimen general.

No se contemplaba un plazo específico para la entrada en funcionamiento de los órganos complementarios, ni una sanción expresa por el incumplimiento del plazo establecido para la aprobación de las normas orgánicas, aunque va de suyo que, transcurridos los seis meses sin que se hubieran aprobado, los actos municipales podrían estar afectados por vicios de nulidad cuando esta falta de adaptación repercutiera sobre la distribución de competencias entre los órganos, el *quorum* exigido para la adopción de acuerdos o la delegación de competencias.

Para los municipios que adquieran la población exigida tras la entrada en vigor de la ley, el apartado segundo del artículo 121 de la Ley de bases de régimen local impide que el cambio de régimen jurídico pueda realizarse a mitad de la legislatura, pues, aplicando el mismo plazo que la disposición transitoria, tendrá que hacerse en seis meses desde la constitución del nuevo ayuntamiento, tras las elecciones municipales.

La cifra que se tiene en cuenta es la del padrón a fecha 1 de enero del año anterior a la constitución, que más tarde, pero siempre antes de la constitución del ayuntamiento, habrá de haber sido aprobada por el Gobierno (artículo 82 Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales). Es irrelevante la población anterior a dicha fecha.

Aunque de forma menos precisa que la disposición transitoria primera, que especifica que el plazo de seis meses lo es para la aprobación de los reglamentos orgánicos, no cabe duda de que el legislador ha pretendido que

el plazo sea idéntico al establecido en aquella, y así se puso de manifiesto durante el procedimiento legislativo cuando se eliminó la remisión que este precepto contenía a la citada disposición transitoria por una cuestión de técnica legislativa, ya que, se decía, no procedía remitir a una regulación transitoria una situación que no lo era y que iba a durar en tanto en cuanto la ley siguiera estando vigente.

Ninguna duda se planteó en los diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de medidas para la modernización del gobierno local sobre el hecho de que el régimen especial fuera obligatorio en estos dos casos y no quedara a la voluntad del municipio, pues al fin y al cabo corresponde a la legislación básica determinar el ámbito de aplicación de un determinado régimen jurídico, aunque este afecte a entidades locales dotadas de autonomía constitucionalmente garantizada.

Por la misma razón tampoco se planteó ninguna duda relativa a la lesión de la autonomía local por la congelación del régimen especial para aquellos municipios que, habiendo alcanzado los requisitos establecidos y habiendo accedido al mismo, perdieran la población exigida para acceder a este régimen.

Se trata, esta última, de una opción pensada para los dos primeros supuestos contemplados en el artículo 121.1 de la Ley de bases de régimen local. Esto es, cuando el acceso al régimen especial se produce de forma automática una vez obtenida la población mínima establecida, sin que concurra el consentimiento del municipio afectado.

Esta opción fue criticada por considerarse discriminatoria, en cuanto que permitía una desigualdad entre ciudades con los mismos habitantes[12], pero también porque se eliminaba la posibilidad de que el municipio pudiera acordar con una mayoría reforzada que no se le aplicara, una vez que había desaparecido la causa de su inclusión automática en este régimen[13].

No se contempla, sin embargo, el supuesto altamente improbable de pérdida de la condición de capital de provincia cuando la población es inferior a 250 000 habitantes. Pero como la modificación de la capitalidad de la provincia requiere de una ley estatal (artículo 52 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales), a falta de una previsión legal expresa deberá ser esta la que determine cuál ha de ser el régimen aplicable para el municipio que pierde esta condición.

12. Enmienda del Grupo Mixto (BOCCGG de 18 de septiembre de 2003, p. 61).
13. BOCCGG de 18 de septiembre de 2003, p. 113.

Y es que existen argumentos bastantes para sostener que la pérdida de la condición de capital de provincia no debe afectar al mantenimiento del régimen especial, habida cuenta del carácter expansivo de su ámbito de aplicación, pero también para sostener, como la interpretación más respetuosa con la autonomía local y más coherente con el resto de apartados, que ha de ser el municipio el que decida si quiere mantener ese régimen, que es lo que le permite, al fin y al cabo, el apartado d) de este mismo precepto cuando exige el consentimiento para que los municipios de menor población puedan acceder a él.

En todo caso se trata de un supuesto que no se ha producido y que será difícil que ocurra.

4
La aplicación voluntaria del régimen especial

Lejos de la aplicación automática, los apartados c) y d) parten de la base de la que hace falta, necesariamente, la voluntad del municipio. La razón es obvia. Mientras que la organización bastante más compleja que se propone se presume necesaria para que los municipios con una población significativa puedan prestar los servicios y realizar actividades requeridas por una población numerosa, en los otros supuestos la aplicación de este régimen especial nada tiene que ver con necesidades de gestión. De hecho, los 75 000 habitantes solo actúan como un límite razonable por debajo del cual no podría sostenerse esa suerte de administración compleja, y lo determinante es la aplicación de otras causas que la ley ni siquiera especifica. Y no digamos ya las capitales de provincia o comunidad autónoma o sede de sus instituciones, para las que la aplicación de este régimen solo tiene que ver con la posición institucional del municipio.

Por ello, en los dos últimos supuestos se exige que la iniciativa para la aplicación del régimen especial parta del propio municipio y se adopte por el pleno por la mayoría absoluta de los miembros legales de la corporación (artículo 123.1.o y 123.2 de la Ley de bases de régimen local), razón por la cual esta competencia no puede ser delegada. Y ello implica que, a falta de la iniciativa municipal, el parlamento autonómico no podrá aplicar este régimen sin vulnerar la legislación básica. Cuestión distinta es que en ocasiones, sobre todo cuando el Gobierno regional coincide con los municipales, la aplicación del régimen de municipios de gran población haya sido toda una estrategia regional.

El acuerdo de adopción de la iniciativa es un acto administrativo que puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues aunque ponga en marcha un procedimiento que culminará con un acto legislativo, no puede equipararse a la iniciativa legislativa, que, al ser manifestación de la relación entre poderes del Estado y de la máxima dirección política del Gobierno, no es susceptible de control ante la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 45/1990, de 15 de marzo).

Y es que, además de la voluntad municipal, se exige la decisión de la asamblea legislativa correspondiente. Una vez aprobada la decisión legislativa, ya sea ley o acuerdo, la anulación de la iniciativa por la jurisdicción contencioso-administrativa no afectará a la validez de la ley o acuerdo del parlamento o asamblea, pues los tribunales no pueden anular, siquiera en ejecución de sentencia, un acto legislativo.

Y es que debe observarse que el término utilizado, "decisión", no es el mismo que utiliza la disposición adicional decimocuarta para la aplicación del régimen especial a los cabildos insulares, que precisa que ha de tratarse de una ley autonómica.

Esta distinción, que difícilmente podría atribuirse a la voluntad del legislador de establecer un distinto régimen para municipios y cabildos, no ha sido tenida en cuenta por las comunidades autónomas, que han aprobado leyes singulares para incluir a los ayuntamientos de su territorio. Algunas de ellas, como la Comunidad de Madrid o la de Andalucía, han establecido, por una resolución de la Presidencia de la Cámara, que la aplicación de este régimen ha de hacerse por un acuerdo del pleno, sin necesidad de tener que seguir el procedimiento legislativo, y excluyendo, en el caso de la Comunidad de Madrid, el debate previo, que solo se produce en la Comisión de Presidencia.

Así, la Resolución de 8 de junio de 2004 de la Presidencia de la Asamblea de la Comunidad de Madrid exige que el municipio presente la iniciativa en la asamblea, y esta, a través de la mesa, le requerirá para la presentación del certificado del acuerdo del pleno aprobando la iniciativa; el certificado del Instituto Nacional de Estadística sobre la población en la fecha indicada en el artículo 121.2 de la Ley de bases de régimen local, y el certificado del pleno aprobando una memoria en la que se justifiquen las circunstancias económicas, sociales o culturales exigidas.

Tras ello, la comisión de presidencia analiza la documentación para comprobar que se cumplen los requisitos establecidos por la legislación, y realiza una propuesta que será remitida a la mesa para su inclusión en el orden del día. El acuerdo del pleno se aprueba sin debate previo.

Y el contenido de este acuerdo, que es publicado en el boletín oficial, solo da cuenta de que el pleno ha aprobado la inclusión de un determinado

municipio en el ámbito de aplicación del régimen de organización de los municipios de gran población. Una naturaleza muy similar a una autorización administrativa que en este caso otorga el órgano legislativo mediante un procedimiento que ni siquiera regula el reglamento de la asamblea, a la que ha privado de cualquier atisbo de discrecionalidad, por cuanto se limita a verificar el cumplimiento de unos requisitos previamente definidos, aunque la definición no es tal porque ni la ley estatal básica ni la ley autonómica establecen criterios para determinar cuándo esas circunstancias sociales, económicas, históricas y culturales que todos los municipios tienen se consideran especiales. Y por supuesto no es posible apreciarlo a partir de la motivación de los acuerdos del pleno, porque carecen total y absolutamente de ella.

Son varios los acuerdos del pleno de la Asamblea de Madrid que han establecido la aplicación del régimen especial a municipios madrileños de más de 75 000 habitantes.

Ordenados cronológicamente, han ido accediendo a este régimen los municipios de Móstoles y Alcalá de Henares (Acuerdo de 4 de noviembre de 2004), Alcorcón (Acuerdo de 21 de abril de 2005), Getafe (Resolución de 3 de noviembre de 2005), Parla (Acuerdo de 6 de abril de 2006), Fuenlabrada (Acuerdo de 6 de abril de 2006), Leganés (Acuerdo de 22 de junio de 2006), Torrejón de Ardoz (Acuerdo de 21 de febrero de 2008), Alcobendas (Acuerdo de 21 de febrero de 2008), Pozuelo de Alarcón (Acuerdo de 21 de febrero de 2008), San Sebastián de los Reyes (Acuerdo de 1 de marzo de 2012) y Las Rozas (Acuerdo de 19 de diciembre de 2019). Así que son ya municipios de gran población todos los municipios de más de 75 000 habitantes, salvo tres de ellos: Rivas Vaciamadrid, Coslada y Valdemoro, con un umbral de población poco superior a esta cifra.

El mismo instrumento, un acuerdo del pleno del parlamento, ha establecido la Resolución de la Presidencia del Parlamento de Andalucía de 4 de marzo de 2009, aunque en este caso habilitada por la Ley 2/2008 antes citada. Esta ley regula la documentación que hay que acompañar al acuerdo de aprobación de la iniciativa que contempla la ley básica y el plazo en que debe realizarse —un mes desde la aprobación del acuerdo— sin que su incumplimiento conlleve sanción alguna. También habilita al parlamento para que regule el procedimiento para la tramitación y toma de decisión, que en caso de acceder por el apartado c) ha de limitarse a constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos, mientras que si se accede por ser municipio de más de 75 000 habitantes, el procedimiento deberá prever los trámites necesarios para valorar estas particularidades.

La habilitación al parlamento fue resuelta con una resolución de la presidencia que se justificó por la necesidad de regular a la mayor bre-

vedad un procedimiento *ad hoc*, al considerarse inadecuados los procedimientos contemplados en el reglamento del parlamento. Un doble procedimiento según el supuesto por el que se acceda que culmina con un acuerdo del pleno, que no una ley, tras la correspondiente discusión y debate.

No han accedido a este régimen, salvo error, ninguna de las tres capitales de provincia con población inferior a 175 000 habitantes (Cádiz, Huelva y Jaén). Por otra parte, de los trece municipios de más de 75 000 habitantes que podían acceder por la vía del apartado d) solo han solicitado ser incluidos en este régimen Vélez-Málaga (Acuerdo de 21 de febrero de 2013), Mijas (Acuerdo de 26 de septiembre de 2021), Jerez de la Frontera (Acuerdo de 28 de mayo de 2009), Marbella (Acuerdo de 28 de mayo de 2009), Dos Hermanas (Acuerdo de 9 de octubre de 2013) y Fuengirola (Acuerdo de 9 de septiembre de 2020).

También por Acuerdo del Parlamento de Canarias se aprueba la inclusión en el régimen especial. Así ha ocurrido para los municipios de San Cristóbal de la Laguna (Acuerdo del Pleno del Parlamento de 24 y 25 de enero de 2007) y Telde (Acuerdo de 22 de diciembre de 2004).

Otras comunidades autónomas han utilizado el procedimiento legislativo y el instrumento de la ley para la inclusión de municipios en el régimen especial.

Una de ellas, la Comunidad Autónoma de Galicia, lo ha hecho aprobando una única ley, la Ley 4/2004, de 28 de junio, para aplicar el régimen especial a los municipios de Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra y Santiago de Compostela. Casi todos tienen la condición de capital de provincia, y el último de capital de comunidad autónoma, por lo que acceden por el apartado c). Solo uno de ellos, Ferrol, accedió por el apartado d).

La exposición de motivos de la ley explica que, de las siete más grandes ciudades de Galicia en torno a cuyas áreas de influencia se articula el desarrollo de Galicia, solo dos, La Coruña y Vigo, han quedado automáticamente incluidas en el régimen de municipios de gran población. Se trata, por tanto, de que todas las grandes ciudades participen del mismo régimen de organización, y para ello hay que incluir a los cinco municipios que faltan, una vez obtenido su consentimiento a través de la presentación de la iniciativa.

Esta ley singular contiene una medida ejecutiva de aplicación de la norma básica estatal, para la que el propio legislador reconoce que cuenta con una absoluta libertad dentro del amplio margen de la ley básica estatal. Es más, remite a una ley autonómica posterior el desarrollo de la legislación básica para la regulación de los municipios de gran población. En todo caso, ninguna objeción puede plantear el hecho de que una misma ley haya

aprobado la inclusión en el régimen especial de varios municipios (Galán Galán, 2004: 155).

Otras comunidades autónomas han preferido aprobar leyes para cada una de las ciudades.

Algunas han seguido la estrategia de la Comunidad gallega para dotar a sus ciudades más importantes del régimen especial. Tal es el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que aprobó una ley para cada ciudad, pero todas ellas con la misma fecha. Así lo hizo para todas las capitales de provincia con población inferior a 175 000 habitantes: Toledo (Ley 11/2004, de 21 de diciembre), Cuenca (Ley 10/2004, de 21 de diciembre), Guadalajara (Ley 8/2004, de 21 de diciembre), Ciudad Real (Ley 7/2004, de 21 de diciembre) y Albacete (Ley 6/2004, de 21 de diciembre). Y también para Talavera de la Reina (Ley 9/2004, de 21 de diciembre), que no lo es, pero tiene más habitantes que algunas de las anteriores.

Otras han ido aprobando las leyes a medida que lo han ido solicitando los plenos municipales Así, por ejemplo, en la Comunidad Valenciana primero se incorporó como municipio de gran población Castellón de la Plana, que era el único municipio capital de provincia que no tenía población suficiente para que se le aplicase directamente (Ley 12/2005, de 22 de diciembre). Después ya se fueron incorporando las ciudades más pobladas: Elche (Ley 1/2005, de 27 de mayo), Torrevieja (Ley 8/2006, de 14 de julio), Torrent (Ley 4/2010, de 14 de mayo), Gandía (Ley 5/2010, de 28 de mayo) y Orihuela (Ley 7/2010, de 8 de junio).

Hacer intervenir al poder legislativo en la adopción de la decisión de aplicación elimina, en primer lugar, la necesidad de que el legislador autonómico tenga que establecer reglas objetivas que desarrollen lo que hay que considerar como circunstancias sociales, económicas, históricas y culturales que hagan merecedor al municipio de la aplicación del régimen especial. De hecho, ¿para qué hacerlo si el legislador autonómico no está vinculado por el principio de jerarquía a la ley autonómica previa, aunque sí por la legislación básica? Ninguna de las comunidades autónomas han desarrollado el ámbito subjetivo de aplicación establecido en la legislación básica, porque, como se anticipó, aunque Madrid y Andalucía hayan precisado cuál ha de ser el contenido de la memoria y los distintos datos que han de aportarse, no establecen criterios que limiten la discrecionalidad del órgano legislativo.

Sí parece existir un derecho del municipio capital de provincia, sede de las instituciones autonómicas o capital autonómica, a tener el régimen previsto para los municipios de gran población, de manera que el órgano legislativo no cuenta con un margen de discrecionalidad para rechazarlo. Pero

no así en el caso de municipios de más de 75 000 habitantes, para los que la decisión del legislador es absolutamente discrecional, por mucho que el Acuerdo de la Presidencia de la Asamblea de Madrid haya pretendido rebajarlo a la constatación de los requisitos legalmente exigidos.

En segundo lugar, cuando se trata de un acto legislativo, la motivación no es la misma que se exige a la Administración cuando aprueba un acto administrativo. El canon de la prohibición de arbitrariedad que atañe al legislador, como al resto de poderes del Estado, es mucho menos exigente que cuando se trata del control de los elementos reglados del acto a través de su motivación. Por ello no puede extrañar que en ninguno de los acuerdos de pleno o leyes dictadas en aplicación del apartado d) del artículo 121.1 sea posible conocer qué concretas razones especiales, esto es, aquellas que no caracterizan a todos los municipios, han sido las determinantes para apreciar la necesidad de aplicar este régimen.

En tercer lugar, estaríamos ante un acto legislativo excluido del control de la jurisdicción ordinaria, correspondiendo al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad si la ley no respetase los escasos requisitos establecidos por la legislación básica, o la constatación de la vulneración de la autonomía local que podría ser declarada en un conflicto en defensa de la autonomía local a instancias del municipio si la ley se adoptara sin la iniciativa municipal exigida. Es por ello que la invocación de los posibles defectos de que adoleciera el acuerdo de iniciativa, en un recurso indirecto contra un acto administrativo municipal, solo podría ser estimada por la jurisdicción contencioso-administrativa previo planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley o el acto legislativo que determina la aplicación de este régimen.

Finalmente, la aprobación por un acto legislativo de la aplicación del régimen especial viene a congelarlo, ya que será necesario un acto legislativo de la misma naturaleza para cambiar de régimen organizativo. La cuestión es: ¿cuándo puede el poder legislativo modificar este régimen?

Si además de cumplir con las circunstancias previstas en la ley básica (a falta de desarrollo normativo de la ley autonómica) es estrictamente necesaria la voluntad municipal, la falta de voluntad de mantenerla, acordada con las mismas mayorías por el pleno, debe ser determinante de la pérdida de esta condición. Y es que, aunque el poder legislativo tiene discrecionalidad para constatar el cumplimiento de las circunstancias sociales, culturales, históricas y económicas que habilita para la aplicación del régimen especial, no la tiene para suplir la voluntad municipal. A falta de una previsión legislativa, no puede tampoco hablarse de una prohibición expresa en relación con la reversibilidad de la decisión adop-

tada si el ayuntamiento constata que las ventajas del régimen especial se convierten en inconvenientes.

Cierto es que la previsión contenida en el artículo 121.3 de la Ley de bases de régimen local pretende mantener la aplicación del régimen especial aun cuando se pierda el requisito de la población exigida. Ello obedece a un supuesto distinto, que es la pérdida de los requisitos exigidos por la legislación básica. Nada tiene que ver, por tanto, con la pérdida de la voluntad municipal. Ni siquiera con la pérdida de otras características distintas del umbral mínimo de habitantes exigidos.

La aplicación de este precepto debe reconducirse al supuesto para el que está realmente contemplado. Este tercer apartado ya figuraba en el proyecto de ley presentado a las Cortes, cuando entre los supuestos de aplicación del régimen organizativo de los municipios de gran población solo los que se aplicaban automática y preceptivamente dependían de un umbral mínimo de habitantes, y la aplicación del régimen dependía única y exclusivamente de que se contara con la población exigida, mayor o menor según que fueran o no capital de provincia.

En el único supuesto de aplicación voluntaria entonces previsto no se exigía población mínima, pues bastaba con la capitalidad de la comunidad autónoma o con ser sede de sus instituciones.

Obvio es, por tanto, que el mantenimiento del régimen especial a pesar de la pérdida de población solo estaba previsto para los supuestos en los que no existía voluntad municipal de aplicarlo. Y cuando se incluyó el apartado d) durante el procedimiento legislativo, el legislador no fue capaz de incluir un precepto acorde con las modificaciones introducidas por las enmiendas. Lo cual, por desgracia, suele pasar a menudo.

Ninguna previsión contiene la ley sobre el plazo con que cuentan los municipios que el legislador incluye en el régimen general para adaptar su régimen organizativo a las nuevas exigencias. En ausencia de una previsión en la legislación básica, la legislación autonómica, o, en su ausencia, la ley o el acto legislativo que incluya al municipio en el régimen especial, deberá determinar el plazo con que cuente para ello.

La Ley 8/2008, de 10 de diciembre, de Andalucía[14] ha previsto con carácter general un plazo de seis meses, el mismo que contempla la Resolución de la Presidencia de la Asamblea de Madrid de 8 de junio de 2004. Sin embargo, no es así en las leyes singulares, en muchas de las cuales no se ha

14. El artículo 5 de la ley citada establece el plazo de seis meses desde la notificación al municipio de la aprobación del acuerdo de la asamblea que le incluya en el régimen especial, debiendo el municipio, después de la adaptación, proceder a publicarlo en el boletín oficial de la provincia.

previsto plazo alguno, en cuyo caso, al no existir previsión en la legislación básica, quedará a la voluntad municipal el plazo de adaptación.

5
Bibliografía

Agudo González, J. (2012). Las capitales regionales y su trascendencia a nivel territorial. *Cuadernos de Derecho Local*, 30.

Carbonell Porras, E. (2010). Ámbito de aplicación del régimen de organización de los municipios de gran población. En A. Ruiz Ojeda (coord.). *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*. Madrid.

— (2023). Las competencias locales diez años después de la LRSAL. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19.

Galán Galán, A. (2004). El régimen especial de los municipios de gran población. *Anuario del Gobierno Local 2003*.

Morillo-Velarde Pérez, J. I. (2003). La organización de los municipios de gran población. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 52.

Rodríguez Álvarez, J. M. (2002). La política sobre grandes ciudades y áreas metropolitanas en España o el temor a la diversidad. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 24.

Salanova Alcalde, R. (2004). La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local: un comentario crítico. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 24.

Velasco Caballero, F. (2020). Municipios urbanos versus municipios rurales: homogeneidad y diversidad en el régimen local. *Anuario de Derecho Municipal 2019*.

— (2022). Reformas en el régimen local general: el inicio de un nuevo ciclo. *Anuario de Derecho Municipal 2021*.

La potestad de autoorganización de los entes integrantes de la Administración local. Especial referencia a los municipios de gran población

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático emérito de Derecho Administrativo.
Universidad Carlos III de Madrid

1. Organización y poder de organización
1.1. En general
1.2. En la Administración local, vista en su contexto europeo
2. Características de la autoorganización según la doctrina constitucional
2.1. Concurrencia en toda organización, privada y pública; su alcance
2.2. Inherencia a la autonomía territorial
2.2.1. *Autoorganización de las comunidades autónomas*
2.2.2. *Autoorganización de las entidades locales*
3. Régimen local básico común y autoorganización local
3.1. Potestades reglamentaria y de autoorganización: coincidencias y diferencias
3.2. Autoorganización y principio de legalidad
3.3. Ordenación organizativa y de sectores materiales de acción administrativa
3.4. Delimitación legal del espacio decisional de autoorganización
3.4.1. *Reserva de ley institucional*
3.4.2. *Integración del marco legal*
3.4.3. *Contenido y alcance del espacio decisional de los entes locales*

Artículo recibido el 20/09/2023; aceptado el 16/10/2023.

4. Régimen local básico específico de los municipios de gran población
4.1. Explicitación del contenido político de la autonomía local
4.2. Fortalecimiento, con redistribución, de la potestad de autoorganización
4.2.1. *Pleno*
4.2.2. *Alcalde y Junta de Gobierno*
4.3. Plurifuncionalidad de la potestad de organización y flexibilidad de su atribución
5. Bibliografía

Resumen

Desde la triple constatación de que el poder de organización no concierne solo al derecho, ni es un fenómeno exclusivo de las estructuras de poder público, y se da en todo cuerpo social precisado de orden con vistas a determinados fines, es decir, en toda institución, en la que la organización es justamente esencial, se identifican las entidades de la Administración local como instituciones integrantes del poder público constituido a las que, por tanto, pertenece de suyo la potestad.

Sobre esta base se desarrolla un análisis completo de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a las características de la autoorganización, tanto en general, como de las instancias integrantes de la organización territorial del Estado, en particular de las dotadas de autonomía territorial, con especial atención a la local. Este análisis sirve de referencia y criterio para la interpretación y determinación del régimen legal básico actual de la autoorganización local, su ámbito legítimo y su contenido y alcance, no solo en cuanto a la organización directa propia de las entidades locales, sino también a la de los entes instrumentales por ellas creados y a las relaciones que traben con otras Administraciones, así como a los medios personales de que se sirven.

El estudio compara el régimen común básico aplicable a todo municipio con el régimen especial para municipios de gran población, teniendo en cuenta que este último también incluye disposiciones singulares para las ciudades de Madrid y Barcelona.

Palabras clave: *autonomía; organización; potestad de organización; autoorganización.*

The organizational powers of local entities. Special reference to big cities

Abstract

From the unequivocal affirmation that the essence of organizational power transcends the confines of statutory law and extends far beyond the exclusive realm of public power structures, it becomes evident that this phenomenon permeates every social entity whose organizational structure becomes indispensable. Within this conceptual framework, entities within local administration are recognized as integral components of the established public power, thereby vested with this organizational power.

Building on this premise, an exhaustive analysis of the Constitutional Court's case law unfolds, exploring the characteristics of self-organization both in a general context and within instances constituting the territorial organization of the State. Particular emphasis is given to those entities endowed with territorial autonomy, with a keen focus on local governance. This analysis serves as a benchmark and guiding principle for interpreting and defining the current fundamental legal framework of local self-organization. This includes clarifying its scope, content, and limits not only with regard to the direct structures of local entities but also encompassing instrumental entities created by them and the intricate relationships they establish with other administrations. Additionally, it considers the personal means they employ.

The foundational legal regime governing local self-organization comprises a universal set of regulations applicable to, in principle, all municipalities. Moreover, specific regulations are designed to big cities (as well as a more specific provisions for the cities of Madrid and Barcelona). Basic local law provides a common organizational legal framework for all municipalities and the article will compare that with the special legal framework designed for big cities.

Keywords: local autonomy; organization; organizational power; self-organization.

1
Organización y poder de organización

1.1
En general

El poder de organizar(se) o potestad organizatoria[1]:

— ni concierne solo al derecho, siendo contemplada igualmente —desde la perspectiva de la dinámica de las organizaciones— como instrumento técnico y de gestión de procesos (como en la organización de empresas);

— ni es un fenómeno exclusivamente de las estructuras de poder público, pues se da igualmente en el ámbito social, toda vez que surge allí donde existen comunidades, deban fingirse mayorías en círculos de personas o proceda otorgar personalidad a conjuntos de cosas; en fin, allí donde deba introducirse orden entre personas o entre personas y cosas con vistas a determinados fines[2].

En el ámbito jurídico pueden considerarse superadas, desde la principal obra de Santi Romano[3], las visiones exclusivamente positivistas y normativistas del derecho por la necesaria perspectiva institucional: el derecho, en cuanto ordenamiento jurídico, es institución, entendida esta como todo ente o cuerpo social que tenga una existencia objetiva y concreta y constitutiva de una unidad delimitada y permanente. Su esencia radica en la organización, pues la institución es una organización social, operando el derecho como principio vital que vivifica y mantiene conjuntados los elementos de la institución. De donde, en definitiva, la consideración de la institución como régimen jurídico.

Por lo que respecta a las estructuras de poder público, el objeto mismo y el alcance de la potestad de organización derivan, en la época constitucional, del paso a primer plano de la articulación racional del cuerpo social a partir y con arreglo a la "constitución" de este mediante el ejercicio

1. Más allá de las referencias obligadas en tratados y manuales, no puede decirse que la organización haya sido y esté siendo aún tema de atención destacada en la doctrina científica. Excepción destacada en la materia es, sin embargo, Gallego Anabitarte (1971, 2001). Con anterioridad también, Rivero Ysern (1953). Más recientemente, Parejo Alfonso (2009).

En el orden de la Administración local que aquí interesa: Parejo Alfonso (1991); y, más recientemente, Sánchez Sáez (2006).

Un análisis de la autoorganización en el contexto de la autoadministración propia de los entes locales, en la doctrina alemana, Schuppert (1989). En este texto se realiza al propio tiempo un comentario a la obra de Hendler (1984).

2. Ermacora (1958: 191).

3. Romano (1963). Esta obra fue publicada por primera vez en Pisa en 1918 y traducida al castellano en 1963. En el mismo sentido, Burckhardt (1927).

del poder público objeto de división tripartita. La específica racionalización de esta división diluye la potestad de organización al mezclar inextricablemente órgano y función, dificultando así la decantación con perfil propio de dicha potestad, que queda así embutida sin más en los poderes constitucionales tipificados como tales, y resurgir como tal solo en un escalón ulterior: el administrativo[4]. En este último plano su importancia en modo alguno es menor, de donde la amplia definición que de ella ha dado, en la doctrina científica, G. Fernández Farreres[5] como aquella mediante la cual la Administración crea o suprime órganos, atribuye competencias, coordina actividades, organiza sus servicios y disciplina su actividad y funcionamiento; de modo que la libertad de organización y la libertad de funcionamiento constituyen las dos manifestaciones en que se resume la potestad.

1.2
En la Administración local, vista en su contexto europeo

Las entidades que integran la Administración local son desde luego instituciones integrantes del poder público constituido a las que, por tanto, pertenece de suyo la potestad de que se viene hablando. En efecto:

— De un lado, y desde la óptica de la ciencia política y de la Administración, se ha señalado[6] que la integración de los entes locales en el Estado no ha impedido la conservación por los mismos de la potestad de organización, entendida como el derecho a la configuración, bajo la propia responsabilidad, de su organización interna, que se proyecta al ámbito de todas sus tareas, desde luego las propias (a desarrollar bajo la aludida propia responsabilidad).

— Y de otro lado, y desde el punto de vista jurídico abierto a la noción de gobernanza, se entiende[7] la autoadministración como autorregulación, para sostener que, cuando se habla de autoadministración, siempre se trata de la actividad de determinadas unidades o estructuras de autoadministración —calificables, más genéricamente, de colectivos de regulación—, que no son sino grupos de personas o asociaciones de personas, así como instituciones consolidadas organizativamente, que se caracterizan por un régimen regulativo propio que pretende validez en el grupo, la asociación o

4. Sobre este extremo, Parejo Alfonso (2009; 20-21).
5. Fernández Farreres (2003). En el mismo sentido, ya antes, Parejo Alfonso (1991).
6. Bogumil (2018).
7. Schuppert (2015).

la institución, y que o bien se han otorgado a sí mismos o es reconducible a un legislador por ellos reconocido.

Desde el punto de vista jurídico-positivo es claro que las determinaciones que la CE efectúa en sus artículos 137, 140 y 141 descansan en —y traducen— el reconocimiento de una realidad social (la existencia de grupos sociales consolidados históricamente y derivados del asentamiento territorial determinante de relaciones e intereses comunes resultantes de la vecindad) que es constitutiva, al otorgarse a tal realidad la condición de pieza basal de la entera organización territorial del Estado conforme a determinadas características (que se garantizan en términos de institución dotada de autonomía). Reconocimiento, el anterior, que la aludida regulación constitucional hace extensivo a las provincias, en cuanto que grupos sociales de segundo grado (agrupación forzosa de los municipales)[8]. En este sentido es significativo que la STS de 26 de junio de 2019 (rec. cas. 5075/2017) contenga la siguiente afirmación: "Los municipios, provincias y comunidades autónomas son entidades territoriales, fundamentales del principio democrático y políticamente representativas de los intereses de los grupos humanos asentados en ellas". De donde se sigue —así puede ya adelantarse— el carácter originario de la potestad normativa local y su proyección sobre la propia organización y el entero ámbito decisional suministrado por el elenco de competencias asignadas legalmente.

Así como en Francia la organización de las entidades locales[9] es sustancialmente uniforme, dejando así más bien poco espacio a estas para opciones propias en tal materia, y en Inglaterra el régimen local (regulado, con carácter general, en la *Local Government Act* de 1999, aunque su composición es ciertamente más compleja) permite intervenciones del poder central desconocidas para el derecho español[10], en Alemania e Italia el régimen de los entes locales guarda clara semejanza con el español. La Constitución federal alemana garantiza, en efecto y en su art. 28, el reconocimiento en todos los *Länder* de la autonomía municipal en términos de: i) derecho de los municipios a regular, bajo su propia responsabilidad y dentro del marco

8. Según las SSTC 109/1988, de 21 de julio, y 103/2013, de 25 de abril, el texto constitucional define un modelo común que, con independencia de su desarrollo autonómico, se extiende a cuanto sea necesario para su determinación y contiene una inequívoca garantía de la autonomía provincial para la gestión de sus intereses (STC 32/1981, de 28 de julio) y la encomienda de su gobierno y administración autónoma a diputaciones u otras corporaciones representativas; autonomía que ha de ser respetada por el Estado *stricto sensu*, como por los poderes autonómicos, y hace referencia a la distribución territorial del poder del Estado en el sentido amplio del término (SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 32/1981, de 28 de julio; 27/1987, de 27 de febrero; 213/1988, de 11 de noviembre; y 259/1988, de 22 de diciembre).

9. Baste con remitir a la información que proporciona AMF (2020).

10. Véase Sandford (2022: 9-11).

de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local; y ii) bases de la responsabilidad financiera local[11]. Pero la semejanza es quizás más acusada en el caso italiano, toda vez que:

a) Los arts. 114, 117 y 119 de la Constitución determinan que los municipios, las provincias, las ciudades y las regiones son entes autónomos, que cuentan con sus propios estatutos, facultades y funciones según los principios establecidos en ella (autonomía, que incluye la financiera sobre los ingresos y gastos propios), gozando de potestad reglamentaria para regular la organización y el desarrollo de las funciones que les estén encomendadas.

b) Y el art. 3 del texto único de los entes locales aprobado por Decreto Legislativo 267/2000 (actualizado en 2003) establece, de modo consecuente, la autonomía de las comunidades locales, articuladas en municipios y provincias; autonomía que caracteriza como estatutaria, normativa, organizativa y administrativa, así como impositiva y financiera en el ámbito de los propios estatutos y reglamentos y de las leyes de coordinación de las finanzas públicas.

2
Características de la autoorganización según la doctrina constitucional

2.1
Concurrencia en toda organización, privada y pública; su alcance

Conforme a lo dicho, la ausencia de atribución expresa de la potestad de autoorganización no significa carencia, sino innecesariedad de su asignación, al ser inherente a toda estructura colectiva, pública o privada. Se explica así que, para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la potestad de autoorganización:

a) Está inserta: i) en las asociaciones fruto del ejercicio del derecho fundamental de asociación[12], en este derecho, especialmente

11. Un análisis de la autoorganización en el contexto de la autoadministración propia de los entes locales, en la doctrina alemana, en Schuppert (1989). En este texto se realiza al propio tiempo un comentario a la obra de Hendler (1984).

12. SSTC 218/1988, de 22 de noviembre; 96/1994, de 21 de marzo; 173/1998, de 23 de julio; 46/2001, de 15 de febrero; 135/2006, de 27 de abril, y 226/2016, de 22 de diciembre.

cuando su ejercicio (o el de la libertad de sindicación) da lugar a entidades de especial relevancia constitucional, como los partidos políticos[13] y los sindicatos[14]; y también ii) en las entidades basadas en la libertad religiosa[15] y de culto, así como —en el contexto del derecho fundamental a la educación— iii) en la autonomía reconocida a las Universidades[16].

b) Con ella cuenta el Estado (en sentido estricto o de instancia general), sin necesidad de apoyo constitucional concreto y expreso, para el ejercicio de sus competencias[17]. Potestad, esta, que se reconoce a los órganos constitucionales, comenzando por las Cortes Generales (y también las asambleas parlamentarias autonómicas), en términos de autonomía administrativa para ordenar su propia organización y personal y elegir sus órganos de gobierno[18], y entendiendo que la autoorganización es precisa para preservar aquella autonomía[19], por constituir la dimensión interna de la "autonomía reglamentaria" de las asambleas parlamentarias[20] y ser esta, a su vez, una manifestación del "genérico poder de —autonormación y— autoorganización" de las mismas[21]. Reconocimiento que se extiende al Consejo General del Poder Judicial, que cuenta, en cuanto que órgano constitucional, con potestades propias de autoorganización inmunes a la potestad reglamentaria del Gobierno, aunque no necesariamente a lo que la ley pueda disponer[22], y el propio Tribunal Constitucional[23]. Y, finalmente, también al complejo orgánico-funcional ejecutivo aludido genéricamente como Administraciones públicas, de las que se predica, igualmente sin respaldo en precepto expreso alguno[24], un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o

13. STC 56/1995, de 6 de marzo.
14. SSTC 84/1989, de 10 de mayo; 86/1992, de 16 de noviembre; 292/1993, de 18 de octubre; 134/1994, de 9 de mayo; 168/1996, de 29 de octubre; 201/1999, de 8 de noviembre; y 70/2000, de 13 de marzo.
15. STC 46/2001, de 15 de febrero.
16. SSTC 106/1990, de 6 de junio; y 45/2005, de 3 de marzo.
17. SSTC 157/1985, de 15 de noviembre; 133/1997, de 16 de julio; y 224/2012, de 29 de noviembre.
18. SSTC 227/2004, de 29 de noviembre; y 38/2022, de 11 de marzo.
19. SSTC 118/1988, de 20 de junio; y 161/1988, de 20 de septiembre.
20. SSTC 4/1992, de 13 de enero; 44/1995, de 13 de febrero; 234/2000, de 3 de octubre; 227/2004, de 29 de noviembre; y 191/2016, de 15 de noviembre.
21. STC 139/1988, de 8 de julio; y 141/1990, de 20 de septiembre.
22. STC 45/1986, de 17 de abril.
23. STC 47/2011, de 12 de abril.
24. Solo en el caso de las comunidades autónomas se indica que el principio de autoorganización tiene, además, un respaldo constitucional expreso en los arts. 147.2.c) y 148.1.1 CE, y los concordantes de los estatutos de autonomía. Para la Administración estatal se indica que, desde la perspectiva competencial, goza de libertad en la configuración del régimen jurídico de los bienes que integran el patrimonio del Estado, sin necesidad de un título competencial

completar sus estructuras, y de configurar o concretar organizativamente el *status* del personal a su servicio[25]. Se trata en este último caso, en efecto, de una potestad inscrita en la competencia ejecutiva, en cuanto que comprensiva de la elaboración de instrumentos o mandatos de contenido abstracto sobre organización[26] (así como sobre medios personales, materiales y económicos y procedimientos[27]) y articulación de mecanismos de colaboración y cooperación[28] de carácter discrecional[29], de ejercicio conforme al principio de eficiencia[30] y contentiva (al margen del derecho de fundación) de la de creación de nuevas organizaciones derivadas[31].

Como resulta de lo dicho, la potestad de autoorganización desborda los campos más ligados a la determinación de la propia estructura y la creación de organizaciones derivadas, para proyectarse sobre el universo de las competencias sustantivas en los diferentes sectores de la realidad, citándose expresamente los relativos a la protección medioambiental y de espacios naturales protegidos[32], cultivos marinos[33], administración electrónica[34], empleo público[35] e, incluso, acción internacional[36]. Pero, en la medida en que

específico y por la simple aplicación de su potestad de autoorganización (SSTC 94/2013, de 23 de abril; y 128/2016, de 7 de julio).

25. SSTC 57/1990, de 20 de marzo; 293/1993, de 18 de octubre; 156/1999, de 13 de julio; 110/2004, de 30 de junio; y 330/2005, de 15 de diciembre.

26. SSTC 70/1997, de 10 de abril; 242/1999, de 21 de diciembre; 36/2012, de 15 de marzo; 179/2013, de 21 de octubre; 87/2016, de 28 de abril; 55/2018, de 24 de mayo; 100/2019, de 18 de julio; y 36/2021, de 18 de febrero.

27. SSTC 99/1987, de 11 de junio; 55/2018, de 24 de mayo; y 100/2019, de 18 de julio.

28. Como señala la STC 105/2019, de 19 de septiembre, la mancomunidad responde a la potestad de autoorganización local y los intereses de la mancomunidad son, en realidad, los de los municipios consorciados a los que la diputación provincial ha de prestar apoyo y asistencia.

29. SSTC 84/2002, de 22 de abril; 114/2002, de 20 de mayo; 17/2003, de 30 de enero; y 168/2006, de 5 de junio.

30. SSTC 214/1989, de 21 de diciembre; 141/2014, de 11 de septiembre; 41/2016, de 3 de marzo; y 55/2018, de 24 de mayo.

31. STC 120/2011, de 6 de julio. Con relación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores se señala que es al Estado a quien corresponde, en la expresión más elemental de su competencia de autoorganización, determinar que órganos designan a los miembros del Consejo, así como los aspectos relativos a la duración de su mandato y a las causas y consecuencias del cese en sus respectivos cargos (STC 133/1997, de 16 de julio). Y al hilo de los actuales letrados de la Administración de Justicia se declara que la previsión de constitución de un órgano de dirección y coordinación de aquellos no es sino manifestación de la potestad de autoorganización del Estado (STC 224/2012, de 29 de noviembre).

32. Correspondiendo al Estado en la materia la legislación básica, las comunidades autónomas cuentan en ella, además de la legislación de desarrollo y en sede de la ejecución, la potestad de autoorganización (SSTC 194/2004, de 4 de noviembre; 33/2005, de 17 de febrero; 161/2014, de 7 de octubre; y 45/2015, de 5 de marzo).

33. STC 103/1989, de 8 de junio.

34. Como señalan, indicando incluso que la materia constituye un aspecto central de la "potestad de autoorganización" inherente a la autonomía, las SSTC 111/2016, de 9 de junio; y 10/2023, de 23 de febrero.

35. STC 127/2019, de 31 de octubre.

36. SSTC 80/2012, de 18 de abril; y 77/2017, de 21 de junio.

es implícita, no alcanza a materias que rebasan el círculo de las referidas competencias, cual sucede con la convocatoria de un referéndum por una comunidad autónoma[37].

2.2
Inherencia a la autonomía territorial

No puede sorprender, pues, que el Tribunal Constitucional considere que la potestad de autoorganización es inherente a la autonomía territorial[38].

2.2.1
Autoorganización de las comunidades autónomas

2.2.1.1
Carácter, contenido y alcance

Por lo que hace a la autonomía de las comunidades autónomas, la jurisprudencia constitucional identifica autoorganización con competencia en materia de régimen de organización del autogobierno, esto es, con la de decidir cómo organizar el desempeño de las propias competencias, consistiendo en la regulación de las propias "instituciones de autogobierno" y, por tanto, en la facultad de crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran la respectiva Administración o dependen de ella, de lo que resulta, por tanto, que las "cuestiones de organización" (qué órgano ha de decidir-actuar y cómo debe hacerlo) forman el núcleo mismo de la referida potestad[39].

37. SSTC 103/2008, de 11 de septiembre; y 51/2017, de 10 de mayo.
38. SSTC 34/2013, de 14 de febrero; y 86/2019, de 20 de junio.
Desde muy temprano ha existido coincidencia mayoritaria en la doctrina científica con la jurisprudencia indicada. Véase, con referencia a la autonomía de las comunidades autónomas, Carro Fernández-Valmayor (1991a: 322). El trabajo, con algunas variantes, ha sido publicado también en Carro Fernández-Valmayor (1991b), para quien la competencia en materia de organización administrativa es una competencia implícita en la autonomía garantizada constitucionalmente, que no necesita, por ello, expreso apoyo normativo y que tiene, naturalmente, carácter instrumental respecto de las competencias sustantivas asumidas por las comunidades autónomas en sus respectivos estatutos de autonomía.
Véanse también las otras coincidentes opiniones doctrinales que dicho autor recoge, y concretamente las de Sosa Wagner (1987: 83-84); Carreras Serra (1988: 393); y Bassols Coma (1984: 106).
39. SSTC 204/1992, de 26 de noviembre; 55/1999, de 6 de abril; 56/1990, de 29 de marzo; 41/2016, de 3 de marzo; 110/2016, de 9 de junio; y 55/2018, de 24 de mayo.

Esta tiene, en este ámbito, una dimensión y un contenido dobles: es, de un lado, expresa por relación a su contenido explícito en el correspondiente estatuto de autonomía, pero, de otro lado, es también implícita en todo lo demás cubierto por la función institucional e identitaria de la norma estatutaria[40]. Y son indiscutibles tanto su extensión a la propia organización como su límite: el propio de los ámbitos que, materialmente, correspondan a la propia comunidad autónoma, pues no son concebibles órganos, servicios o agencias autonómicos cuyas funciones no sean reconducibles a unas u otras competencias estatutarias[41]. Su contrario es la heteroorganización, al que corresponden los fenómenos de la transferencia y la delegación de competencias[42].

2.2.1.2
Relatividad, sin refractariedad del núcleo a la fijación de límites

Ni siquiera el núcleo mismo de la potestad está exento de límites, pues, estos pueden ser fijados por el Estado cuando razones constitucionales así lo justifiquen[43]. En términos del Tribunal Constitucional: salvo en lo relativo a la creación de la propia Administración, la potestad de autoorganización no se inscribe en la competencia exclusiva de las comunidades autónomas, ni siquiera en lo que afecta a los aspectos de organización interna y de funcionamiento[44].

La razón de que así sea radica en que la creación estatal de órganos en los que participen las comunidades autónomas y el carácter mixto y de representación de las Administraciones implicadas de los mismos no les priva de su condición estatal, de modo que su articulación básica —en sus líneas fundamentales, el modo de integración en ellos (composición y mínimos de participación de los diferentes componentes...) y sus atribuciones esenciales— no alcanza a condicionar la autoorganización autonómica[45]. Y ello

40. STC 31/2010, de 28 de junio.
Se entiende así que, aun cuando las instituciones de autogobierno sean primordialmente las que el Estado crea y la Constitución garantiza, la comunidad autónoma puede crear otras en la medida en que lo juzgue necesario para su autogobierno (STC 165/1986, de 18 de diciembre).
41. SSTC 165/1986, de 18 de diciembre; 204/1992, de 26 de noviembre; 55/1999, de 6 de abril; 77/2017, de 21 de junio; 142/2018, de 20 de diciembre; 68/2021, de 18 de marzo; y 36/2022, de 10 de marzo.
42. STC 56/1990, de 29 de marzo.
43. SSTC citadas en nota anterior.
44. SSTC 32/1981, de 28 de julio; 227/1988, de 29 de noviembre; 50/1999, de 6 de abril; 34/2013, de 14 de febrero; 130/2013, de 4 de junio; 141/2014, de 11 de septiembre; 91/2017, de 6 de julio; 143/2017, de 14 de diciembre; y 33/2018, de 12 de abril.
45. SSTC 137/1986, de 6 de noviembre; 48/1988 y 49/1988, ambas de 22 de marzo; 133/1990, de 19 de julio; y 149/2012, de 5 de julio.

porque, teniendo esta por objeto la orquestación del ejercicio de las competencias, no afecta al esquema competencial ni impide a las comunidades autónomas la creación, en ejercicio de su potestad de autoorganización, de los servicios y unidades que estime convenientes[46]. Lo que no impide, cual sucede con los órganos consultivos análogos al Consejo de Estado y por tratarse de supuesto distinto, la creación de órganos autonómicos propios dotados de las mismas funciones que aquel Consejo para el cumplimiento de dichas funciones en el ámbito de competencia autonómica[47].

El expresado núcleo, que alcanza a extremos conexos con la organización y el funcionamiento (como el procedimental y el de determinación de los recursos propios), pero también a la llamada administración electrónica (considerada aspecto central de la autoorganización[48]), es ciertamente especialmente resistente, aunque en diferente grado, a la compresión o limitación, pero su legitimidad depende, por lo dicho, del respeto de las competencias estatales capaces de incidir en ella, tanto en el ámbito del aludido núcleo como en el de su proyección sobre el ejercicio de las competencias sustantivas[49]. En efecto, la potestad de organización:

a) No puede abarcar toda la organización de la respectiva Administración pública y el completo régimen estatutario de sus funcionarios, siendo, así y en este campo, relativa[50]. Aunque, en el terreno de la primera, incluya la atribución a entes locales (cuando tengan la condición, además, de instituciones autonómicas, cual sucede con los cabildos insulares) de precisas competencias[51], no resulta afectada la determinación estatal del régimen de incompatibilidades aplicable a los cargos públicos en punto a retribuciones con motivo de su cese[52]. Y en el terreno de la función pública, si bien puede operar con criterios de su elección, ha de hacerlo en desarrollo y, por tanto, en el marco de las coordenadas constitucionales y del régimen estatutario básico de la función pública, si bien con amplias facultades para establecer la estructura y organización de los medios propios[53].

b) Encuentra límites generales en la competencia del Estado sobre: 1) las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas

46. SSTC 35/2013, de 14 de febrero; 62/2013, de 14 de marzo; y 198/2014, de 15 de diciembre.
47. STC 204/1992, de 26 de noviembre.
48. SSTC 111/2016, de 9 de junio; 55/2018, de 24 de mayo; y 132/2018, de 13 de diciembre.
49. STC 40/2018, de 26 de abril.
50. SSTC 35/1982, de 14 de junio; 76/1983, de 5 de agosto; y 165/1986, de 18 de diciembre.
51. STC 86/2019, de 20 de junio.
52. STC 18/2016, de 4 de febrero.
53. STC 37/2002, de 14 de febrero; 110/2004, de 30 de junio; 113/2010, de 14 de noviembre; y 165/2013, de 26 de septiembre.

(la cual alcanza también a las corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos o profesionales), competencia que habilita para establecer —con relación a todas las Administraciones públicas—: i) los principios y las reglas básicos sobre los aspectos organizativos y de funcionamiento definidores de un régimen unitario para todas ellas, ii) las normas sobre las potestades administrativas que se confieren a dichas entidades para el cumplimiento de sus fines, y iii) las normas relativas a las relaciones interadministrativas; y también, 2) el procedimiento administrativo común (permisivo, sin embargo, de procedimientos especiales)[54]. Pero el alcance de lo básico es desigual: menor en las cuestiones referentes a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas (en las que es consecuentemente mayor la amplitud de la autoorganización autonómica de la propia Administración), y mayor en las que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afecten a la esfera de los derechos de los administrados (con el objetivo fundamental, que no único, de garantizar a estos un tratamiento común)[55].

Esta competencia estatal se extiende a sujetos que no son Administración pública en sentido clásico o formal (como las cámaras de comercio, los colegios profesionales, las personificaciones instrumentales de derecho privado vinculadas a una Administración territorial o los particulares que manejan fondos) e, incluso, a la actividad administrativa de órganos constitucionales y estatutarios, pero con respeto, en todo caso, de su autonomía constitucional o estatutariamente reconocida[56].

En su proyección sobre la actuación administrativa en los diferentes sectores, es decir, externa, goza también de mayor o menor libertad según la materia concreta de que se trate, pero dentro de los expresados límites, que incluyen las bases de la planificación económica general[57].

54. STC 55/2018, de 24 de mayo.

55. SSTC 32/1981, de 28 de julio; 76/1983, de 5 de agosto; 227/1988, de 29 de noviembre; 50/1999, de 6 de abril; 97/2001, de 5 de abril; 1/2003, de 16 de enero; 251/2006, de 25 de julio; 194/2012, de 31 de octubre; 130/2013, de 4 de junio; 143/2013, de 11 de julio; 141/2014, de 11 de septiembre; 210/2014, de 18 de diciembre; 41/2016, de 3 de marzo; 44/2017, de 27 de abril; 54/2017, de 11 de mayo; 91/2017, de 6 de julio; 93/2017, de 6 de julio; 143/2017, de 14 de diciembre; 33/2018, de 12 de abril; 55/2018, de 24 de mayo; 67/2018, de 21 de junio; 132/2018, de 13 de diciembre; 39/2019, de 14 de marzo; 65/2020, de 18 de junio; y 36/2022, de 10 de marzo.

Sobre, en particular, el procedimiento administrativo común: STC 110/2018, de 17 de octubre.

56. SSTC 20/1988, de 18 de febrero; 3/2013, de 17 de enero; 130/2013, de 4 de junio; 54/2017, de 11 de mayo; 132/2018, de 13 de diciembre; 100/2019, de 18 de julio; y 37/2021, de 18 de febrero.

57. SSTC 34/2013, de 14 de febrero; y 82/2013, de 11 de abril.

c) En unos casos debe respetar íntegramente la legislación estatal, en otros puede optar entre distintas soluciones en cuanto no colidan con normas básicas del Estado, y en otros, por último, resolver con mayor libertad[58].

El menor alcance se da en las materias en las que a la comunidad autónoma corresponda solo la ejecución de la legislación estatal, pues en ella funge la potestad de autoorganización como función normativa de articulación de los servicios propios correspondientes que sean necesarios para la referida ejecución[59]. Pero este ámbito autoorganizativo no queda afectado —en el orden de la colaboración, cooperación y coordinación— por la mera previsión estatal de una estructura organizativa y de participación para favorecer la adecuada articulación de las correspondientes competencias, pues ni alteran el esquema competencial ni impiden a la comunidad autónoma la creación de los servicios o unidades propios que estime convenientes en orden al adecuado ejercicio de sus competencias de ejecución, siempre y cuando las funciones atribuidas a los referidos órganos de participación no vengan a sustituir dichas competencias autonómicas[60].

2.2.2
Autoorganización de las entidades locales

2.2.2.1
Inscripción en autonomía de contenido político, pero alcance administrativo

La cualificación de los entes locales garantizados como organizaciones-instituciones que tienen la condición de poderes públicos administrativos territoriales de carácter democrático —como regla general representativo en primer o segundo grado y cauce de ejercicio del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos— y político no ha obstado, como se sabe, a la atribución a los mismos de un poder de decisión únicamente administrativo[61].

58. SSTC 58/1982, de 27 de julio; 76/1983, de 5 de agosto; 20/1988, de 18 de febrero; 249/1988, de 20 de diciembre; 227/1989, de 20 de noviembre; y 31/2010, de 28 de junio.
59. SSTC 37/1987, de 26 de marzo; 249/1988, de 20 de diciembre; 227/1989, de 29 de noviembre; 319/1993, de 27 de octubre; 196/1997, de 13 de noviembre; 251/2006, de 25 de julio; 313/2006, de 8 de noviembre; 314/2006 y 315/2006, ambas de 8 de noviembre; y 31/2010, de 28 de junio.
60. SSTC 244/2012, de 18 de octubre; y 71/2018, de 21 de junio.
61. Así resulta de la ubicación de la Administración local en el Título VIII de la CE —"Organización territorial del Estado"—, así como de los arts. 1, 2, 11 y 31. 1 y 2 LRBRL. De ahí que el art. 2.3

2.2.2.2
Carácter implícito, pero originario, por vinculación a la garantía de la autonomía

Al contrario que la autoorganización de las comunidades autónomas, que —al contar, la referida a las instituciones de autogobierno, con respaldo constitucional-estatutario— solo en todo lo demás es implícita, la de los entes locales, en cuanto que limitado el pronunciamiento constitucional sobre ellos a la garantía de su autonomía, es toda ella implícita. El Tribunal Constitucional la considera, en efecto y para todas las estructuras locales (incluso las de menor tamaño y hasta las no personificadas)[62], "inherente a la autonomía constitucionalmente garantizada"[63], sin perjuicio de su consecuente consagración legislativa ordinaria junto a la potestad reglamentaria[64]. Por ello, la autonomía se acompaña de los poderes de autoorganización, tributarios y financieros y de programación y planificación, de modo que la actuación de ese conjunto de poderes se concreta en el ejercicio de las competencias y en el reconocimiento de una competencia general, inherente o implícita, para actuar en beneficio de la colectividad local[65].

Esto es así, por la conexión, desde la entrada en vigor de la LRBRL hasta hoy, de la autoorganización a la expresada garantía institucional o constitucional de la autonomía local, si bien diluyendo el régimen local (en cuanto materia) en el régimen jurídico (básico) de las Administraciones públicas previsto en el artículo 149.1.18.ª CE; y ello a pesar de la alusión que a la legislación

LRJSP los incluya, correctamente, entre los que tienen la consideración de Administración pública.

El reconocimiento de estas características figura primero implícitamente en la STC 11/1999, de 11 de febrero (la diferencia con la autonomía de las comunidades autónomas no radica en la concurrencia o no de la dimensión política, sino en la diferencia de tal dimensión), y luego explícitamente en la STC 111/2016, de 9 de junio (no son cualesquiera Administraciones, al estar dotadas de órganos representativos con legitimidad democrática directa que llevan a cabo tareas también de gobierno).

En línea con esta doctrina constitucional, la STS de 20 de enero de 2005 (rec. cas. 6904/2001) resume el alcance de la autonomía local afirmando que es un principio estructural rector de la organización territorial, cuyo desarrollo corresponde al legislador, que garantiza a los entes territoriales de ámbito municipal o provincial la capacidad de decidir libremente y bajo su plena responsabilidad, entre varias opciones legalmente posibles, aquella que estime oportuna con arreglo a criterios esencialmente políticos, que es circunstancial a su caracterización como poder público territorial y a la capacidad de autodeterminación de sus propios intereses. Y la STS de 26 de junio de 2019 (rec. cas. 5075/2017), a pesar de reconocer que un acuerdo municipal consiste en una declaración de naturaleza política, lo anula por situarse al margen de las cuestiones de interés municipal y de las competencias que corresponden a la entidad local, de acuerdo con la Constitución y el marco normativo aplicable.

62. SSTC 41/2016, de 3 de marzo; 168/2016, de 6 de octubre; y 19/2017, de 2 de febrero.
63. SSTC 214/1989, de 21 de diciembre; 103/2013, de 25 de abril; 111/2016, de 9 de junio; y 101/2017, de 20 de julio.
64. STC 18/2016, de 23 de junio.
65. SSTC 233/1988, de 2 de diciembre; 214/1989, de 21 de diciembre; y 132/2001, de 8 de junio.

con tal objeto hace el artículo 148.1.2.ª CE y a la afirmación de la necesaria contemplación de la Administración local como una materia como condición para evitar la evanescencia de su régimen jurídico (por disolución en una multiplicidad de aspectos sujetos a un régimen diversificado)[66]. Y ello sin perjuicio de la evolución de tal doctrina, en punto a la función de la LRBRL, desde su condición *in totum* de parte del bloque de la constitucionalidad, hasta la diferenciación en ella de dos contenidos: el directamente derivable de los antes aludidos preceptos constitucionales, que integra —junto con estos— el bloque de la constitucionalidad, y el restante que efectivamente tenga carácter básico (capaz de desencadenar solo indirectamente la inconstitucionalidad por virtud de su vis especifica en cuanto normativa básica)[67].

2.2.2.3
Traducción en potestades y competencias

La autonomía así garantizada comporta la necesaria dotación de los poderes públicos territoriales locales con las potestades y competencias (así como medios económico-financieros) sin las cuales aquella no puede ser efectiva, es decir, no pueden existir realmente un gobierno y una administración locales bajo la propia responsabilidad, ni, por tanto, tener los aludidos poderes la condición de verdaderos ordenamientos (aunque limitados por derivados de la CE e inscritos en los ordenamientos de las instancias territoriales superiores, es decir, operantes en el marco de la ley de dichas instancias emanada)[68].

66. Así, en la fundamental STC 214/1989, de 21 de diciembre.

67. Conforme a las SSTC 170/1989, de 19 de octubre, y 109/1998, de 21 de mayo, la autonomía local goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar, y que supone que ha de preservarse una institución "en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar".

Pero, según las SSTC 27/1987, de 27 de febrero; 109/1998, de 26 de mayo; 259/1988, de 22 de diciembre; 214/1989, de 21 de diciembre; 385/1993, de 23 de diciembre; y 159/2001, de 5 de julio, esa garantía "no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial", pues la atribución de las competencias a los entes locales corresponde al legislador estatal y autonómico, en el marco de sus respectivas competencias sectoriales (sin poder desconocer los criterios de la LRBRL). Esta compleja articulación de las competencias de los entes locales se explica porque en el sistema arbitrado se mantiene y conjuga un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, quedando la ulterior operación deferida al legislador competente por razón de la materia (en su caso autonómico). De ahí la singular y específica naturaleza y posición de la LRBRL en el ordenamiento jurídico, integrándose, en la parte que sea concreción de principios constitucionales, dentro del "bloque de la constitucionalidad". Teniendo en cuenta la dualidad de contenidos de la LRBRL, aunque su encaje constitucional esencial se sitúe en los arts. 137, 140 y 141 CE, también halla fundamento en el título competencial estatal del art. 149.1.18 CE.

68. STC 170/1989, de 19 de octubre (con cita de la STC 32/1981, de 28 de julio).

2.2.2.4
Especificidad del marco legal

La apuntada vinculación a la garantía institucional, a través de la LRBRL, implica —no obstante la ubicación del título competencial para el dictado de esta en la materia determinada como bases del régimen jurídico general de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.ª CE)— la consideración del régimen local como una "materia" que, al no quedar emulsionada sin más en la del régimen general de todas las Administraciones, conserva cierta entidad propia en el seno de este. Porque solo contemplando la Administración local como una materia pierde su régimen jurídico evanescencia (por dilución en una multiplicidad de aspectos sujetos a régimen jurídico diversificado) y adquiere por tanto consistencia[69], lo que confirma el empleo por el Tribunal Constitucional de la LRBRL (en los términos indicados) como criterio de constitucionalidad de otras leyes y, en particular, las autonómicas con idéntico objeto[70].

La entrega de la concreción de la autonomía local al legislador ordinario determina, así, la especificidad del marco legal en que ha de desenvolverse la autoorganización de los entes locales; especificidad que consiste en su definición, fundamentalmente y de manera conjunta, por la legislación básica estatal y la autonómica de desarrollo, y, por tanto, de la que se sigue que sus límites —ya incluso en el terreno puramente organizativo— resultan de la acción combinada de dichas normativas[71]. Sin perjuicio de que estas deban preservar el pertinente espacio para el despliegue por los entes locales de su capacidad de autoorganización, su juego respectivo responde a las siguientes reglas:

— A la normativa estatal básica de régimen local (como parte, constitucionalmente hablando, del régimen jurídico del conjunto de las Administraciones públicas) corresponde identificar el núcleo del ordenamiento local que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado, incluyendo, así, únicamente los aspectos necesarios al efecto, sin agotamiento de todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organización y el funcionamiento interno de los órganos locales[72]. De esta suerte, la legislación básica estatal puede primar la gestión

69. En este sentido, la ya citada STC 214/1989, de 21 de diciembre.
70. En la doctrina científica, véase al respecto, por todos, Cidoncha Martín (2017).
71. SSTC 214/1989, de 21 de diciembre; y 103/2013, de 25 de abril.
72. SSTC 32/1981, de 28 de julio; 214/1989, de 21 de diciembre; 50/1999, de 6 de abril; 103/2013, de 25 de abril; y 41/2016, de 3 de marzo.

directa o mediante organismo autónomo frente a la entidad pública empresarial y la sociedad mercantil[73], o reservar al pleno municipal la facultad de optar por una u otra fórmula organizativa en las sociedades mercantiles locales; prescripciones que no pueden ser desarrolladas por las comunidades autónomas restringiendo el espacio de autoorganización local que de ellas resulta[74]. En todo caso, comprende la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos cuya función principal consista en la protección de los derechos de terceros, en atender sus reclamaciones y hacer las correspondientes sugerencias a la Administración municipal, haciendo necesaria una mayor intensidad regulatoria para garantizar un tratamiento común de los administrados.

— Más allá de dicho núcleo y, desde luego, en ausencia de normativa estatal básica, el terreno es propio, en principio, de la legislación autonómica, toda vez que las técnicas organizativas y los instrumentos de cooperación forman parte de las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las comunidades autónomas. En este ámbito, la extensión de las bases debe ser, pues, reducida, sin agotar todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organización y el funcionamiento interno de los órganos[75]. No obstante, y por excepción, la legislación básica puede establecer reglas que penetren de lleno en la organización interna de las corporaciones locales, estableciendo un criterio unívoco que no admite las adaptaciones que pudieran resultar de las competencias autonómicas de régimen local y, menos aún, del ejercicio del poder local de autoorganización[76].

2.2.2.5
Relatividad, pero con núcleo irreductible: la llamada organización complementaria

Lo que no significa que la organización de los entes locales no corresponda primariamente a los propios entes locales, ya que el marco estatal-autonómico debe conceder amplios márgenes a la correspondiente potestad

73. SSTC 41/2016, de 3 de marzo; y 107/2017, de 21 de septiembre.
74. STC 137/2018, de 13 de diciembre.
75. SSTC 210/214, de 8 de diciembre; y 41/2016, de 3 de marzo.
76. Véanse las SSTC citadas en la nota 55.

de dichas entidades para, a la vista de sus necesidades concretas, realizar el diseño definitivo de su organización, si bien aquella potestad en ningún caso es ilimitada, ni confiere total libertad para decidir sobre cualesquiera órganos distintos de los que derivan directamente del texto constitucional[77]. Por tanto, la ley (sea desde luego la básica estatal, pero también la autonómica de desarrollo del régimen local) puede incidir tanto en la organización directa de los entes locales como en la de los entes instrumentales de estos, imponiendo a la autoorganización límites, que, sin embargo, deben respetar el ámbito de ordenación propia que deba corresponder a la Administración local[78]. De lo que resulta que el núcleo irreductible de la potestad de autoorganización es el representado por la organización complementaria de la determinada por la legislación básica; organización complementaria, que debe ser, así, respetada por la legislación autonómica de desarrollo[79], especialmente cuando se trata de órganos de funcionamiento interno de los entes locales[80]. Tal núcleo aparece conectado con lo relativo a la estructura, clasificación y peculiaridades de unidades y puestos de trabajo y a los concursos de méritos para la provisión de estos últimos[81].

2.2.2.6
Proyección sobre las competencias sustantivas

La proyección de la autoorganización, también en este escalón territorial, sobre los ámbitos de competencia sustantiva atribuida para la gestión de los intereses locales, implica que, en ellos, comprende la facultad de elegir una u otra forma organizativa a través de la que ejercitar las competencias[82],

77. SSTC 103/2013, de 25 de abril; y 143/2013, de 11 de julio.
78. SSTC 41/2016, de 3 de marzo; 103/2016, de 6 de junio; 143/2016, de 14 de diciembre; y 137/2018, de 13 de diciembre.
79. STC 210/214, de 8 de diciembre.
80. STC 30/1993, de 25 de enero.
81. SSTC 293/1993, de 18 de octubre; y 235/2000, de 5 de octubre.
82. SSTC 41/2016, de 3 de marzo; 103/2013, de 25 de abril; y 180/2016, de 20 de octubre. En estas sentencias se precisa:
- La imposición por la legislación básica de condiciones que inciden en la organización local interna señala que, en cuanto dirigida a asegurar intereses generales con inspiración en los mandatos constitucionales de eficiencia en el uso de los recursos públicos y estabilidad presupuestaria, y orientada, por ello, a asegurar la efectividad de principios generales de buena gestión financiera, no vulnera la potestad organizatoria municipal ni hurta a las comunidades autónomas amplios márgenes de desarrollo.
- El condicionamiento por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local de las soluciones locales en punto a los núcleos de población separados, aunque condiciona la potestad municipal de autoorganización y las competencias autonómicas sobre régimen local, se justifica igualmente en el principio de eficiencia.
- La previsión, por la legislación básica, del consorcio como instrumento que permite la colaboración voluntaria del ente local con otras Administraciones públicas en relación

y que la prestación de los servicios correspondientes no es transferible en bloque (de modo general o indiscriminado) a otra instancia, ni siquiera la asimismo local provincial, por ser ello de suyo incompatible justamente con la potestad de autoorganización[83].

3
Régimen local básico común y autoorganización local

Es conforme con la doctrina constitucional expuesta la atribución a los municipios, las provincias y las islas, por el artículo 4.1 LRBRL, de un elenco de potestades de ejercicio "dentro de la esfera de sus competencias", y la regulación separada por los artículos 25, 26 y 27 (para los municipios) y 36 y 37 (para las provincias) del sistema de atribución de estas últimas competencias (propias y delegadas) por la legislación sectorial (estatal y autonómica) que corresponda conforme al bloque de la constitucionalidad. Unas, las potestades, y otras, las competencias, además de poder operar solo en el ámbito de acción legítima de los entes locales, deben actuarse de acuerdo con la ley y, más aún y como todas las de las Administraciones públicas, con sometimiento pleno al derecho. Y ello, no solo por mandato de la CE (art. 103.1), sino también de la LRBRL (arts. 5 y 6) y de la LRJSP (art. 3.1). El régimen local español está, pues, en sintonía con el concepto de autonomía local del artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, en el que la actuación "en el marco de la ley" constituye un dato central.

3.1
Potestades reglamentaria y de autoorganización: coincidencias y diferencias

Encabezan la enumeración de las potestades que se atribuyen a municipios y provincias en el artículo 4.1 LRBRL la reglamentaria y la de autoorganización. La diferenciación de una u otra —que es clara en el caso de las diputaciones (art. 33.2, a) y b), LRBRL)— obedece a que, en principio, aparecen referidas a ámbitos distintos: a la actuación *ad extra* (afectando a los ciudadanos), la pri-

con los servicios locales y los asuntos de interés común, y fórmula subsidiaria de la vía convencional condicionada, en todo caso, al cumplimiento de criterios de eficiencia y sostenibilidad financiera, indica que, si bien incide en el ámbito protegido por la autonomía local, no lo hace de un modo inconstitucional, porque la previsión estatal y los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa.

83. STC 11/2016, de 9 de junio.

mera, y a la actuación *ad intra* (consistiendo, por ello, en una acción interna, reflexiva o institucional para la ultimación de la arquitectura y el funcionamiento de la entidad local), la segunda. Y se manifiesta en que, si la reglamentaria es monofuncional por exclusivamente normativa, la autoorganizativa es plurifuncional, pudiendo conllevar desde normas hasta decisiones concretas; lo que explica que la LRBRL les otorgue denominación diversa: ordenanzas para la normación *ad extra* y reglamentos orgánicos para la normación *ad intra*. Pero ello no impide su coincidencia en el terreno común de la ordenación o normación, en el que pueden reconducirse a la categoría de potestad normativa[84] (recuérdese el tratamiento de la autoorganización de los órganos parlamentarios por la doctrina constitucional).

La potestad normativa local así entendida:

a) Es, como resulta de la doctrina constitucional, originaria, en cuanto inscrita en la autonomía garantizada constitucionalmente, y no deriva, por tanto, de una atribución o habilitación legal específica caso a caso o materia por materia, como se desprende ya del artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, a cuyo tenor la autonomía local consiste en la capacidad de los entes locales no solo de gestionar, sino precisamente de ordenar los correspondientes asuntos bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

b) En cuanto expresión de la facultad de autorregulación de la colectividad local no es idéntica a la reglamentaria propia de las instancias territoriales superiores, ya que, lejos de ser desarrollo de la programación legal, es expresión de una política propia que encuentra en la ley formal (estatal o autonómica) su límite en calidad de marco heterónomo al que ha de atenerse, al igual que sucede en la autonomía funcional propia de las universidades y los colegios profesionales, y con mayor razón que en ella[85]. En otro caso,

84. Lo confirman los arts. 123.1 c) y d) [atribución al pleno municipal de la aprobación, de un lado, de los reglamentos de naturaleza orgánica, pero, de otro, de las ordenanzas y los reglamentos en general] y 127.1 a) [atribución a la Junta de Gobierno Local de la aprobación de las ordenanzas y los reglamentos, incluidos los orgánicos, salvo las normas relativas al Pleno y sus comisiones] LRBRL. Pues, aunque incluidos estos preceptos en el título relativo a los municipios de gran población, su lógica es extrapolable a todos los municipios y, con mayor razón, a las diputaciones, como confirman el art. 99.2 y la disposición adicional 14.ª LRBRL.

85. Respecto de la autonomía de las universidades, las SSTC 42/1987, de 7 de abril, y 55/1989, de 23 de febrero, han dejado dicho que los estatutos de las mismas, aunque tengan su norma habilitante en la Ley, no son, en realidad, normas dictadas en su desarrollo; son reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la Ley, de modo que dichos estatutos se mueven en un ámbito de autonomía en el que el contenido de la Ley no sirve sino como parámetro controlador o límite de legalidad del texto. Y, en consecuencia, solo puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice

en efecto, la normativa propia local dejaría de ser una ordenación adoptada bajo la propia responsabilidad, conforme mandata el artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local.

Esta configuración legal básica de la autoorganización local —tal como la concretan los artículos 20.3 y 32.3 y la reserva y salvedad que, en su favor, efectúa el artículo 62, párrafo segundo, todos ellos de la LRBRL— traduce perfectamente su consideración por la doctrina constitucional como la expresión más genuina, el núcleo mismo, de la autonomía local. Y es de todo punto coherente con el artículo 6.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, a cuyo tenor: "Sin perjuicio de las disposiciones más generales creadas por la Ley, las entidades locales deben poder definir por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pretenden dotarse, con objeto de adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz".

frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, y es válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal.

Y, por lo que hace a los colegios profesionales:

— La STC 201/2013, de 5 de diciembre, señala que —en coherencia con la condición de los colegios profesionales como entes corporativos dotados de amplia autonomía, para la ordenación y el control del ejercicio de actividades profesionales— son sus estatutos los llamados a regir *prima facie* la vida de corporaciones que gozan de naturaleza pública, en cuanto ejercen funciones atribuidas por la ley o delegadas por la Administración, siendo en consecuencia a estos a quienes ha de corresponder la competencia sobre el régimen disciplinario de sus miembros, lo que hace que se haya calificado como una "remisión constitucionalmente legítima, [para] que sean los estatutos de cada colegio profesional los que especifiquen los cuadros de infracciones y sanciones que integren el régimen disciplinario de los respectivos colegiados".

— Por ello, la STC 219/1989, de 21 de diciembre, ha podido negar la conculcación por sanciones impuestas por un colegio profesional de la garantía formal de reserva de ley deducible del art. 25.1 de la Constitución, porque, aunque la única cobertura legal de las normas sancionadoras aplicadas viniera determinada por el art. 5.i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, que faculta a los mismos para "ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respecto debido a los derechos de los particulares y ejercer la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial", tal precepto contiene una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, vacía de todo contenido sancionador material propio, que sería inconstitucional en el ámbito de las relaciones de sujeción general (por serlo, en él, no solo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio) si se refiriera a relaciones de sujeción general (SSTC 42/1987, de 7 de abril, y 29/1989, de 6 de febrero), pero no así en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, en concreto las constituidas sobre la base de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y el control del ejercicio de actividades profesionales, que tiene fundamento expreso en el art. 36 de la Constitución; con la consecuencia, en este último ámbito, de que la relatividad del alcance de la reserva de ley en materia disciplinaria aparezca especialmente justificada.

3.2
Autoorganización y principio de legalidad

Estas características de la normativa local en modo alguno implican su independencia o desvinculación sustantiva de la ley, pues incluso en su espacio autónomo propio ha de respetar el contenido prescriptivo legítimo de esta, pero sí suponen —además de una relativización de la reserva constitucional material de ley (como ha establecido el Tribunal Constitucional en las materias sancionadora y tributaria)— que su vinculación a la legalidad superior sea calificable de negativa, como ha acabado afirmando la jurisprudencia del Tribunal Supremo[86] en el contexto de una opi-

86. Según la STS de 17 de noviembre de 2009 (rec. cas. 1147/2008), una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva acarrearía que, según el principio de legalidad, la corporación local solo pudiera actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de este para ello. Sin embargo, no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de tratado fue incorporada a nuestro ordenamiento, cual es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos del propio TS que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquellas, sin previa habilitación legal, actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no se contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

Y, en el mismo sentido, la STS de 7 de octubre de 2010 (rec. cas. 204/2008), después de señalar que la vinculación positiva a la ley no es la que mejor se acomoda —a la luz de la Carta Europea de Autonomía Local— a la potestad de dictado de ordenanzas locales, afirma la pertinencia de la tesis de la vinculación negativa, pues los entes locales pueden actuar sin previa habilitación legal en toda materia que sea de su competencia, siempre que, al hacerlo, no contradigan ni vulneren la legislación que pueda existir.

Es concluyente la STS de 13 de diciembre de 2019 (rec. cas. 2234/2016), que invoca la anteriormente citada, en la que:

- Se reitera la evolución de la jurisprudencia sobre este asunto.
- Se afirma, recogiendo lo dicho en la STS de 22 de mayo de 2015 (rec. 2433/2013), que, con carácter general, cualquier decisión sobre las competencias municipales no puede sustentarse sobre el criterio de la "vinculación positiva", por ser procedente el criterio de la "vinculación negativa", en virtud del cual la competencia normativa de las entidades locales no precisa de una específica habilitación legal en cada ámbito sectorial en el que, como ahora sucede, se dicta la ordenanza, siempre, claro está, que no esté excluida dicha competencia y que no contravenga la correspondiente legislación, estatal o autonómica, que resulte de aplicación.
- Concluye, reiterando lo dicho ya en SSTS de 11 de febrero de 2013 (rec. cas. 4490/2007), 8 de marzo de 2013 (rec. cas. 5778/2005), 2 de abril de 2013 (rec. cas. 97/2006) y 30 de abril de 2013 (rec. cas. 3027/2006), que, según viene declarando repetidamente (SSTS de 21 de mayo de 1997, 30 de enero de 2008 y 7 de octubre de 2009, entre otras), de los arts. 25 a 28 LRBRL, interpretados de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local, resulta una atribución genérica de potestades a los ayuntamientos para intervenir en todo el conjunto de materias relacionadas en el art. 25.2 de aquella disposición, y que representan el contenido competencial en que se hace reconocible el principio de autonomía municipal garantizado en los arts. 137 y 140 de la Constitución.

nión abrumadoramente mayoritaria de la doctrina científica[87]. Las muy contadas opiniones doctrinales críticas, entre las que sobresale la de T. Cano Campos[88], no desvirtúan la mayoritaria, sino más bien como apelación (a título de precisión desde un correcto entendimiento del principio de legalidad) a la no significación por la vinculación negativa de exención del sometimiento a la regulación establecida por la ley (o, si se quiere, del bloque de la legalidad); pretensión de una tal exención a la que, en efecto, es ajena la tesis de la vinculación negativa, que únicamente postula, justamente, la libertad de configuración normativa propia solo en el espacio que la regulación legal (estatal y autonómica) deje libre por exigencia constitucional.

3.3
Ordenación organizativa y de sectores materiales de acción administrativa

La potestad normativa debe distinguirse, en cualquier caso, de las competencias sustantivas locales en los diferentes sectores o materias (y el ejercicio en ellas de la potestad de ordenanza de la acción en ellas), por más que aquella y estas coincidan en su referencia necesaria al círculo de intereses de la colectividad institucionalizada (municipal o provincial) y, por tanto, al ámbito competencial atribuido (con independencia de que la precisión última de este dependa de la legislación reguladora de las diversas materias de acción administrativa). Pues la potestad normativa (en cualquiera de sus variedades autoorganizativa y reglamentaria) es formal, en el sentido de poder proyectarse sobre todas y cada una de dichas materias, siempre que la entidad de los títulos competenciales otorgados en estas proporcione soporte a su ejercicio, mientras que estos últimos títulos tienen como horizonte legítimo (no desbordable) el determinado por los límites que acotan la materia de que en cada caso se trate. El aludido carácter formal no precisa de mayor justificación, toda vez que es de todo punto evidente, por ejemplo, en las potestades tributaria y financiera, de programación y planificación, de ejecución y revisión de los actos propios y expropiatoria.

87. En este sentido ya Parejo Alfonso (1998). Más recientemente, Galán Galán (2004) habla de una genérica reserva de ordenanza local (inclusiva del reglamento orgánico) derivada de la exigencia constitucional de la preservación por las leyes de un suficiente espacio normativo a los entes locales.
88. Cano Campos (2019).

3.4
Delimitación legal del espacio decisional de autoorganización

3.4.1
Reserva de ley institucional

Como ya se ha razonado, la potestad de autoorganización no constituye excepción a la inscripción de la autonomía local en el marco de la ley, estando limitada por el marco representado por la legislación (estatal y autonómica) sobre "régimen local". Tal marco comprende, así, toda —y precisamente solo— la legislación de régimen local (en los términos de su integración en el régimen jurídico común a todas las Administraciones públicas), es decir, el marco organizativo estatal básico y el de desarrollo autonómico, cuya función delimitadora debe respetar, sin embargo y como ya se ha dicho, el ámbito de ordenación propia que deba corresponder a la Administración local[89]. Este respeto es imperativo porque la garantía institucional no es un arbitrio técnico constitucional aislado. Es una decisión:

a) Derechamente dirigida a identificar (y, por tanto, a imponer-preservar) el autogobierno local como tipo singular de poder público administrativo; un tipo con identidad propia, cuya esencia es la gestión bajo la propia responsabilidad legitimada democráticamente. Lo que la CE garantiza es, articulando el conjunto de disposiciones constitucionales conexas y, por ello, componentes también de la misma[90], un modo de existir específico de los entes locales necesarios: autonomía para la gestión de sus intereses en las tres dimensiones organizativa, competencial y financiera.

b) No implica una reserva de ley sin más, sino precisamente una reserva institucional de ley. Esta condición le otorga la función de guía organizativa (en su triple dimensión ya aludida) de la continuación —en sede infraconstitucional— del proceso inconcluso de

89. Las SSTS de 28 de junio y 7 de julio de 2021 (rec. cas. 1538/2020 y 1775/2020, respectivamente), con ocasión de pronunciarse sobre el art. 85.2 del Reglamento estatal de organización y funcionamiento de los entes locales, teniendo en cuenta la preconstitucionalidad de dicha norma (aunque no de su actualización) y la circunstancia de no tratarse del enjuiciamiento del lugar de la misma en el orden de las fuentes, incluida la legislación autonómica, sino exclusivamente de la cuestión puntual de si el antes aludido concreto artículo es o no materialmente básico, llegan a la conclusión de que lo es, efectuando la precisión de que tal condición no excluye que sobre dicha materia pueda haber una regulación municipal, siempre que sea complementaria y respetuosa con el reglamento estatal, ni tampoco que los reglamentos orgánicos municipales puedan optar por reproducir lo previsto en el reglamento o, simplemente, no regular nada, centrando su contenido orgánico en las materias que son por entero de su competencia.

90. Conjunto constitutivo del marco en que la garantía opera y cobra sentido.

organización del autogobierno local, y, en dicho proceso, el ejercicio infraconstitucional del poder o potestad de organización, embebido —como ya se ha dicho y desde la introducción de la división continental de poderes— en la función propia de cada uno de los órganos en que esa división se traduce.
La específica función de este tipo de reserva (que la distingue de la material o funcional, referida a la protección de la esfera de los ciudadanos) es la de asignación y encomienda al legislador de la adopción de determinadas decisiones de alcance político y, en especial, de las relativas a los centros capaces de ejercer poder público gubernativo-administrativo.

3.4.2
Integración del marco legal

Esto obliga a matizar la identificación constitucional de la materia régimen local en el apartado 18 del artículo 149.1 CE, aun aceptando la corrección de este título competencial en cuanto que permite la intervención del legislador autonómico. Pues la materia régimen jurídico básico de las Administraciones públicas está definida pensando primariamente en el tipo administrativo burocrático-institucional, como resulta de su tenor literal. Por tanto, el régimen local constituye en todo caso una materia "integrada" en la más amplia prevista en dicho precepto, pero sin perder su identidad propia por razón de su propio objeto: un tipo singular y único de Administración territorial. La alusión que hace el artículo 148.1.2.ª CE a la legislación de régimen local (es decir, al régimen local como objeto específico de una legislación, precisamente, además, a propósito de un extremo atinente a la organización de los entes locales) debe interpretarse cuando menos en tal sentido. A lo que se suma el doble dato de: i) la no derogación por la LRJSP, es decir, la reguladora del actual régimen jurídico general de las Administraciones públicas, de la LRBRL (así como tampoco del TRDLvRL)[91]; y ii) la confirmación por tal régimen básico general, a lo largo de su contenido, de la persistencia de la plena vigencia, con entidad propia, de ambos textos legales.

91. La disposición derogatoria única de la LRJSP únicamente deroga los arts. 87 LRBRL, habilitante de la constitución por las entidades locales de consorcios con otras Administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones públicas (precepto que la regulación contenida en la LRJSP hacía superfluo), y 110 TRDLvRL, alusivo también a los consorcios (y sobrevenidamente superfluo por idéntica razón).

En todo caso procede volver a recordar que el Tribunal Constitucional ha afirmado que solo desde la aludida perspectiva logra consistencia el régimen local como materia[92], y una materia constitutiva, justamente, del objeto de un desarrollo organizativo de la CE consistente en una acción por así decir "reflexiva" del Estado [93] (no puede olvidarse tampoco, *mutatis mutandis*, que el art. 147.1 CE define el estatuto de autonomía como "norma institucional básica" de la comunidad autónoma)[94].

92. STC 214/1989, de 21 de diciembre.

93. STC 32/1981, de 28 de julio.

94. Conforme al art. 147 CE, el estatuto de autonomía es la norma institucional básica de cada comunidad autónoma, cuya función incluye, como contenido necesario, la denominación, organización y sede de las instituciones propias. Lo mismo debe predicarse de la autonomía local, a pesar de la ausencia de referencia constitucional a su estatuto propio; interpretación, esta (con dotación a la normativa local de un espacio delimitado solo por la legislación básica de régimen local), que fue la que hizo la LRBRL, pero que quedó diluida en gran medida por la STC 214/1989, de 21 de diciembre, al interponer entre la referida legislación básica y la normativa local la legislación autonómica de desarrollo también en punto a organización. Opinión favorable a la solución legal básica se formuló, en voto particular, por el magistrado Díaz Eimil, para quien mantener la tesis de que las comunidades autónomas tienen una competencia de organización municipal complementaria que se interpone entre la organización básica establecida por el legislador estatal y la organización complementaria que a los municipios corresponde en virtud de su autonomía es tanto como reconocer una especie de competencia básica de segundo grado que, aparte de incurrir en la contradicción conceptual de compatibilizar lo básico con lo complementario, altera sustancialmente el modelo constitucional de organización municipal de 1986, en la medida en que admite la posibilidad de que el poder complementario de autoorganización de los municipios encuentre límites más allá del marco básico establecido por el legislador estatal.

Tanto la doctrina constitucional (desde 1981 hasta hoy; especialmente pertinentes son las SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 32/1981, de 28 de julio; 76/1983, de 5 de agosto; y 19/2022, de 9 de febrero) como la jurisprudencia bien consolidada del TS son inequívocas a este respecto.

En la jurisprudencia del TS:

— La STS de 18 de junio de 1986 (ROJ 3427/1986) determina que: a) la Constitución Española declara en su art. 137 que los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dejando establecida su sustantividad y plena personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, garantizando la Constitución, en su art. 140, la autonomía de dichos municipios, declarando que estos gozarán de personalidad jurídica plena y que su gobierno y administración corresponde a sus respectivos ayuntamientos, integrados por los alcaldes y concejales; y b) por ello, la Constitución es, esencialmente, una norma jurídica parámetro de validez de todas las demás normas del ordenamiento y a la vez determinante de toda su interpretación y aplicación, y lo es significativamente en el caso de preceptos constitucionales organizadores de los poderes públicos, como lo son los preceptos que integran su Título VIII, que, por tal razón, resulta de inequívoca aplicación directa, con efecto normativo inmediato, sin que su eficacia esté condicionada a normas que lo desarrollen, teniendo los municipios potestad para regular la organización y el funcionamiento de sus órganos de gobierno en el marco del ordenamiento; de ello se deduce que esa autonomía que la suprema norma, Constitución, reconoce y garantiza a los municipios, no puede ser limitada por una simple norma de carácter reglamentario, que además repugna a la democratización de la vida pública local, a la naturaleza y función de los nuevos ayuntamientos y a la legitimación representativa de las actuales corporaciones locales.

— La STS de 8 de abril de 1987 (Ar. 4251) apunta que dentro del haz de potestades de las corporaciones locales se encuentra la de autoorganización, lo que permite a dichas corporaciones crear los órganos que consideren adecuados para el mejor funcionamiento de los servicios y el cumplimiento de sus fines propios.

— La STS de 20 de mayo de 1988 (Ar. 4194) alude, a propósito de la necesidad de cohonestar el régimen local general o común con la especificidad de cada ente local autónomo, al reconocimiento implícito de competencias a los entes locales para ordenar aquellas

Prueba final de que así es, la aporta el dato de que el régimen electoral, que tiene naturaleza sin duda organizativa, no está incluido como materia en el artículo 149.1 CE, por lo que la norma constitucional no prevé ningún título competencial específico para su dictado. Por más que su reserva al legislador estatal derive del requerimiento del carácter orgánico de la ley que lo regule, la extensión de esta a la Administración local (y no así a la instancia autonómica) solo puede justificarse en la calificación constitucional del régimen electoral como general y la condición de instancia territorial asimismo general de aquella Administración (con un contenido homogéneo tanto constitucional como legal básico). Si esto es así para el régimen electoral, otro tanto puede y debe predicarse sin dificultad para el régimen local, de modo que no cabe negar al Estado en sentido estricto potestad para, ultimando la garantía institucional de la autonomía local, precisar el estatuto institucional de la Administración local (con entera independencia ahora del alcance que deba atribuirse a tal potestad)[95]. Ocurre con el régimen local, pues, algo parecido a lo que sucede con el electoral (con la única diferencia de que la reserva de ley para el segundo es orgánica —art. 81 CE—, no así para el primero).

Aunque en principio pueda sorprender que, tratándose de una cuestión de porte constitucional, el rango de la ley sea el ordinario (en contraste, por ejemplo, con la exigencia de ley orgánica para el Consejo de Estado; art. 107 CE), ello es consecuencia ineludible de su integración en el régimen básico de todas las Administración públicas, de la que deriva el carácter bifronte del régimen local, es decir, la compartición de su determinación legal por el legislador autonómico (a la que ya apunta el art. 148.1.2.ª CE), sin perjuicio de la lógica del Estado central, toda vez que los artículos 140-142 CE comportan una homogeneización de la instancia local basal en cuanto parte del Estado en su conjunto.

cuestiones en que tengan peculiaridades y, muy especialmente, la de autoorganización y funcionamiento propio.

— Y la STS de 11 de mayo de 1998, Sala 4.ª (rec. ap. 5193/1992), deja establecido literalmente que "[…] el legislador estatal ha optado, en concreto, por establecer un modelo organizativo común y uniforme para todas las entidades municipales y provinciales a partir del cual, y con pleno respeto al mismo, las propias entidades locales pueden dotarse de una organización complementaria en virtud de lo dispuesto en los correspondientes reglamentos orgánicos. Quiere esto decir que los reglamentos locales gozan de la primacía derivada de la competencia que la Ley atribuye a las entidades locales, al margen de la específica jerarquía normativa. Pero la autonomía de las entidades locales que comporta un poder de autoorganización y de ejercicio de las potestades administrativas según opciones políticas propias, (SSTS 24 y 26 de septiembre de 1997) no puede ignorar, como recuerda una Sentencia de esta propia Sala de 12 de noviembre de 1997, la primacía de las Leyes estatales sobre los reglamentos aprobados por los entes locales (SSTS de 20 de mayo y 15 de junio de 1992 y 30 de abril de 1993, entre otras muchas)".

95. De acuerdo con las SSTC 103/2013, de 25 de abril, y 41/2016, de 3 de marzo, el Estado debe regular los elementos que permiten definir el modelo municipal común, entre los que se encuentran el territorio, la población y la organización, como recoge el art. 11.2 LRBRL.

De esta forma, el marco legal primario del espacio decisional de la potestad organizativa local se integra por:

1.º- La regulación legal estatal básica, definidora de los extremos organizativos comunes o uniformes del régimen local, es decir, los referibles al modelo de Administración local prefigurado constitucionalmente. De hecho, la abrumadora mayor parte del contenido prescriptivo de la LRBRL se refiere a la organización y el funcionamiento de los entes locales, como prueba el dato de que el título X, diferenciador, en su seno, de los municipios de gran población, se intitule justamente "régimen de organización" de tales municipios, y comprenda tanto la organización como el funcionamiento de estos.

Esta regulación básica local no puede considerarse agotadora del marco legal considerado, en la medida en que, por las razones dichas y en los términos indicados, se integra en —y complementa por— el régimen básico general de las Administraciones públicas, es decir, hoy, por la LRJSP. Ocurre que este último texto legal preserva la función institucional propia de aquella (y, por tanto, la autoorganización local, sin perjuicio de permitir su desarrollo por la legislación autonómica), no solo porque no deroga —según ya se ha señalado— la LRBRL (ni tampoco, en lo que tenga de básico, el TRDLvRL), sino porque contiene expresas referencias a ella que presuponen su subsistencia como régimen jurídico específico de los entes locales[96]. Pero, además, el examen del resto de su articulado —calificado por la disposición final 14.ª LRJSP como básico— revela que sus previsiones solo completan el régimen local básico,

96. El texto legal, en efecto: a) determina el regimiento por la legislación de régimen local de las encomiendas a las diputaciones provinciales, o, en su caso, los cabildos o consejos insulares, de la gestión ordinaria de los servicios de las comunidades autónomas (art. 11.3.b LRJSP); b) impone, en el caso de delegación de competencias en una entidad local, mediante convenio, el cumplimiento de lo dispuesto en la LRBRL (art. 48.7 LRJSP); c) dispone la aplicabilidad a los organismos y entidades vinculados o dependientes de la Administración local, además de determinados preceptos básicos del texto legal, de la normativa propia de dicha Administración (art. 81.3 LRJSP); d) establece, al regular la separación de un consorcio, previsiones específicas para la Administración local reveladoras de la peculiaridad de su régimen: autorización para la separación (siempre que el consorcio sea por tiempo indeterminado y en cualquier momento) del miembro al que sea de aplicación la LRBRL, así como, en todo caso, en el supuesto de cese en la prestación por un ente local (a través de un consorcio) de un servicio propio conforme a la LRBRL (art. 125. 1 y 7, párr. 2.º, LRJSP); y e) precisa uno de los principios de las relaciones interadministrativas como adecuación al orden de competencias establecido en la CE, los estatutos de autonomía y la normativa de régimen local, con regimiento de las relaciones de las demás Administraciones con las entidades locales por la legislación básica de régimen local en todo lo no previsto en el propio régimen general (art. 140.1.b) y .2 LRJSP).

sin lesionar en ningún caso el espacio propio de la autoorganización local, cuando no confirman la plena vigencia de la LRBRL[97]. Pero tampoco cabe excluir la incidencia puntual de la legislación sectorial estatal o autonómica en el ámbito de la organización local, si bien esta, por deber ser siempre puntual y excepcional, en nada altera lo hasta aquí argumentado.

2.º- La regulación autonómica de desarrollo de la anterior, expresiva, en su caso, de las peculiaridades requeridas por las características de la comunidad autónoma de que se trate, y referida fundamentalmente a la llamada por la regulación básica organización local complementaria.

Resulta de todo punto significativo que sea una legislación autonómica (la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, la que, en su artículo 6.1, integre con toda corrección el marco legal comentado por la LRBRL (y formando bloque con ella, así debe entenderse implícitamente, la Carta Europea de Autonomía Local y el contenido calificable de básico del TRDLvRL) y el texto legal autonómico y las demás disposiciones específicas y complementarias de este. A lo que debe sumarse la precisión de que, en tal integración de las fuentes, se entiende la operación de las mismas en el contexto del régimen general básico de todas las Administraciones públicas (LRJSP)[98].

97. El texto legal:

— Incluye sin más en la enumeración de las que tienen la consideración de Administraciones públicas (art. 2.1.c LRJSP), junto a la General del Estado y las autonómicas, la Administración local, lo que —faltando una regulación completa de la misma— supone implícitamente la identificación de esta última con la definida en la LRBRL, como confirman la extensión de potestad de dirección de la organización administrativa —idéntica a la de las instancias territoriales superiores— a los órganos de gobierno de las entidades locales (inherente a la autoorganización) [art. 3.3 LRJSP], el ajuste ciertamente del régimen de los órganos colegiados de las Administraciones a lo dispuesto en el texto, pero salvando las peculiaridades organizativas de las Administraciones en que se integran (art. 15 LRJSP), el reconocimiento de la competencia de cada Administración para 1) crear y delimitar las unidades constitutivas a las que atribuyan la condición de órganos, sin más que la observancia de requisitos y limitaciones de orden lógico no considerables lesivos de la autoorganización local (art. 5 LRJSP), así como para articular las funciones consultivas bien mediante órganos específicos dotados de autonomía, bien a través de los servicios de asistencia jurídica, y delegar y avocar competencias dentro de ciertos límites generales (arts. 7, 9 y 10 LRJSP); y 2) dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio (art. 6.1 LRJSP); disposiciones todas ellas que no invaden el espacio suficiente y razonable de la autoorganización local.

— Dispone para el caso de la actuación de la potestad sancionadora por las entidades locales su ejercicio de acuerdo con el título XI LRBRL (arts. 25.1 y 27.1 LRJSP).

98. A las fuentes indicadas deben añadirse, con el carácter solo de supletorias, el TRDLvRL (en la parte del mismo no calificable de básico), el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las entidades locales de 1986, y los reglamentos autonómicos en la materia.

3.4.3
Contenido y alcance del espacio decisional de los entes locales

3.4.3.1
Organización directa

No puede existir duda alguna, por de pronto, de que la potestad de que se trata abarca la organización directa de los entes locales y el funcionamiento de sus órganos y unidades, como resulta, sin más, del contenido de los títulos II, III, IV y V LRBRL, y confirman la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo[99]. Alcanza desde luego, por tanto, a la atribución a un organismo técnico de facultades para la aprobación de criterios o instrucciones interpretativas sobre la aplicación de una norma reglamentaria municipal[100].

Sin perjuicio de la potencial restricción de su alcance por razón de la determinación por la STC 214/1989, de 21 de diciembre, de su posición ordinamental, el reglamento orgánico es sin duda el instrumento principal para el ejercicio de la potestad de autoorganización[101]. La cuestión principal que este instrumento plantea es, por ello, la extensión y el alcance de su objeto legítimo, que —a tenor de las previsiones de la LRBRL— permiten un

99. La STC 19/2022, de 9 de febrero, señala, en efecto y a propósito de la valoración del art. 44.4 LRBRL, que, en punto a la organización, el funcionamiento y los instrumentos de colaboración de los entes locales, la competencia estatal se contrae en buena medida al régimen de los órganos de gobierno y al reparto entre ellos de las atribuciones locales. Todo lo demás corresponde primariamente a los propios entes por virtud de su autonomía constitucionalmente garantizada, si bien la CE no excluye el juego de otra legislación, en principio, autonómica.

Y la STS de 11 de mayo de 1998 (rec. ap. 5193/1992) indica que la LRBRL ha establecido un modelo organizativo común y uniforme para todos los entes locales, a partir del cual, y con pleno respeto al mismo, las propias entidades locales pueden dotarse de una organización complementaria en los correspondientes reglamentos orgánicos, al margen de la específica jerarquía normativa. Y precisa que "[…] la autonomía de las entidades locales, que comporta un poder de autoorganización y de ejercicio de las potestades administrativas según opciones políticas propias (SSTS 24 y 26 de septiembre de 1997), no puede ignorar, como recuerda una Sentencia de esta propia Sala de 12 de noviembre de 1997, la primacía de las leyes estatales sobre los reglamentos aprobados por los entes locales (SSTS de 20 de mayo y 15 de junio de1992 y 30 de abril de 1993, entre otras muchas)".

100. La STS 1660/2022, de 15 de diciembre (rec. cas. 8701/2021), lo razona —invocando conjuntamente la LRJSP y la LRBRL— así:

"[…] El art. 6 de la Ley 40/15, bajo la rúbrica 'Instrucciones y órdenes de servicio', dispone: […]. Y, el art. 4.1 de la LRBRL, establece: […] Las instrucciones, circulares u órdenes de servicio son las que los superiores jerárquicos de las Administraciones dirigen a sus inferiores en uso de su potestad de autoorganización. Sus destinatarios son los funcionarios o los órganos administrativos inferiores, sin que vinculen a terceros ajenos al ámbito administrativo y su finalidad no es otra que la de dar pautas interpretativas para la aplicación de las normas a fin de garantizar una unidad de actuación, o aclarar algún concepto oscuro, sin que quepa rebasar el ámbito de la norma que interpreta. No tienen carácter normativo, ni son el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria […]. Y esa facultad para dictar instrucciones o circulares puede ser válidamente otorgada a un órgano 'ad hoc', como aquí acaece, […]".

101. Sobre esta figura normativa, véase, por todos, Galán Galán (2004).

despliegue suficiente de aquella potestad, pues autorizan desde luego para abordar (como ya he tenido ocasión de señalar anteriormente)[102]:

a) El detalle del estatuto de los miembros de la correspondiente entidad.

b) Los aspectos secundarios (tanto de estructura como de funcionamiento) de los órganos necesarios.

c) La ordenación de los órganos complementarios; campo en el que el reglamento orgánico puede sin duda crear órganos específicos (y regular su funcionamiento) en función de las características y las necesidades de la correspondiente comunidad[103].

La organización complementaria en la disposición de los entes locales cubre igualmente las decisiones de desconcentración que estos pueden adoptar, que —cuando menos en los municipios— pueden ir más allá de la estructura administrativa central, como ilustra el artículo 24 —en relación con el 128— de la LRBRL. El argumento *de maiore ad minus* permite, sobre la base de este precepto, sostener el doble carácter posible (sectorial y territorial) de la desconcentración local, sobre todo si se consideran las previsiones sobre la participación ciudadana (art. 69 LRBRL) y la promoción del asociacionismo vecinal para la defensa de intereses colectivos (art. 72 LRBRL).

En la desconcentración territorial hay sin duda una capacidad, aunque limitada, de modulación de la estructura organizativa prefijada legalmente. Sus límites son difíciles de determinar con carácter general, dado el relevante papel que en esta materia ha reconocido el Tribunal Constitucional a la legislación autonómica, pero es claro, en cualquier caso, que las medidas locales particulares no pueden legítimamente desnaturalizar la posición y función que —en las respectivas estructuras administrativas— están reservadas constitucional y legalmente a los órganos superiores de carácter necesario. No otro es el sentido del inciso final del artículo 24.1 LRBRL, cuando prohíbe que la desconcentración lesione el principio de la unidad de gobierno y gestión del municipio.

102. Parejo Alfonso (1991).

103. La regulación (puramente supletoria) que de esta materia hace en su título IV (arts. 119 y ss.) el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, proporciona una buena idea de las posibilidades de configuración organizativa que aquí se ofrecen a dichas entidades.

La desconcentración sectorial o, si se quiere, funcional, ofrece también amplias posibilidades a la iniciativa local, teniendo en cuenta la ya mencionada habilitación para —justamente en ejercicio de la potestad de autoorganización— definir las formas, los medios y los procedimientos de la participación, sin otro límite que el no menoscabo de las facultades de decisión propias de los órganos representativos regulados por la ley, es decir, del principio de autoadministración articulada sobre el principio de democracia representativa y no directa.

Aunque por pertenecer más a la lógica y dinámica de la gestión de las actividades y los servicios no pueda decirse que el reglamento orgánico sea el lugar más idóneo para la toma de decisiones sobre el desarrollo de aquellos por entes descentralizados, ni siquiera para las que puedan tener por objeto el despliegue de cometidos propios de la estructura administrativa directa a través de este tipo de entes, nada obsta —antes al contrario, todo aboga en su favor— a que la norma local contenga una ordenación general de los presupuestos, los requisitos y las condiciones para la toma de la decisión del establecimiento de entes funcionalmente descentralizados, así como para la elección entre una y otra clase de los mismos.

Huelga decir que la potestad de autoorganización no se agota en los contenidos posibles del reglamento orgánico. Se extiende desde luego a la determinación de la plantilla (relación de puestos de trabajo) y, consiguientemente, a la creación, definición, modificación y extinción de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de carrera, los previstos para personal laboral y los atribuidos a personal eventual; decisión esta que, por exigencia legal (art. 90.1 LRBRL), debe adoptarse en el contexto de la aprobación de los presupuestos anuales.

3.4.3.2
Organización indirecta o instrumental

La potestad analizada se extiende igualmente a la organización indirecta, institucional o instrumental, como resulta ya del reconocimiento por la LRJSP de la facultad de todas las Administraciones públicas (art. 2) de desarrollar un sector público institucional integrado, en lo que ahora interesa, por organismos públicos y entidades de derecho público que tienen, igualmente, la condición de Administraciones públicas (contemplando, en efecto, el de los entes locales al regular con carácter básico el referido sector público: arts. 81 y 82), así como de la inclusión de referencias a la LRBRL en la regulación de los consorcios (art. 125).

Lo confirma la legislación de régimen local: la LRBRL establece una regulación propia de las formas de gestión de los servicios públicos, entre las que figuran la de creación de organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales, con precisión —sin perjuicio de la remisión al régimen jurídico general de las Administraciones públicas— de importantes reglas, tanto directivas como relativas a los correspondientes estatutos (arts. 85 y 85 bis). Aunque remite a la actual LRJSP, el artículo 85 bis establece reglas organizativas importantes —directas y referidas— en los estatutos.

La potencialidad creadora de nuevas organizaciones jurídicamente independientes (entes instrumentales) de la potestad de autoorganización local se manifiesta primordialmente en el ámbito acotado por la LRBRL con la expresión "actividades y servicios", definido por los artículos 85.1 y 86 de dicho texto legal.

El artículo 85.2 LRBRL autoriza a los entes locales a optar para la organización de la prestación de sus servicios entre un conjunto amplio y variado de formas, agrupadas en las dos categorías de gestión directa e indirecta. En la posibilidad de la llamada a la colaboración de la iniciativa privada para la gestión de servicios públicos como fórmula de gestión indirecta no hay novedad alguna, por lo que el interés principal lo presenta la amplitud con que se reconoce la capacidad "fundacional" de entes instrumentales, tanto de derecho público (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) como de derecho privado (sociedades mercantiles), dentro de la categoría de la gestión directa.

En este campo, la potestad de autoorganización se extiende válidamente, así, a la elección de la forma tanto de la prestación como de la organización, y, a este último respecto, comprende la definición de la estructura, el derecho a que se sujeta, en su caso, la acción del ente, los medios materiales, económico-financieros y personales, así como la determinación del fin, el objeto, la competencia y el funcionamiento del mismo.

La actuación de la iniciativa local para el ejercicio de actividades económicas conforme a la habilitación general contenida en el artículo 128 CE y concretada en el artículo 86 LRBRL tiene también, obviamente, contenido organizativo. Por de pronto, la opción entre el desarrollo de la actividad en régimen de libre concurrencia o de monopolio trasciende a la configuración interna misma de la esfera de competencia de la entidad local, y, asimismo, a la división, en el territorio de esta, entre los campos de las actividades en la disposición de todos los sujetos de derecho y las reservadas a la Administración pública. En cualquiera de los dos supuestos el contenido de la decisión organizativa es equiparable al propio de las referidas a los servicios públicos.

El principal problema dogmático que ofrece la potestad de organización en el dominio tanto de los servicios como de las actividades de contenido económico es el de su ámbito legítimo o, lo que es igual, el de la capacidad para crear nuevas organizaciones, dotadas o no, a su vez, de capacidad jurídica plena, fundamentalmente en el plano del derecho privado.

3.4.3.3
Relaciones interadministrativas

En el Estado definido por la Constitución se da, junto al supuesto de la competencia como habilitación-deber completo, perfectamente definido y acotado (y, por ello, separado claramente de los restantes) y, consecuentemente, susceptible de ser actuado-cumplido de modo autosuficiente por la esfera administrativa destinataria-titular, el también ordinario de competencias relacionadas o conectadas entre sí por razón de compartición, concurrencia o complementariedad e, incluso, confluencia, conjunción o suma; competencias que determinan el establecimiento, en su ejercicio, de relaciones interadministrativas, y son, en efecto, objeto de regulación por la LRBRL, que la LRJSP ha integrado en la que ella misma hace en sus artículos 140 y siguientes, especificando que —para las relaciones de los entes locales con las Administraciones General del Estado y de las comunidades autónomas— la de la LRBRL rige en todo lo no previsto por ella.

Aunque las expresadas relaciones puedan articularse mediante mecanismos que preserven el funcionamiento separado de las diferentes Administraciones[104], susceptibles de completarse con fórmulas más o menos intermedias (como la del art. 62 LRBRL), lo cierto es que no integran el cuerpo de los primariamente llamados a asegurar un funcionamiento coherente de las Administraciones públicas involucradas en cada caso. Como resulta tanto de los principios generales consagrados en el artículo 55 LRBRL como de lo dispuesto en el artículo 51 en relación con los artículos 58 y 59 y, por supuesto, de la propia lógica de las técnicas articuladas en los restantes preceptos legales antes aludidos, la interacción de la Administración local con cualquiera de las Administraciones superiores reposa básicamente sobre la cooperación y la colaboración voluntarias, a cuyo servicio coloca la LRBRL (art. 58), en todo caso

104. Como los consistentes en la creación por las instancias territoriales superiores competentes de órganos colegiados, de carácter deliberante y consultivo, para la coordinación interadministrativa (art. 58 LRBRL), el otorgamiento a una Administración superior de la capacidad para la fijación de un marco a la actividad de la Administración local (art. 59), la sustitución de la Administración local por la Administración superior en caso de inactividad de la primera (art. 60), o los dirigidos, en su caso, a la resolución de conflictos de los arts. 61, 65, 66 y 67 LRBRL.

y sin perjuicio de cualesquiera otras previsiones legales, el consorcio y el convenio, es decir, y en definitiva, el acuerdo interadministrativo. F. Lliset Borrell[105], tomando justamente pie en la comprobación de que el pluralismo territorial derivado de la autonomía supone con normalidad —en aras de la coherencia de la actuación de las Administraciones públicas— la necesidad de la modulación del ejercicio por estas de sus competencias propias, ha llamado la atención sobre la importancia de la técnica convencional interadministrativa y la procedencia de su ubicación, a este respecto, en la teoría de la organización. El acuerdo puede, así, tener por objeto lícito las condiciones y los términos de la actuación de las competencias correspondientes a las diferentes Administraciones, con consecuencias, por tanto y en su caso, sobre la organización de los medios de cada una de estas, puestos al servicio del ejercicio de las aludidas competencias. Así pues, la potestad de autoorganización de los entes locales está en juego no solo cuando se trata de la articulación y la dirección de los medios propios para el desarrollo independiente de las propias competencias, sino también cuando dicho desarrollo se realiza junto y en unión con el de otras competencias de otras Administraciones, es decir, en el marco de relaciones interadministrativas.

En la LRBRL es claro que el acuerdo interadministrativo puede afectar al orden competencial, flexibilizando, así, el principio de irrenunciabilidad y, por tanto, de indisponibilidad de la propia competencia sentado en el artículo 8 LRJSP. Basta, para justificar la anterior afirmación, con la simple referencia a los artículos (ambos de la LRBRL) 44, que regula las mancomunidades como asociaciones municipales voluntarias para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia, y 47.2, que alude tanto a la posibilidad para los municipios de crear organizaciones asociativas distintas a las mancomunidades, como a su capacidad para transferir a otras Administraciones funciones y actividades.

Siguiendo la clasificación establecida por F. Lliset Borrell[106], los acuerdos interadministrativos que suscriban los entes locales pueden ser no solo puramente obligacionales, con efectos únicamente entre las partes y sin trascendencia —necesariamente— en el plano organizativo y competencial, es decir, calificables genéricamente como convenios-contratos. Caben también los convenios con trascendencia organizativa, la cual dependerá normalmente de su objeto, según se refiera este a funciones públicas que, a tenor de la legislación de régimen local, deban gestionarse de forma directa; el apoyo de otra Administración al cumplimiento por la municipal de sus obligaciones

105. Lliset Borrell (1990).
106. Lliset Borrell (1990).

legales (asistencia y cooperación técnica, económica y jurídica); el ejercicio común de competencias paralelas, compartidas o complementarias; o la realización, asimismo en común, de obras y servicios (mancomunación o asociación de servicios municipales; consorcio de servicios públicos; gestión directa o indirecta en común, mediante el empleo de cualquiera de las formas previstas en la legislación de régimen local). Puede, en efecto:

a) Transferir competencias o condicionar o modular su ejercicio. La manipulación del régimen competencial puede tener lugar aquí con o sin creación de una nueva organización (con personalidad distinta de la de las Administraciones firmantes).

b) Crear, directamente, nuevas organizaciones públicas (mancomunidades, consorcios), formas personalizadas para la gestión de servicios públicos (sociedades mixtas) o empresas para la realización de actividades de contenido económico.

Todos estos supuestos tienen en común el ejercicio de la potestad de autoorganización de los entes locales para la creación de una nueva situación en la que, por alteración del sistema de competencias o del ejercicio de estas o por el establecimiento de nuevas organizaciones, dichos entes locales pierden la plena disposición para la rearticulación, de acuerdo con el convenio celebrado, del ejercicio de las correspondientes competencias (con abandono, en su caso, del unilateral). Nada puede obstar a ello, si se tiene en cuenta que esta limitación es resultado de un previo ejercicio, bajo la propia responsabilidad y, por tanto, en régimen de autonomía, de la potestad de autoorganización, con la consecuencia de una vinculación por acto propio voluntario.

Las posibilidades de disposición sobre la organización y las competencias propias que se abren, así, en virtud de la técnica del convenio, suscitan numerosos interrogantes, que no pueden aún tenerse por enteramente resueltos. No es, sin embargo, de este lugar el estudio de estos problemas. Baste aquí con llamar la atención sobre su existencia y la necesidad de afrontarlos y darles una satisfactoria solución, si se quiere que las potencialidades que encierran los nuevos mecanismos no queden cegadas desde un principio por deficiencias inevitables en su aplicación práctica.

Debe destacarse, en todo caso, que la STS de 4 de junio de 2003 (Ar. 4377) ha declarado ajustado a derecho el convenio suscrito entre, de una parte, la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos, la Entidad Metropolitana de Transportes, el Consejo Comarcal del Barcelonés, la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, y, de otra, la Sociedad Urbanística de Rehabilitación y Gestión, Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, Transportes de

Barcelona, el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona, Fundación del Ayuntamiento de Barcelona y la Entidad Barcelona Regional Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico e Infraestructuras, S.A., por considerarlo[107] un negocio bilateral formalizado entre las Administraciones locales, de una parte, y, de otra, por sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las Administraciones que las han creado y que son entidades pertenecientes a su propia organización, para ejercer sus competencias o prestar los servicios de manera conjunta, formando una sociedad común de gestión en la que participan todos ellos como accionistas. Y ello, por estimar no vulnerado el principio de libre elección del modo de gestión de los servicios locales inscrito en los artículos 85.2 y 85.3.d) LRBRL, de modo que para la gestión conjunta de medios instrumentales de los servicios locales caben las diversas fórmulas asociativas que ofrece la legislación de régimen local.

3.4.3.4
Medios personales; modulación del marco legal

La estrecha conexión, en cualquier Administración, entre organización y medios personales de que se sirve (pues ninguna puede actuar sino a través de estos), lleva a la afirmación de igual extensión de la potestad de organización local a la materia de personal, si bien aquí el marco legal a respetar se amplía obviamente a la legislación reguladora del empleo público (actualmente el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre —en adelante TREBEP—, y la eventual legislación autonómica en la materia), en cuanto la misma es aplicable al personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones de las entidades locales y sus organizaciones instrumentales —art. 2.1 c) y d) TREBEP—. El propio TREBEP, aunque ciertamente para el personal funcionario, señala que la legislación estatal y autonómica constitutiva del régimen de aquel personal en las entidades locales ha de respetar la autonomía local; respeto al que se refiere, en fórmula más general, pero más precisa, el preámbulo del texto legal, al señalar: "En desarrollo de este estatuto básico, el legislador estatal y el de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las

107. Se sigue aquí la referencia que de la sentencia dan Font *et al.* (2003: 227-230).

normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales".

La aludida conexión:

— Está explicitada por la STC 76/1983, de 5 de agosto, al constatar la violación, por el artículo 35.1 del Proyecto de Ley Orgánica de armonización del proceso autonómico, del principio de autoorganización en el caso de la Comunidad Autónoma de Euskadi, precisamente por sustraer una parcela de la función pública al ámbito o esfera autonómicos y suponer una intromisión inaceptable en la competencia de las comunidades autónomas para organizar su propia burocracia, así como invadir también la esfera de competencia autonómica, en su potestad de autoorganización, la determinación por la Administración General del Estado de los puestos que en la Administración autonómica deben ser cubiertos con funcionarios de los cuerpos nacionales.

  El pronunciamiento constitucional se refiere ciertamente a la autonomía de las comunidades autónomas, pero es cualitativamente trasladable a la de los entes locales garantizados constitucionalmente en virtud de la identidad de la sustancia de la autonomía de ambas instancias territoriales que se desprende del artículo 137 CE.

— Resulta, ya en el ámbito del régimen local (incluyendo, además, el personal directivo), de la disposición adicional 15.ª LRBRL, que liga claramente la titularidad, en los entes locales, de órganos directivos a la condición de personal directivo, caracterizado por el ejercicio de funciones de gestión o ejecución de carácter superior (adoptando las decisiones oportunas con autonomía, pero ajuste a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la entidad), dentro de cuya categoría (sin agotarla) incluye los funcionarios con habilitación de carácter nacional en puestos provistos mediante libre designación por el carácter directivo de sus funciones o la especial responsabilidad que comporten.

— Es concluyente ya el artículo 13 TREBEP, que —con independencia de la habilitación para el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público— establece directamente, como principio (entre otros), la cualificación como personal directivo del que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración (condición que, obviamente, tienen los entes locales necesarios y sus organizaciones instrumentales o institucionales).

Corroboran la operatividad de la potestad de organización local, con las limitaciones indicadas, en materia de personal, la doctrina constitucional[108] y la jurisprudencia del Tribunal Supremo[109].

Sin perjuicio de que la complejidad actual del sistema de fuentes en materia de personal (a lo que ha contribuido la subsunción de las categorías de personal funcionario y personal laboral en la nueva de empleado público, en la que confluyen competencias legislativas estatales diferentes) no permita afirmaciones rotundas, tampoco impide llegar a conclusiones plausibles. En todo caso, explica que, con carácter general, los artículos 92.1, 103 y 103 bis LRBRL determinen: i) la integración del régimen jurídico de los funcionarios de carrera (categoría fundamental del empleo público), en primer lugar, por la propia LRBRL (y se sobreentiende que también la legislación autonómica de régimen local), pues solo en lo no dispuesto en ella lo es también por la restante legislación estatal y autonómica, en los términos del artículo 149.18 CE (lo que remite a la legislación sobre el empleo público, es decir, el TREBEP y la correspondiente legislación autonómica).

Ciertamente cabe también la modulación expuesta de la integración del sistema de fuentes partiendo de la propia legislación del empleo público como norma primaria en la materia, ya que la salvaguarda por el TREBEP de la autoorganización local conduciría al juego de la normativa local (básica, autonómica y orgánica de cada ente local) en el contexto (y respeto) de dicha legislación, y, por tanto, a un resultado sustancialmente idéntico en lo que aquí importa: la existencia de un espacio decisional local encuadrado en su marco natural (determinado por la legislación de régimen local).

108. A tenor de la STC 107/2017, de 21 de septiembre, "[...] Ciertamente, el sistema constitucional garantiza la autonomía de municipios, provincias e islas y, con ello, atribuye un mínimo competencial común: al garantizar la autonomía local, habilita directamente la toma de decisiones en materia de organización por parte de los entes locales [...] y, en particular, al reconocer su iniciativa en la actividad económica (art. 128.2 CE), autoriza también, directamente, sin necesidad de interposición legislativa, el poder de crear y mantener empresas públicas, ajustándose a las condiciones que impongan las leyes [...]".

La indebida o lesiva incidencia en esa potestad de autoorganización local es, así, la razón por la que la STC 54/2017, de 11 de mayo, haya declarado inconstitucionales los apartados 3 y 4 (introducidos por la Ley 27/2013) del art. 104 bis LRBRL, en la medida en que introducían prohibiciones taxativas y condiciones cualitativas en relación con el personal eventual de los entes locales consideradas penetrantes de lleno en la organización interna de las corporaciones locales, al no admitir las adaptaciones que pudieran resultar del ejercicio del poder local de autoorganización y de las competencias autonómicas en materia de régimen local.

109. Según la STS de 25 de septiembre de 2003 (rec. cas. 484/1998), la autoorganización local se extiende al personal, si bien ha de respetar obviamente la ley sectorial; imperativo de respeto, que se concreta en punto al régimen retributivo de los funcionarios en que los entes locales tienen que ajustarse en esta materia a lo establecido en la normativa estatal.

4
Régimen local básico específico de los municipios de gran población

El régimen local básico hasta aquí analizado constituye el marco legal de la organización y el funcionamiento de las entidades locales y, en particular, los municipios calificables como de régimen común, por lo que resulta desplazado por el establecido, para los municipios de gran población[110] en general, en el título X LRBRL, y este, a su vez, "adaptado" por el régimen especial de los municipios de Madrid y Barcelona[111].

El marco legal específico así definido para los municipios de gran población (incluidos los de Madrid y Barcelona, a cuyo contenido solo se hace alusión aquí para destacar, cuando procede, sus específicas soluciones) no supone tanto una innovación radical del común cuanto su modulación en el sentido de: i) acercamiento del modelo organizativo al que responde al de las instancias territoriales superiores; y, por tanto, ii) ampliación del espacio decisional de la potestad de autoorganización municipal, dando a esta un mayor alcance[112].

4.1
Explicitación del contenido político de la autonomía local

La especificidad del modelo al que responde el marco legal de que ahora se trata se manifiesta ya en el reconocimiento expreso del contenido político de la autonomía local, que se refleja en:

a) La definición del Pleno como órgano de máxima representación *política* de los ciudadanos en el Gobierno municipal[113], dotado de *potestad de autoorganización propia* (por poder contar con

110. Los incluidos en el ámbito de aplicación del título X LRBRL por el art. 121 de este texto legal.

111. La Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y de régimen especial de Madrid (LREM), y la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona (LREB), junto con la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre (la versión actual resulta de las modificaciones introducidas por las leyes 11/2006, de 19 de julio; 7/2010, de 21 de abril; y 18/2014, de 23 de diciembre), de la Carta Municipal de Barcelona (CMB).

112. El art. 20 LREM determina: "La organización de la Administración del Ayuntamiento de Madrid corresponde al mismo en el marco de las disposiciones contenidas en esta Ley".

El art. 5 CMB se manifiesta, sin embargo, en términos distintos, al definir la Carta como norma básica del "ordenamiento jurídico propio del gobierno local de la ciudad de Barcelona", y señalar que "en todo lo que no esté previsto en la presente Carta son aplicables las normas generales sobre régimen local y las normas reguladoras de los diferentes sectores de la acción pública".

113. En este mismo sentido, el art. 10.1 CMB.

un reglamento diferenciado del orgánico municipal general)[114]/[115], capaz de articular su funcionamiento en *comisiones* integradas por miembros designados, en forma proporcional, por los grupos políticos[116]/[117] (con funciones que incluyen, en su caso, la de supervisión de la actividad municipal[118]), y una Secretaría General propia diferenciada de la general municipal[119].

La aproximación, *mutatis mutandis*, de esta configuración del Pleno a la de los órganos parlamentarios parece evidente, tanto más si se consideran las funciones asignadas al órgano plenario municipal.

b) La atribución al Alcalde de la función de *dirección de la política* (habilitante para el establecimiento de directrices generales de la acción de gobierno municipal, asegurando su continuidad), el gobierno y la administración municipal, y, consecuentemente, la responsabilidad por *su gestión política* ante el Pleno; todo ello, en el contexto de la acción colegiada de colaboración de la Junta de Gobierno[120]/[121] y la asignación a esta última de funciones ejecutivas y administrativas[122]/[123].

c) La clara *diferenciación* —sobre la base de la de órganos superiores y directivos— *entre Gobierno y Administración*[124], concentrando la función de gobierno justamente en los órganos superiores[125] y haciendo culminar la administrativa —calificada como "administración ejecutiva"[126]— en los directivos[127]: direcciones generales coordinados por áreas, en la organización directa, y órganos directivos

114. Art. 122. 1 y 3 LRBRL.
115. El art. 19 CMB establece que corresponde al Consejo Municipal regular, mediante el reglamento orgánico, su funcionamiento. Pero su art. 23.2.a) atribuye incluso al Consejo de Distrito potestad de autoorganización para la aprobación del propio reglamento interno de organización y funcionamiento.
116. Art. 122.3 LRBRL. En el mismo sentido, art. 9.2 LREM.
117. El art. 17.1 CMB determina directamente que el Consejo Municipal funciona en Pleno y en comisiones.
118. Art. 132 LRBRL. En el mismo sentido: art. 9. 1 y 3 LREM.
119. Art. 122.3 LRBRL.
120. Arts. 124. 2 y 4, b) y c), y 126.1 LRBRL.
121. En el caso de Madrid, el art. 14.1 LREM es muy significativo cuando determina que el Alcalde impulsa la política municipal, dirige la acción de los restantes órganos ejecutivos, ejerce la superior dirección de la Administración ejecutiva municipal y responde ante el Pleno por su gestión política.
122. Arts. 126.1 y 127 LRBRL.
123. El art. 16.1 va más allá, al definir la Junta de Gobierno como el órgano ejecutivo de "dirección política y administrativa".
124. Art. 130 LRBRL.
125. Art. 130.1.A) LRBRL.
126. Art. 123.c) LRBRL.
127. La LREM se concreta en los órganos directivos: art. 21.

diversos, en la organización indirecta o instrumental[128]. Diferenciación a la que se suma la de la estructura administrativa formalizada en órganos y la de unidades sin tal condición: puestos de trabajo conforme a la pertinente plantilla[129].

Es de notar que el Pleno, aunque es ciertamente un órgano de gobierno, no aparece enumerado entre los órganos superiores, condición que solo se atribuye a los calificables como "ejecutivos" (Alcalde, Junta de Gobierno y "miembros" de esta última (lo que supone la admisión de la "departamentalización" de la Administración por "áreas de coordinación")[130]. Quiere decirse que en los municipios de gran población se acentúa la repartición de funciones en términos de equilibrio y limitación recíproca entre Pleno y conjunto Alcalde-Junta de Gobierno, con aproximación de las del primero al modelo parlamentario y de las del segundo al modelo de los complejos orgánico-funcionales de las instancias estatal y autonómica. En este sentido son significativas, además de la posibilidad, en su caso, de la separación de la Presidencia del Pleno y la Alcaldía[131] y la responsabilidad "política" del Alcalde[132], las reglas de asistencia al Pleno —e intervención en el mismo— de los miembros de la Junta de Gobierno, y de responsabilidad política solidaria de la propia Junta e individual de cada uno de sus miembros por su gestión, así como la asunción de la secretaría de la Junta de Gobierno por uno de sus miembros, auxiliado por un órgano de apoyo desempeñado por un funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional[133]. Lo que no significa pérdida de las características que singularizan constitucionalmente el Gobierno y la Administración municipales, ni, por tanto, de la restricción de este a decisiones administrativas "en el marco de la ley".

En los regímenes especiales los rasgos del apuntado modelo específico de los municipios de gran población aparecen incluso acentuados:

— En la LREM[134] son órganos de gobierno municipal: el Pleno (como órgano deliberante de representación política) y los ejecutivos de

128. Art. 130.1.B) y 2 LRBRL.
129. Se acentúa esta última diferenciación, presente ya en el régimen básico común, en el que el art. 90 LRBRL determina: i) la aprobación anual por el Pleno, a través del presupuesto, de la plantilla, comprensiva de todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual; y ii) la formación de la relación de todos los puestos de trabajo existentes en la organización local, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública.
130. Solución distinta es la de la CMB, cuyo art. 9 determina que el gobierno del municipio corresponde a los órganos que enumera, entre los que figuran no solo los órganos centrales —el Consejo Municipal, el Alcalde y la Comisión de Gobierno—, sino también los distritales —los presidentes y concejales de distrito y los consejos de distrito—.
131. Claramente, desde luego, en el caso de Madrid (art. 10 LREM).
132. Art. 124.2 LRBRL.
133. Art. 126. 2, 3 y 4 LRBRL.
134. Art. 7.

dirección política y administrativa (el Alcalde, la Junta de Gobierno, los tenientes de alcalde, los concejales con responsabilidades de gobierno, los miembros no electos de la Junta de Gobierno y los que se determinen en el correspondiente reglamento orgánico).

— Y en la CMB el criterio esencial de la organización municipal es el de diferenciación de las funciones deliberantes de ordenación, programación y control de las ejecutivas de gobierno y administración (además de los de desarrollo de la descentralización y desconcentración territorial y el fomento de la participación ciudadana)[135].

4.2
Fortalecimiento, con redistribución, de la potestad de autoorganización

Sobre el trasfondo de la diferenciación entre organización directa (inmediatamente incardinada al Gobierno municipal o territorialmente desconcentrada) e indirecta, funcionalmente descentralizada o instrumental, el título X de la LRBRL redistribuye, en el seno del municipio, la potestad de autoorganización entre el Pleno y el complejo orgánico-funcional Alcalde-Junta de Gobierno.

4.2.1
Pleno

El poder de organización del Pleno se refuerza tanto en extensión como en alcance. Comprende, en efecto y en sede tanto del reglamento orgánico municipal como de normas específicas de carácter orgánico[136]:

a) La organización municipal en general, incluyendo:

i) La común relativa a los órganos complementarios, respecto de la que —salvo, en su caso, para la comisión especial de sugerencias y reclamaciones[137]— no se expresan límites especí-

135. Art. 8.
136. Art. 123.1.c) LRBRL.
137. La naturaleza de la aludida comisión especial no queda, sin embargo, clara, pues, si bien su integración —de forma proporcional— por representantes de todos los grupos políticos del Pleno parece implicar su condición interna (y, por tanto, la pertenencia de su creación a la autoorganización del Pleno), su no necesaria inclusión en el reglamento orgánico municipal y su sujeción a un marco legal específico, justificante de su eventual regulación separada mediante normas orgánicas también específicas, parecen otorgarle una posición propia en la organización municipal, siempre que se estime que la supervisión excede de la función de se-

ficos, por lo que debe entenderse que rigen los fijados con carácter general por el marco legal básico antes expuesto[138].

ii) La organización y el funcionamiento propios (la autoorganización)[139], especialmente por lo que hace a su dotación con una secretaría general (equiparada, en rango, a las direcciones generales ejecutivas) y funcionamiento en comisiones[140], en particular —de considerarse que se trata, en efecto, de una comisión interna— la especial referida a sugerencias y reclamaciones; autoorganización que únicamente aparece condicionada por la predeterminación legal de la composición y funciones tanto de las comisiones como de la Secretaría General, así como la reserva de este órgano a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional de nombramiento por el Presidente del Pleno[141].

iii) La de los órganos esenciales del Gobierno y la Administración —áreas de gobierno, órganos de coordinación de direcciones generales u órganos similares integrados en la misma área de gobierno y dependientes directamente de miembros de la Junta de Gobierno, órganos de gestión de servicios comunes de las áreas o con funciones análogas y direcciones generales—.

Se trata de un campo que incide en el propio de la potestad de organización del complejo-Alcalde-Junta de Gobierno, por lo que la atribución en él de la potestad se hace con un doble "sin perjuicio" (de las atribuciones del Alcalde para determinar

guimiento de la acción gubernativo-administrativa inscrita en las funciones de las comisiones internas del Pleno. En todo caso, su creación debe respetar, además de la predeterminación legal de la comisión como órgano de supervisión de la actividad de la Administración municipal, dos series de reglas: una relativa a: 1) su composición preceptiva (todos los grupos políticos representados en el Pleno en proporción al número que tengan en el mismo); 2) la obligación de colaboración de los órganos de gobierno y administración; y 3) el deber de dación de cuenta anual al Pleno de las quejas formuladas y las deficiencias observadas en los servicios municipales, así como las sugerencias o recomendaciones inadmitidas por la Administración municipal; y otra meramente habilitante para la asignación a la comisión de la facultad de emisión de informes extraordinarios aconsejados por la gravedad o urgencia de los hechos.

Para el municipio de Madrid, véase el art. 27 LREM.

138. Art. 132 LRBRL.

139. El art. 122.3 LRBRL dispone: "El Pleno se dotará de su propio reglamento, que tendrá la naturaleza de orgánico. No obstante, la regulación de su organización y funcionamiento podrá contenerse también en el reglamento orgánico municipal".

El art. 26.1 CMB, tras disponer que la potestad normativa municipal se ejerce en el marco y desarrollo de la propia CMB y distinguir entre reglamentos, ordenanzas, decretos de la Comisión de Gobierno y bandos, define los reglamentos como disposiciones de carácter general adoptadas en ejercicio de la potestad de autoorganización, siendo sus manifestaciones principales el reglamento orgánico del municipio y los reglamentos internos de los distritos.

140. Conforme al art. 122.3, párr. 2.º, LRBRL, el Pleno: "[...] contará con un Secretario General y dispondrá de Comisiones, que estarán formadas por los miembros que designen los grupos políticos en proporción al número de concejales que tengan en el Pleno".

141. Art. 122. 4 y 5.

el número de cada uno de tales órganos y establecer niveles complementarios inferiores, de un lado, y de las competencias del Pleno en esta materia) (arts. 123.1.c y 124.4.k LRBRL). Este doble "sin perjuicio" no expresa tanto una verdadera limitación de la potestad del Pleno cuanto su acotación a la determinación de los niveles organizativos ejecutivos municipales de acuerdo con la definición legal de estos[142]; determinación a partir de la cual puede jugar la potestad organizativa del Alcalde para crear los pertinentes órganos.

iv) La de la organización integrada por puestos de trabajo de la Administración directamente incardinada a los órganos de gobierno a través de los directivos, pero limitada a la plantilla del personal en sede presupuestaria[143], en los términos propios del régimen básico común.

v) La desconcentración territorial en distritos: la división distrital, la organización de los distritos y la asignación a estos de competencias, en términos que implícitamente admiten el establecimiento de órganos representativos y participativos y dejan un muy amplio espacio decisional al Pleno[144]/[145].

Aquí también el contacto con la potestad de organización del Alcalde es irremediable y da lugar igualmente a una cláusula "sin perjuicio" de esta última, que obviamente debe considerarse subordinada a la del Pleno, por más que las normas de este no puedan agotar la regulación organizativa de que se trata, anulando así todo margen para su concreción en sede ejecutiva.

vi) La desconcentración funcional: regulación, en concreto y por su carácter necesario, del órgano de resolución de reclamaciones económico-administrativas y del Consejo Social de la Ciudad, y, en general, de los procedimientos de participación ciudadana, así como, potestativamente, de un órgano de gestión tributaria.

La creación del órgano especializado en reclamaciones económico-administrativas no excluye las previstas ante los tribu-

142. La contenida, en especial, en los arts. 129 (asesoría jurídica) y 136 (intervención general municipal) LRBRL.

143. Art. 123.1.h) LRBRL.

144. Los arts. 20 y 21 CMB disponen que los distritos son órganos territoriales para la desconcentración de la gestión y descentralización de la participación ciudadana, cuyo establecimiento, número y límites territoriales, organización y funciones son de la competencia del Consejo Municipal.

145. En el caso de Barcelona, ya se ha dicho que el art. 23 CMB incluso descentraliza la potestad de autoorganización en los consejos de distrito. Véase nota 115.

nales económico-administrativos del Estado, y su organización y funcionamiento se entregan a un específico reglamento, que queda sujeto a reglas sobre el carácter colegiado del órgano, el estatuto de sus miembros, la designación de estos por el propio Pleno por mayoría absoluta y el funcionamiento del órgano con arreglo a los principios de independencia técnica, celeridad y gratuidad[146]/[147].

El marco legal solo predetermina, en el caso del Consejo Social de la Ciudad, su integración por representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos más representativas (se entiende en el municipio) y sus funciones mínimas (emisión de informes, estudios y propuesta en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos). Deja, pues, un amplio espacio para opciones organizativas propias en cuanto a la representación de las organizaciones correspondientes en el órgano y las funciones de este añadidas a las mínimas legales[148].

La habilitación para la regulación de los procedimientos de participación ciudadana deja en libertad al Pleno para el ejercicio de su potestad organizatoria en esta materia, cuando de procedimientos orgánicos de participación se trate.

vii) La descentralización funcional: determinación de las formas de gestión de los servicios y creación de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles[149] en los términos autorizados por el régimen básico local común y el prescrito en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP). Lo que significa que al Pleno corresponde igualmente —dado su carácter normativo— la aprobación de los estatutos de los organismos y las entidades aludidos (sin perjuicio de que la iniciativa corresponda al complejo orgánico-funcional Alcalde-Junta de Gobierno); normas que, sin embargo, carecen de carácter orgánico.

b) La organización municipal especializada:

1.º— La creación y regulación (potestativa) de un órgano de gestión tributaria (para el desarrollo de las funciones propias de la Adminis-

146. Art. 137 LRBRL.
147. En el art. 25 LREM se regula el denominado Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid.
148. Art. 131 LRBRL.
149. Art. 123.1.k) LRBRL.

tración tributaria según la legislación tributaria), que parece que puede establecerse incluso por norma orgánica independiente del reglamento orgánico municipal, y que se limita solo por la vía de la atribución legal directa de un elenco mínimo de competencias y la integración en él del titular y las funciones de recaudación[150]/[151].

2.º— El establecimiento de órgano(s) que asuma(n) las funciones de presupuestación, contabilidad, tesorería y recaudación, que debe(n) ser definido(s) precisamente en el reglamento orgánico municipal. Los límites legales son aquí muy escuetos, pues las correspondientes funciones pueden concentrarse en un solo órgano o distribuirse entre varios, con la sola restricción de la reserva de su titularidad a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (limitación esta última, además, que ni siquiera afecta al órgano que específicamente asuma funciones de presupuestación)[152]/[153].

4.2.2
Alcalde y Junta de Gobierno

En correspondencia con la potenciación de la función ejecutiva, se atribuyen:

a) Al Alcalde, como órgano unipersonal: el establecimiento de la organización y la estructura de la Administración municipal ejecutiva (debe entenderse toda la directamente incardinada a los órganos superiores de gobierno a través de los directivos)[154], sin perjuicio, como ya se ha visto, de la competencia del Pleno en materia organizativa[155], lo que significa que la potestad organizatoria del Alcalde queda subordinada a la del Pleno, de modo que ha de ajustarse, además de al marco legal pertinente, a las normas orgánicas aprobadas por el Pleno (en el seno y fuera del reglamento orgánico municipal). En todo caso, la amplitud de la competencia del Alcalde es evidente.

150. Art. 135 LRBRL.
151. En el caso de Madrid, la LREM (art. 26) autoriza al Pleno para crear un ente autónomo de gestión tributaria (incluyendo la recaudación), determinando sus competencias, organización y funcionamiento.
152. Art. 134 LRBRL.
153. En el municipio de Madrid, la LREM prevé, como órganos directivos, la intervención general y la tesorería (arts. 23 y 24).
154. El art. 13.1.c) CMB define esta facultad también como la de "organizar la Administración municipal ejecutiva".
155. Art. 124.4 LRBRL.

b) A la Junta de Gobierno[156]: i) la formulación de los proyectos de reglamentación orgánica y de presupuestos (incluyendo la plantilla) a aprobar por el Pleno, así como la iniciativa para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas y la formulación de los proyectos de sus estatutos reguladores; y ii) la aprobación de la relación de puestos de trabajo.

Es claro el reforzamiento de la potestad de organización de la Alcaldía, en cuanto puede por sí sola ultimar la determinación de los órganos directivos y, en su caso, de los complementarios de estos o las unidades de rango inferior. La determinación de los primeros está ciertamente limitada por la normativa orgánica plenaria, pero no así la de su número y ámbito competencial, y la de los segundos únicamente lo está por la fijación de los directivos. La del número (y, por tanto, la competencia) de estos últimos resulta de la salvedad que se hace en el artículo 123.1.c), párrafo 6, LRBRL a la potestad organizatoria del Pleno, y la de los órganos o unidades inferiores deriva de la referencia de dicha salvedad legal al establecimiento de "niveles complementarios inferiores"; niveles que no pueden entenderse referidos a meros puestos de trabajo, pues la relación de estos está reservada a la Junta de Gobierno.

Cuando la potestad organizatoria ejecutiva deba ejercerse a través de la Junta de Gobierno, el reforzamiento de la posición del Alcalde es incluso más evidente, si se tiene en cuenta la que otorga la iniciativa de toda la normativa orgánica y la presupuestaria (que afecta a la plantilla condicionante de la relación de puestos de trabajo) y la referida a la creación y estatutos de las entidades funcionalmente descentralizadas o instrumentales y la de la prolongación del poder de organización a los niveles inferiores al orgánico: la relación de puestos de trabajo.

4.3 Plurifuncionalidad de la potestad de organización y flexibilidad de su atribución

El régimen básico específico analizado confirma y precisa la plurifuncionalidad de la potestad de organización, en la medida en que deja claro que esta se ejerce mediante decisiones tanto normativas como ejecutivas.

156. Art. 127.1 LRBRL.

La organización por el Pleno tiene lugar, como regla general, en sede normativa (orgánica), lo que se explica por el reparto de dicha organización entre aquel órgano y el complejo integrado por Alcalde-Junta de Gobierno. Pero ello no significa que:

1) En el ámbito de su autoorganización, el Pleno no pueda y, en su caso, deba adoptar las decisiones materialmente ejecutivas que sean necesarias para completar o ultimar la propia organización (por ejemplo, directrices o instrucciones), sobre todo en el ámbito del funcionamiento interno[157]; medidas concretas que, obviamente, circunscriben su juego a este ámbito.
2) En el ámbito de la organización municipal general, no le corresponda adoptar actos organizativos concretos, como los de creación de los órganos antes expuestos como pertenecientes a la organización municipal especializada; participación en organizaciones supramunicipales; descentralización funcional (creación de organismo autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles); y aprobación de la plantilla de personal.

En cambio, la potestad organizatoria del complejo Alcalde-Junta de Gobierno se ejerce desde luego mediante normas (las referidas a la Administración ejecutiva antes concretadas)[158], pero sobre todo actos concretos de carácter organizativo: directrices, instrucciones, etc.[159], y, en especial, las relaciones de puestos de trabajo (instrumento que, en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha dejado de ser un instrumento mixto para perder todo carácter normativo y consistir solo en un acto plúrimo).

El ejercicio de la potestad organizatoria se flexibiliza en los municipios de gran población en grado diverso mediante la autorización de su delegación[160]:

a) La delegación de competencia por el Pleno solo puede tener como destinataria una comisión interna y tener por objeto la descentralización funcional (creación de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles, y aprobación de

157. El art. 10.2 LREM define la función del Presidente del Pleno en términos que autorizan a entender comprendida la adopción de medidas del tipo aludido, pues prescribe que dicho Presidente asegura la buena marcha de los trabajos, interpreta las normas y dirige y mantiene el orden de los debates del órgano.

158. El art. 26.2.c) CMB atribuye a la Comisión de Gobierno la aprobación de decretos, en calidad de disposiciones de carácter general, para la ordenación y el funcionamiento de la Administración.

159. El art. 13.1 CMB atribuye al Alcalde el impulso y la inspección de los servicios y las obras mediante las correspondientes instrucciones generales y singulares.

160. En el caso de Madrid la flexibilidad es aún mayor, toda vez que se autoriza también la desconcentración de competencias: arts. 14.5 y 17.2 LREM.

los correspondientes estatutos), pues la competencia para la aprobación de las normas orgánicas no es delegable[161].

b) El Alcalde puede, por el contrario, delegar (mediante decreto)[162]:
   — Indistintamente en la Junta de Gobierno, los tenientes de alcalde, los restantes miembros de la referida Junta, los concejales, así como, en su caso, los coordinadores generales, directores generales y órganos similares, además de competencias sustantivas, facultades de dirección política y funciones ejecutivas y administrativas.
   — En la Junta de Gobierno, no solo la formulación de directrices generales de funcionamiento del Gobierno (directrices para la acción de este), sino nada menos que todas sus competencias en materia de organización y estructura de la Administración ejecutiva.

c) En cambio, la Junta de Gobierno no puede, por su parte, delegar la principal competencia propia en la materia: la relativa a la relación de puestos de trabajo.

5
Bibliografía

AMF. (2020). Chapitre 3 — L'organisation et le fonctionnement de la commune. *Guide du maire 2020*. Disponible en: https://medias.amf.asso.fr/upload/files/AMF%20-%20GDM%20Chap03_2020.pdf.

Bassols Coma, M. (1984). Los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas: Presidencia y Consejo de Gobierno. *REDA*, 40/41.

Bogumil, J. (2018). Kommunale Selbstverwaltung. En ARL — Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hrsg.). *Handwörterbuch der Stadt- und Raumentwicklung*. Disponible en: https://shop.arlnet.de/media/direct/pdf/HWB%202018/Kommunale%20Selbstverwaltung.pdf.

Burckhardt, W. (1927). *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*. Basel: Halbing und Lichtenhahn.

Cano Campos, T. (2019). El poder normativo local y la crisis de la ley. *Documentación Administrativa. Nueva Época*, 6.

161. Art. 123.3 LRBRL.
162. Art. 124.5 LRBRL.

Carreras Serra, F. (1988). Organització de les institucions d'autogovern. En Institut d'Estudis Autonòmics, Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona i Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona. *Comentaris sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya* (vol. I). Barcelona: Institut d'Estudis Autonómics.

Carro Fernández-Valmayor, J. L. (1991a). Sobre la potestad autonómica de la autoorganización. *REDA*, 71, 317-332.

— (dir.). (1991b). *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*. Madrid: MAP.

Cidoncha Martín, A. (2017). La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Cuadernos de Derecho Local*, 47, 12-100.

Ermacora, F. (1958). Die Organisationsgewalt. En E. von Friesenhahn, K. J. Partsch, A. Köttgen y F. Ermacora. *Parlament und Regierung im modernen Staat. Die Organisationsgewalt. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Berlín: De Gruyter.

Fernández Farreres, G. (2003). La potestad de autoorganización. En S. Muñoz Machado (dir.). *Tratado de Derecho Municipal* (2.ª ed., tomo I). Madrid: Civitas.

Font i Llovet, T., Tornos Mas, J. y Mir Puigpelat, O. (2003). II. Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa. *Revista de Administración Pública*, 162, 227-234. Disponible en: https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-162-septiembrediciembre-2003/contencioso-administrativa-2.

Galán Galán, A. (2004). *El reglamento orgánico local*. Madrid: INAP.

Gallego Anabitarte, A. (1971). *Derecho General de Organización*. Madrid: IEA.

— (2001). *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*. Madrid: Marcial Pons.

Hendler, R. (1984). *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der Industriegesellschaft*. Köln: Heymann.

Lliset Borrell, F. (1990). Los convenios interadministrativos de los entes locales. *REDA*, 67, 389-400.

Parejo Alfonso, L. (1991). La potestad de autoorganización de la Administración local. *Documentación Administrativa*, 228, 13-43.

— (1998). *La potestad normativa local*. Madrid: Marcial Pons.

— (2009). *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*. Madrid: Iustel.

Rivero Ysern, E. (1953). Potestad organizatoria y actividad organizativa. *Documentación Administrativa*, 153, 7-39.

Romano, S. (1963). *El ordenamiento jurídico*. Madrid: IEP.

Sánchez Sáez, J. (2006). El principio democrático en la Administración local: la elección directa del Alcalde y las potestades de autoorganización y sancionadora. *Revista de Administración Local y Autonómica* (*REALA*), 302, 185-210.

Sandford, M. (2022). *Local government in England: structures*. Londres: House of Commons Library.

Schuppert, G. F. (1989). Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation — Zur Begriffglichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 114 (1), 127-148.

— (2015). Selbstverwaltung und Selbstregulierung aus rechtshistorischer und governancetheoretischer Perspecktive. *Max Planck Institute for European History research paper series*, 2015-01. Disponible en: http://hdl.handle.net/10419/232021.

Sosa Wagner, F. (1987). Comentario al Título Primero. En R. Bocanegra Sierra (dir.). *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias*. Madrid: MAP-IEAL.

Evaluación del régimen económico-financiero de los municipios de gran población

César Martínez Sánchez
Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid

1. **Introducción**
2. **Aspectos presupuestarios**
   2.1. Principios presupuestarios
   2.2. Contabilidad, control y fiscalización interna
3. **Aspectos tributarios**
   3.1. La gestión tributaria
   3.2. Los tribunales económico-administrativos municipales
4. **Conclusión**
5. **Bibliografía**

Resumen

En este trabajo se analiza la evolución del régimen económico-financiero de los grandes municipios, veinte años después de su promulgación. Este estudio sigue la tradicional distinción entre los aspectos presupuestarios y los tributarios. Así, en cada epígrafe se ofrece un mínimo contexto de la regulación en el momento de su aprobación, de los cambios operados desde entonces y, en su caso, de las cuestiones que aún pueden mejorarse.

Palabras clave: *grandes municipios; financiación local; presupuestos locales.*

Artículo recibido el 14/09/2023; aceptado el 04/10/2023.

Evolution of the economic-financial legal framework of big cities

Abstract

This article analyzes the evolution of the economic-financial legal framework of big cities, twenty years after its enactment. This study follows the traditional distinction between budgetary and tax perspectives. Thus, each section provides a minimum context of the regulation at the time of its approval, of the changes that have taken place since then and, where appropriate, of the issues that can still be improved.

Keywords: big cities; local funding; local budgets.

1
Introducción

Dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) de España[1], la Administración se ha fijado como objetivo reforzar la evaluación de las políticas públicas, a través de análisis *ex ante* y *ex post*. En este sentido, a fin de lograr una mejora de la evaluación en su conjunto, en el componente 11 del PRTR se ha propuesto mejorar los mecanismos para realizar evaluaciones previas, mientras que en el componente 29 las reformas se centran en las evaluaciones posteriores del gasto público, que se materializan sobre todo en los *spending review* que lleva a cabo la AIReF[2]. Lo anterior se ha recogido en la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado (Ley 27/2022), en la que —según se afirma en su exposición de motivos— se estructura el "sistema público de evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado con el fin de institucionalizar la evaluación como herramienta de aprendizaje colectivo y organizativo, de mejora del servicio público y de rendición de cuentas y transparencia, contribuyendo a la eficacia y eficiencia de la acción pública".

A pesar de que formalmente, y desafortunadamente, la Universidad no forma parte del citado entramado institucional encargado del análi-

1. Los documentos relativos al Plan se pueden consultar en la dirección: https://planderecuperacion.gob.es/.
2. Los análisis realizados hasta la fecha se pueden consultar en abierto en la dirección: https://www.airef.es/es/spending-review/.

sis de las políticas públicas [más allá de la llamada a la promoción de la colaboración que aparece en el art. 29.3.l) de la Ley 27/2022], también los académicos podemos aportar nuestros análisis que permitan una mejor evaluación de la normativa aprobada. En este sentido, cabe felicitarse por la presente iniciativa, que se pregunta acerca de los primeros veinte años de aplicación del título X: "Régimen de organización de los municipios de gran población", que fue introducido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), a través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (LMMGL).

Como es fácil imaginar, el presente trabajo se centrará en su capítulo III: "Gestión económico-financiera", cuyos artículos (del 133 al 137) recogen casi todas las grandes innovaciones que en esta materia trajo la LMMGL. Efectivamente, existe también un importante cambio normativo en la regulación de la Hacienda local que, por afectar a todas las entidades locales y no solo a las municipios de gran población, quedó fuera de este capítulo: la supresión del quórum del voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que legalmente compongan el pleno de la entidad para la aprobación de las ordenanzas fiscales, a todas luces excesivo, pasándose a exigir el mismo que el requerido para la aprobación de los presupuestos (art. 123 LBRL).

Siguiendo la tradicional distinción en el estudio de la actividad financiera del Estado, que diferencia entre la regulación de los gastos públicos (derecho presupuestario) y la normativa relativa a los ingresos públicos (derecho tributario), en este trabajo se agruparán las innovaciones del título X siguiendo esta clásica separación, lo que obligará a alterar en algún caso el orden de análisis de los artículos. En este sentido, por ejemplo, el órgano responsable del control y de la fiscalización interna (art. 136 LBRL) se estudiará antes que el órgano de gestión tributaria (art. 135 LBRL). No en vano, no se pretende realizar aquí un comentario del articulado de la ley, sino más bien un análisis sistemático de la misma.

Para lograrlo, en cada epígrafe se tratará de ofrecer un mínimo contexto de la regulación en el momento de su aprobación, de los cambios operados desde entonces y, en su caso, de las cuestiones que aún pueden mejorarse. En este sentido, se prestará especial atención a aquellas materias, como la relativa a los órganos para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, que ofrezcan un mayor interés desde el punto de vista de los administrados (en el citado caso, por su alta litigiosidad).

Como es habitual, el trabajo concluirá con un apartado de conclusiones, en el que se condense lo más relevante de lo expuesto, al tiempo que se presentan sucintamente las líneas de reforma que podrían abordarse en el futuro.

2
Aspectos presupuestarios

2.1
Principios presupuestarios

En el art. 134 LBRL se recogen unos denominados "criterios" para la gestión económico-financiera que, como se verá a continuación, han quedado desactualizados con el paso de los años y, sobre todo, superados por una regulación mucho más densa y específica.

En primer lugar, se menciona el objetivo de estabilidad presupuestaria. Desde el año 2003, este principio ha sufrido diversas modificaciones de calado, que han respondido a los cambios acaecidos en la normativa europea y, posteriormente, en la Constitución. Ya no es un principio propio de los grandes municipios, sino que se aplica a todas las Administraciones.

Comencemos por el ámbito europeo. La cada vez mayor interdependencia macroeconómica de los Estados miembros, especialmente de los que comparten el euro como moneda común, aconseja cierta coordinación entre sus respectivas políticas fiscales. En este sentido, en el art. 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se ordena que los Estados miembros han de evitar "déficits excesivos". La comprensión de este concepto jurídico indeterminado requiere atender a lo dispuesto en el Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al TFUE. En este documento se establece que los valores de referencia que han de cumplir los Estados son: situar su déficit público por debajo del 3 % del PIB, y acumular una deuda pública que no exceda del 60 % del PIB. El incumplimiento generalizado de estos parámetros llevó a un endurecimiento de los procedimientos de control y, en su caso, de las sanciones a imponer a los Estados que no observaran las referidas reglas, que se articuló en el marco de varias reformas legales que alteraron el Pacto de Estabilidad y Crecimiento[3], que popularmente se conocen bajo los anglicismos de *Six-Pack* (de finales de 2011) y *Two-Pack* (2013)[4].

3. *Vid*. García y Martínez (2013: 50).
4. Se ha de tener presente que en marzo de 2020, a causa de la extensión de la pandemia de COVID-19, el Consejo Europeo activó, tras la solicitud de la Comisión, la conocida como cláusula general de salvaguardia, que se introdujo como parte del *Six-Pack* al que se acaba de

La relación de las reglas anteriores con el ámbito local se hace evidente si se atiende a cómo se mide tanto el objetivo de deuda como el de déficit de cada uno de los Estados. De acuerdo con el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC-2010), en Estados descentralizados como el nuestro se ha de considerar el agregado de la Hacienda estatal, autonómica y local (junto con la Seguridad Social). Esto es, el resultado presupuestario de una entidad local integra, aunque sea en una parte muy pequeña, la cifra final de déficit y endeudamiento del Reino de España en su conjunto. De ahí que, como se verá a continuación, en España se hayan dictado normas nacionales que imponen la estabilidad presupuestaria a todos los niveles de poder territorial.

Así, en el ámbito nacional fue muy relevante la reforma del art. 135 CE que se llevó a cabo en 2011, como respuesta a la crisis de financiación pública que deparó la Gran Recesión. En el referido marco europeo de endurecimiento de las condiciones relativas a la estabilidad presupuestaria de los Estados miembros, en nuestro país se modificó el texto constitucional para reforzar estas medidas de disciplina presupuestaria. Este precepto reformado contiene tres importantes consecuencias para el ámbito presupuestario local (no solo, por tanto, para los grandes municipios), que se exponen a continuación.

En primer lugar, en lo que se refiere a las entidades locales se decidió ir más allá de la prevención del déficit excesivo y del genérico principio de estabilidad presupuestaria para instaurar la regla del equilibrio presupuestario, que solo obliga a este tipo de entidades y no al resto de niveles de poder territorial (art. 135.2 *in fine* CE). Así pues, a las entidades locales se les ha impuesto —en la propia Constitución— la más estricta restricción que proscribe cualquier resultado presupuestario deficitario.

En segundo lugar, al igual que ya se afirmaba en la redacción original, la elaboración de los presupuestos habrá de tener presente que los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de todas las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos, a lo que la reforma ha añadido —sin que quede claro con qué efectos reales— que "su pago gozará de prioridad absoluta". En cumpli-

hacer referencia. Esta cláusula permite a los Estados miembros adoptar medidas presupuestarias para hacer frente adecuadamente a crisis económicas graves, dentro de los procedimientos preventivo y corrector del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. En particular, en lo que respecta al componente preventivo, los arts. 5.1 y 9.1 del Reglamento (CE) 1466/97 establecen que, "en periodos de crisis económica grave en la zona del euro o en el conjunto de la Unión, se podrá permitir a los Estados miembros que se aparten temporalmente de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo [...], siempre que dicha desviación no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo". Esta suspensión de las reglas fiscales cesará, en principio, en 2024.

miento de esta regla, los plenos de las entidades locales vendrán obligados a incluir en todo caso los créditos destinados a amortizar su deuda, sin que puedan ser objeto de enmienda o modificación.

En tercer lugar, en el art. 135.4 CE se realiza una remisión a una ley orgánica que habrá de regular: la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones públicas (en el caso de las entidades locales solo interesa el nivel de deuda, puesto que el déficit está prohibido); los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que se produzcan; la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural, y, por último, la responsabilidad de cada Administración pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

En cumplimiento del ya citado mandato de desarrollo contenido en el art. 135 CE, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF) es la norma que ha concretado las nuevas reglas de disciplina presupuestaria que rigen en nuestro país[5]. En esta ley orgánica se reitera que las corporaciones locales deberán mantener una posición de equilibrio o superávit presupuestario. Asimismo, se especifica que el Gobierno fijará los objetivos de estabilidad presupuestaria, en términos de capacidad o necesidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y el objetivo de deuda pública referido a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto de Administraciones públicas como para cada uno de sus subsectores. De su contenido, a los efectos de este trabajo, se han de destacar la regla de gasto, los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la disciplina presupuestaria y el destino obligatorio que habrá de darse al superávit público.

En efecto, una de las innovaciones más destacadas es la instauración de una regla de gasto en el art. 12 LOEPSF, que limita el crecimiento del gasto no financiero de las Administraciones públicas a la tasa de referencia de crecimiento del producto interior bruto de medio plazo de la economía española, que se fijará para cada año en atención a las variaciones del PIB experimentadas en el pasado y a las que se prevean para el futuro. Se trata de una norma mucho más exigente que la figura análoga europea[6] y ha

5. En relación con esto, se ha de tener presente que el Congreso de los Diputados apreció el 20 de octubre de 2020, a solicitud del Gobierno de la nación, que España sufría una emergencia extraordinaria por la pandemia de COVID-19 que justificaba, apelando a lo dispuesto en el citado art. 135.4 CE, la suspensión temporal de las reglas fiscales en 2020 y 2021. Esta misma circunstancia volvió a apreciarse en 2021 y 2022, de suerte que la suspensión se extendió hasta el ejercicio 2023 inclusive.

6. AIReF (2015: 9).

afectado de manera muy señalada a las entidades locales, ya que son las únicas que presentan de manera recurrente una importante capacidad de financiación, lo que les permite plantearse el crecimiento de sus empleos no financieros. A pesar de las relevantes constricciones que esta regla impone a las corporaciones locales, no existe un desarrollo legal, o al menos reglamentario, en el que se concrete el modo exacto en el que se ha de calcular dicho incremento. En este sentido, es particularmente desconcertante que los órganos de intervención local solo cuenten con "guías" del Ministerio de Hacienda para realizar los cálculos correspondientes[7]. Esta ausencia de desarrollo legal sitúa a las entidades locales en una innecesaria incertidumbre ante el criterio, que debiera ser reglado, del órgano que ostente la tutela financiera.

Otra de las manifiestas insuficiencias de la regulación de la regla de gasto en nuestro país, que ya han sido puestas de manifiesto con anterioridad[8], tiene que ver con su aplicación uniforme a todas las entidades locales. En efecto, una regla de prudencia financiera como esta no debería aplicarse a todas las Administraciones de forma idéntica, sino que se debería tener en cuenta la situación presupuestaria de cada una de ellas. Esto es, no tiene sentido aplicar las mismas restricciones a una entidad gravemente endeudada y a una entidad sin deuda. De ahí que sea necesario reformar la actual regulación a fin de que la regla de gasto se module en función del volumen de deuda y de la capacidad de financiación de cada entidad local. Igualmente, sería conveniente, al igual que ya se hace en el ámbito europeo con los gastos *one-off*, excluir del cómputo aquellos gastos de cierta entidad no recurrentes y no discrecionales que tengan carácter extraordinario. Así, por ejemplo, no deberían tenerse en cuenta los gastos imprevistos en los que incurra una entidad local para reparar los daños producidos por una catástrofe natural (al igual que el propio art. 135.4 CE ya prevé para estos casos la superación de los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública).

El concepto de sostenibilidad financiera, que en un primer momento se refirió exclusivamente a los límites de déficit y de deuda financiera, se amplió para incluir también el control de la deuda comercial. En efecto, se había observado que un mayor rigor en el escrutinio de la deuda financiera había provocado que las Administraciones públicas aumen-

7. Nos estamos refiriendo a la "Guía para la determinación de la Regla de Gasto para Corporaciones locales, Artículo 12 de la Ley 2/2012 Orgánica de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera" (3.ª edición, noviembre de 2014), que puede consultarse en https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Contabilidad/ContabilidadNacional/InformacionGeneral/Documents/Manual_AATT/Regla_de_gasto_CCLL_noviembre_2014.pdf.

8. Comisión de Expertos (2017: 15).

taran el plazo en el que abonaban las facturas de sus proveedores, esto es, la deuda financiera se estaba convirtiendo en deuda comercial. Para remediar esta situación se modificó el art. 4 LOEPSF, de forma que se incluyó una referencia a la morosidad de deuda comercial, entendiendo que la misma sería sostenible "cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad". En este sentido, todas las Administraciones públicas (incluidos, por tanto, los grandes municipios) están en la actualidad obligadas a calcular su periodo medio de pago a proveedores de acuerdo con la metodología común aprobada por el Real Decreto 635/2014, de 25 de julio.

La importancia de la LOEPSF radica en que, junto a las reglas presupuestarias que establece, crea también mecanismos que aseguran su efectivo cumplimiento. En ese sentido, se han instrumentado medidas graduales que se vuelven más severas en función de la constatación de incumplimientos.

Las medidas preventivas consisten básicamente en la realización de un seguimiento periódico del cumplimiento de los datos de ejecución presupuestaria, endeudamiento y periodo de pago a proveedores. Las obligaciones de suministro de información de las entidades locales se encuentran detalladas en la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre. Si se apreciara riesgo de incumplimiento, el Gobierno advertirá públicamente a la Administración responsable, la cual tendrá el plazo de un mes para adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo advertido.

Si lo anterior no es suficiente, se aplicarán las medidas correctivas, cuya manifestación más relevante es la aprobación de un plan económico-financiero en el que se han de incluir las causas del incumplimiento de que se trate; la descripción, la cuantificación y el calendario de aplicación de las medidas incluidas en el plan; las previsiones de las variables económicas y presupuestarias de las que parte el plan; así como un análisis de sensibilidad que considere escenarios económicos alternativos. Este plan habrá de ser aprobado por el pleno de la entidad local y será remitido al Ministerio de Hacienda para su aprobación definitiva y seguimiento, salvo en el supuesto de que la comunidad autónoma tenga atribuida la competencia de tutela financiera sobre las entidades locales.

En caso de falta de presentación, de falta de aprobación o de incumplimiento del plan económico-financiero, se aplican las medidas coercitivas, que consisten en que la Administración pública responsable deberá aprobar, en el plazo de quince días desde que se produzca el incumplimiento, la no disponibilidad de créditos, y efectuar la correspondiente retención

de los mismos que garantice el cumplimiento del objetivo establecido. Asimismo, deberá constituir, si así se lo solicita el Ministerio de Hacienda, un depósito con intereses en el Banco de España equivalente al 0,2 % de su PIB. Si no se adoptasen las medidas anteriores, o estas resultasen insuficientes, el Gobierno podrá acordar el envío de una comisión de expertos para valorar la situación económico-presupuestaria de la Administración afectada.

Como *ultima ratio*, si lo anterior no se atendiese, el Gobierno, o en su caso la comunidad autónoma que tenga atribuida la tutela financiera, requerirá al presidente de la corporación local para que adopte las medidas necesarias, y, si no atiende el requerimiento, se adoptarán las medidas necesarias para obligar a la entidad al cumplimiento forzoso de las medidas contenidas en el requerimiento. Si a pesar de lo anterior persistiera el incumplimiento, podrá considerarse como gestión gravemente dañosa para los intereses generales y podrá procederse a la disolución de los órganos de la corporación local incumplidora, de conformidad con lo previsto en el art. 61 LBRL.

Junto a la obligación de crear un fondo de contingencia destinado a atender necesidades de carácter no discrecional —no previstas en el presupuesto inicialmente aprobado— que puedan presentarse a lo largo del ejercicio, en la LOEPSF se establece —como colofón de todas las medidas anteriores y superando ampliamente la regulación prevista en el art. 134 LBRL— que el superávit de las corporaciones locales habrá de ser destinado a reducir su nivel de endeudamiento neto. No obstante, se ha de tener presente que la disposición adicional sexta de la LOEPSF contempló, inicialmente de forma exclusiva para el año 2014, pero se ha prorrogado en los ejercicios siguientes, la posibilidad de que las entidades locales pudieran destinar su superávit —o, si fuera menor, el remanente de tesorería para gastos generales— a financiar inversiones, siempre que a lo largo de la vida útil de las mismas sean financieramente sostenibles (IFS)[9]. Este gasto, a pesar de tener el carácter de empleo no financiero, no computará a los efectos de entender cumplida la regla de gasto, pero sí se tiene en cuenta a la hora de determinar la capacidad o necesidad de financiación de la entidad local. Por el momento, las IFS son la única vía que se ofrece a las entidades locales saneadas para aumentar su gasto por encima de la restricción que establece la regla de gasto.

9. En el ámbito local, la definición de ISF se encuentra en la disposición adicional decimosexta TRLHL.

2.2
Contabilidad, control y fiscalización interna

Junto con lo anterior, en el art. 134 LBRL se prevé la creación de uno o varios órganos para el ejercicio de las funciones de presupuestación, contabilidad, tesorería y recaudación. A continuación, se especifica que el titular o titulares de dicho órgano u órganos deberá ser un funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional, salvo el del órgano que desarrolle las funciones de presupuestación.

En lo que se refiere a la contabilidad, en el art. 133.b) LBRL se ordena la separación de las funciones de contabilidad y de fiscalización de la gestión económico-financiera para los grandes municipios[10], mientras que en el art. 133.c) LBRL aparece una remisión a la derogada Ley 39/1988, que debe entenderse realizada al actual 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).

En efecto, el control de la actividad de la Administración implica que tanto las entidades locales como sus organismos autónomos quedan sometidos al régimen de contabilidad pública. Por su parte, las sociedades mercantiles en cuyo capital tengan participación total o mayoritaria las entidades locales estarán igualmente sometidas al régimen de contabilidad pública, sin perjuicio de que —conforme a su particular naturaleza— se deban adaptar a las disposiciones del Código de Comercio y demás legislación mercantil y al Plan General de Contabilidad vigente para el resto de empresas. En todo caso, la sujeción al régimen de contabilidad pública lleva consigo la obligación de rendir cuentas de las respectivas operaciones, cualquiera que sea su naturaleza, al Tribunal de Cuentas.

En cuanto a las normas contables públicas aplicables a las entidades locales, en el art. 202 TRLHL se establece que el ejercicio contable coincidirá con el ejercicio presupuestario, al tiempo que en el art. 203 TRLHL se indica que corresponderá al Ministerio de Hacienda, a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado, aprobar las normas contables de carácter general a las que tendrá que ajustarse la organización de la contabilidad de los entes locales y sus organismos autónomos; aprobar el Plan General de Cuentas para las entidades locales, conforme al Plan General de Contabilidad Pública; establecer los libros que, como regla general y con carácter obligatorio, deban llevarse, y, por último, determinar la estructura y

10. Esto supone apartarse del modelo tradicional, tal y como se señala en Gutiérrez Colomina (2010: 888).

justificación de las cuentas, estados y demás documentos relativos a la contabilidad pública. No obstante, toda vez que en nuestro país existe un gran número de municipios pequeños, reglamentariamente se establece que las entidades locales serán objeto de tratamiento contable simplificado.

Sin perjuicio de la posibilidad citada que asiste a los grandes municipios de crear un órgano específico, la llevanza de la contabilidad de las entidades locales corresponde a la intervención, que también se encarga del seguimiento de la ejecución de los presupuestos. Igualmente, es competencia de la intervención la inspección de la contabilidad de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles dependientes de la entidad local, de acuerdo con los procedimientos que establezca el pleno. La contabilidad pública se llevará en libros, registros y cuentas según los procedimientos técnicos que sean más convenientes por la índole de las operaciones. Igualmente, se ha de poner de relieve que la intervención de la entidad local debe remitir al pleno de la entidad información de la ejecución de los presupuestos y del movimiento de la tesorería en los plazos y con la periodicidad que el pleno establezca.

En cuanto a los fines de la contabilidad pública local, en el art. 205 TRLHL se enumeran los siguientes: a) establecer el balance de la entidad local, poniendo de manifiesto la composición y situación de su patrimonio, así como sus variaciones; b) determinar los resultados desde un punto de vista económico-patrimonial; c) determinar los resultados analíticos poniendo de manifiesto el coste y rendimiento de los servicios; d) registrar la ejecución de los presupuestos generales de la entidad, poniendo de manifiesto los resultados presupuestarios; e) registrar los movimientos y situación de la tesorería local; f) proporcionar los datos necesarios para la formación de la cuenta general de la entidad, así como de las cuentas, estados y documentos que deban elaborarse o remitirse al Tribunal de Cuentas; g) facilitar la información necesaria para la confección de estadísticas económico-financieras por parte del Ministerio de Hacienda; h) facilitar los datos y demás antecedentes que sean precisos para la confección de las cuentas económicas del sector público y las nacionales de España; i) rendir la información económica y financiera que sea necesaria para la toma de decisiones, tanto en el orden político como en el de gestión; j) posibilitar el ejercicio de los controles de legalidad, financiero y de eficacia; y k) posibilitar el inventario y el control del inmovilizado material, inmaterial y financiero, el control del endeudamiento y el seguimiento individualizado de la situación deudora o acreedora de los interesados que se relacionen con la entidad local.

En lo que se refiere al control y la fiscalización interna de la gestión económica y presupuestaria, en los arts. 133.h) y 136 LBRL se establece que todos

los actos, documentos y expedientes de la Administración municipal, y de todas las entidades dependientes de ella, de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico, estarán sujetos al control y fiscalización interna que llevará a cabo la intervención en los términos establecidos en la Ley 39/1988, remisión que en la actualidad ha de entenderse realizada al TRLHL.

Como es sabido, la función interventora es la manifestación clásica del control interno de la Administración[11]. En efecto, tal y como se establece en el art. 214.1 TRLHL, la función interventora tendrá por objeto "fiscalizar todos los actos de las entidades locales y de sus organismos autónomos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y pagos que de aquellos se deriven, y la recaudación, inversión y aplicación, en general, de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso". En particular, el ejercicio de la expresada función interventora comprenderá, de conformidad con lo dispuesto en el art. 214.2 TRLHL, lo siguiente: a) la intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos de valores; b) la intervención formal de la ordenación del pago; c) la intervención material del pago, y d) la intervención y comprobación material de las inversiones y de la aplicación de las subvenciones.

El control que se realiza en la función interventora ha de estar presidido por los principios de objetividad, neutralidad e imparcialidad[12]. Esto es, se trata de un control objetivado referido a actos concretos en el que el parámetro de actuación aparece delimitado por normas preestablecidas, que no son disponibles por parte de quien lleva a cabo la actividad fiscalizadora. Igualmente, según se dispone en el art. 8.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local (RCISPL), el ejercicio de la función interventora "no atenderá a cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones fiscalizadas". Así, la doctrina ha entendido que precisamente lo que distingue claramente la función interventora de la función de control financiero es el momento en el que se llevan a cabo cada una de ellas, así como su finalidad: la función interventora tiene lugar antes de contraerse el gasto y persigue controlar la legalidad del mismo, mientras que el control

11. La gran novedad de la Ley Municipal de 1870 fue la instauración de la intervención municipal a cargo del contador, al que se le atribuyeron además funciones de clavero y de formación de las cuentas de cada ejercicio (Vera Torrecillas, 2021: 125).

12. *Vid*. Colás Tenas (2017: 52-53).

financiero acaece después de que el gasto se haya realizado e incorpora un control de eficacia, eficiencia y economía[13].

A fin de garantizar preventivamente el cumplimiento del ordenamiento jurídico se ha dispuesto que, como regla general, los gastos públicos han de ser sometidos a una fiscalización previa. Sin embargo, evidentes razones de eficiencia y eficacia han llevado a que la propia norma recoja, desde hace años, excepciones a esta regla general, que aparecen en el art. 219 TRLHL.

Asimismo, en los supuestos no exentos de intervención previa, el pleno podrá acordar que la intervención previa tenga carácter limitado, comprobando exclusivamente los extremos que se recogen en el art. 219.2 TRLHL. Ahora bien, las obligaciones o los gastos sometidos a este tipo de fiscalización limitada serán objeto de otra comprobación plena con posterioridad, ejercida sobre una muestra representativa de los actos, documentos o expedientes que dieron origen a la referida fiscalización, mediante la aplicación de técnicas de muestreo o auditoría, con el fin de verificar que se ajustan a las disposiciones aplicables en cada caso y determinar el grado del cumplimiento de la legalidad en la gestión de los créditos (art. 219.3 TRLHL).

Si en el ejercicio de este control el órgano interventor "se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución" (art. 215 TRLHL). Los efectos jurídicos de los reparos son distintos en función de si se refieren al reconocimiento de derechos o a la disposición de gastos. Los primeros nunca suspenderán la tramitación del expediente, mientras que los segundos sí en los siguientes casos: a) cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado; b) cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago; c) en los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales; y d) cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios (art. 216.2 TRLHL).

En los supuestos anteriores, si el órgano al que afecte el reparo no está de acuerdo con este, corresponderá al presidente de la entidad local, o al pleno en determinados casos, resolver la discrepancia (art. 217 TRLHL). Ahora bien, se ha de insistir en que solo los defectos que taxativamente se han fijado por la normativa presupuestaria darán lugar a un reparo suspensivo, de suerte que el resto de reparos basados en defectos no esenciales carecerán de efectos suspensivos[14].

13. Marín-Barnuevo y Monzón (2017: 193).
14. *Vid*. Vigo y González (2018: 109).

Tratándose de reparos no suspensivos, el expediente de gasto continuará hasta su finalización y solo se iniciará el procedimiento de discrepancia si el órgano gestor lo considera oportuno, ya que la ley solo articula reglas específicas para el caso de reparos que producen efecto suspensivo en el expediente. Ahora bien, los acuerdos adoptados que sean contrarios a los reparos no suspensivos se remitirán al Tribunal de Cuentas, tal y como se establece en el art. 218.3 TRLHL.

Por último, el control financiero tendrá por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios de las entidades locales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, al tiempo que buscará informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación, y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos. Este control se llevará a cabo a través de procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público. Los resultados habrán de recogerse en un informe escrito con las observaciones y conclusiones pertinentes, que será enviado al pleno para su examen (art. 220 TRLHL). Asimismo, el control de eficacia tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones (art. 221 TRLHL).

3
Aspectos tributarios

3.1
La gestión tributaria

Junto con las especialidades en materia presupuestaria que se acaban de analizar, el capítulo III del título X LBRL contiene también novedades en el ámbito tributario, que se refieren eminentemente a la gestión tributaria y a los tribunales económico-administrativos.

Así, en el art. 135.1 LBRL se habilita al pleno de los ayuntamientos de los municipios de gran población para crear un órgano de gestión tributaria responsable de ejercer como propias las competencias que a la Administración tributaria local le atribuye la legislación fiscal. En efecto, en el art. 135.2 LBRL se especifica que a este órgano le corresponderán las siguientes competencias: a) la gestión, liquidación, inspección, recaudación y revisión de los actos tributarios municipales; b) la recaudación en período

ejecutivo de los demás ingresos de derecho público del ayuntamiento; c) la tramitación y resolución de los expedientes sancionadores tributarios relativos a los tributos cuya competencia gestora tenga atribuida; d) el análisis y diseño de la política global de ingresos públicos en lo relativo al sistema tributario municipal; e) la propuesta, elaboración e interpretación de las normas tributarias propias del ayuntamiento; y, por último, f) el seguimiento y la ordenación de la ejecución del presupuesto de ingresos en lo relativo a ingresos tributarios.

En cuanto a las competencias que se acaban de enumerar, se ha de tener en cuenta que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 134.1 y 135.3 LBRL, en el supuesto de que el pleno decida establecer un órgano de gestión tributaria, las funciones recaudatorias pasarán a ser ejercidas por él. Por otro lado, en cuanto a la función revisora de los actos tributarios locales, como más adelante se detallará, al órgano de gestión tributaria le competerá la resolución de los recursos de reposición, mientras que las reclamaciones económico-administrativas serán resueltas por el órgano específico al que posteriormente se hará alusión.

La posibilidad de crear un órgano de gestión integral de los procedimientos tributarios, que sin duda contemplaba a la AEAT como modelo, es una herramienta positiva para los municipios de gran población. No puede olvidarse que los grandes municipios llevan a cabo una ingente labor de gestión tributaria. Así, tomando el ejemplo más extremo, en 2021 la Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Madrid gestionó 4 281 462 recibos por un importe de 1792 millones de euros, resolvió 23 627 recursos, formalizó 8924 expedientes de actas y sanciones y recaudó 2348 millones de euros. No en vano, se trata de un organismo con un presupuesto de más de 64 millones de euros, que emplea a 817 personas[15].

Ahora bien, el órgano específico de gestión tributaria no es solo recomendable por razones cuantitativas (afrontar la gestión masiva de los tributos municipales), sino que existen también razones cualitativas que aconsejan su existencia. En efecto, a pesar de que tradicionalmente se ha pretendido que la gestión tributaria local fuera lo más elemental posible, atendiendo a la secular insuficiencia de medios personales y técnicos de las entidades locales, en los últimos años se observa una relativa sofisticación de algunos tributos municipales. Es el caso, por ejemplo, de las tasas por ocupación del dominio público, cuya correcta cuantificación requiere la emisión de infor-

15. Todos los datos están extraídos de la Memoria Anual de 2021 (última disponible), que se puede consultar en https://www.madrid.es/FWProjects/contribuyente/contenidos/01Conocenos/01Institucion/Memorias/2021/MemoriaATM2021.pdf.

mes técnico-económicos cada vez más complejos. Igualmente, a diferencia de la anterior fórmula de cuantificación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (la conocida como plusvalía municipal), el sistema actual de liquidación implica una gestión mucho más exigente por parte de los ayuntamientos.

Sin perjuicio de lo anterior, es ciertamente llamativo que la especialidad de los municipios de gran población en materia tributaria se limite a una cuestión meramente organizativa. Esto es, en atención a las notables diferencias que este tipo de municipios presentan respecto del resto, quizás resultaría oportuno otorgar una mayor autonomía tributaria sustantiva a los municipios de gran población[16]. En este sentido, a pesar de que su funcionamiento depare resultados inequitativos[17], el actual sistema de reparto de la participación de los ingresos del Estado ya contempla un régimen específico para los municipios de gran población, claramente diferenciado del que se aplica a los demás. Análogamente, cabría pensar en un régimen específico tributario para los municipios de gran población, que fuera más allá de los tímidos intentos que han existido hasta el momento[18]. Cabría pensar en una aplicación más restringida de este régimen tributario especial (por ejemplo, limitándolo a las ciudades de más de 500 000 habitantes), pero, en cualquier caso, es necesaria una profunda reflexión sobre el sistema tributario local, que en la actualidad dispensa la misma autonomía a Barcelona y a un municipio de 100 habitantes.

La mayor complejidad de la gestión tributaria municipal suscita, asimismo, otras dos cuestiones relevantes: por un lado, el personal municipal dedicado a la gestión tributaria, y, muy relacionada con esto, la colaboración de las empresas privadas en la gestión tributaria de las entidades locales.

A diferencia de lo que ocurre con los órganos responsables de la gestión económico-financiera y presupuestaria (art. 134 LBRL) y del control y fiscalización interna (art. 136 LBRL), la ley no exige que al frente del órgano de gestión tributaria se encuentre un funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional. La explicación tiene que ver, a buen seguro, con la inexistencia de un cuerpo estatal de funcionarios de inspección tributaria local. En este sentido, tratándose —como se ha dicho anteriormente— de una regulación tan uniforme en todo el Estado, podría estar justificada la creación de una nueva figura con habilitación de carácter nacional.

16. En este sentido, *vid*. Ortiz Calle (2009).
17. Para profundizar en dichos resultados, *vid*. Martínez Sánchez (2023).
18. Quizás la diferencia más llamativa que ha existido era la posibilidad que tenía Barcelona de someter a gravamen las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana cuyo período de generación fuera inferior a un año. Tras la reforma del IIVTNU, esta posibilidad se ha extendido a todos los municipios.

Esto reforzaría la unidad de criterio en materia de gestión tributaria, al tiempo que facilitaría la labor inspectora y sancionadora en materia tributaria de las entidades locales, que en muchos casos roza lo inexistente (normalmente, aunque no siempre, por falta de medios personales especializados).

Las notables insuficiencias que han presentado en este ámbito muchas entidades locales han generado la aparición de empresas privadas que colaboran habitualmente en la gestión de los tributos, incluso en las labores inspectoras[19]. En este sentido, los principios de eficacia y eficiencia se han invocado a la hora de justificar la externalización de determinados procedimientos tributarios en empresas especializadas, a través de los correspondientes contratos públicos. No obstante, existe un claro límite al objeto de estos contratos y es el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos[20], tal y como se establece en el art. 17 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como en el art. 85.2 LBRL, en relación con el art. 9.2 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. La delimitación de las labores que puedan desempeñar este tipo de empresas requeriría de un desarrollo legal que otorgara mayor seguridad jurídica a las entidades locales y a las contratistas[21], al tiempo que asegurase el pleno respeto a los derechos de los contribuyentes de la Hacienda local.

3.2
Los tribunales económico-administrativos municipales

Quizás la mayor innovación del capítulo III del título X de la LBRL sea la creación, en su art. 137, de un órgano especializado en los municipios de gran población para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas.

Con carácter previo al análisis de este tipo de órganos, se ha de tener presente que la aprobación de la LBRL en 1985 eximió de la necesidad de recurrir ante otra Administración pública actos dictados por las entidades locales. En efecto, desapareció la obligatoriedad de interponer reclamación económico-administrativa ante los órganos estatales antes de acudir al or-

19. Acerca de sus límites y posibilidades, *vid*. García y Velasco (2008).
20. En este sentido, *vid*. De Gandarillas Martos (2012).
21. Entre otras resoluciones relevantes, cabe destacar la STSJ del País Vasco de 14 de diciembre de 2015 (n.º 519/2015), que declaró la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento de Amurrio (Álava) para adjudicar a una empresa externa el servicio de "colaboración en la inspección y gestión tributaria", al considerar que el contrato no se reducía a tareas de apoyo o asistencia técnica, sino que facultaba a la compañía a realizar actuaciones reservadas al personal de la Administración tributaria.

den contencioso-administrativo. Esta decisión, criticada contundentemente por algunos[22], supuso un gran acierto y una gran equivocación al mismo tiempo. El acierto, desde el punto de vista de la autonomía local que se proclama en el art. 140 de la Constitución, consiste precisamente en no someter las decisiones de los municipios a los órganos de revisión estatales. En palabras del Tribunal Supremo, el principio de autonomía local "ha erradicado la persistencia —inconstitucional— de cualquier vestigio de tutela, fiscalización o control de la actuación de los entes locales por órganos de la Administración del Estado —como son los tribunales económico-administrativos— o, en su caso, de la Administración autonómica"[23].

Fue un acierto, por tanto, excluir a las entidades locales del control de los tribunales económico-administrativos estatales, pero fue un gran error no prever un mecanismo satisfactorio de revisión administrativa de los actos locales. En efecto, durante años el único recurso administrativo anterior a la vía judicial fue el recurso de reposición. Como es sabido, se trata de un recurso no suspensivo y no devolutivo, esto es, es resuelto por el mismo órgano que dictó el acto cuya revisión se pretende. Esta última característica, junto con el excesivamente corto plazo para resolver que otorga la ley (un mes), convierte a este recurso en una herramienta claramente insatisfactoria desde el punto de vista del reclamante y discutiblemente útil desde el punto de vista de la prevención de la litigiosidad judicial. En este sentido, se ha señalado con acierto que "es poco probable que el órgano administrativo que conoce de la reposición renuncie a mantener el criterio jurídico en base al cual dictó el acto originario"[24].

Ante este vacío legal, la primera reacción digna de consideración fue la del *Consell Tributari* de Barcelona, creado por un acuerdo plenario del Ayuntamiento de Barcelona de 2 de marzo de 1988, que inició sus funciones a principios de 1989 con independencia y objetividad, toda vez que sus miembros no estaban sometidos a relación jerárquica alguna con la Administración municipal[25]. En lo que aquí interesa, entre las competencias de este órgano se encontraba "el dictamen de todas las propuestas de resolución de recursos y reclamaciones que se presenten contra los actos de aplicación de exacciones municipales". Dicho dictamen tenía carácter preceptivo pero no vinculante. Así, el *Consell Tributari* se constituyó como un órgano consultivo creado por iniciativa del ayuntamiento, el cual autolimita

22. Así, ha sido calificada como "despropósito [...] por un prurito dogmático", en Sánchez Morón (2004: 53).
23. STS de 25 de marzo de 2003, FD 6.°, ECLI:ES:TS:2003:2068.
24. De la Nuez y Pérez (2000: 60-61).
25. Gutiérrez Colomina (2010: 871).

sus facultades imponiéndose la obligación de incorporar el dictamen del *Consell* al expediente de resolución de los recursos administrativos en materia tributaria[26].

El buen funcionamiento de la iniciativa de Barcelona parece que sirvió de modelo para que el legislador, quince años después de la instauración del *Consell Tributari*, decidiera la creación de un órgano específico de resolución de reclamaciones económico-administrativas en los municipios de gran población. De acuerdo con lo expuesto en la exposición de motivos de la LMMGL, la creación de estos órganos especializados pretendía "garantizar la competencia técnica, la celeridad y la independencia tan patentemente requeridas por los ciudadanos en este ámbito", al tiempo que se entendía que "puede constituir un importante instrumento para abaratar y agilizar la defensa de los derechos de los ciudadanos en un ámbito tan sensible y relevante como el tributario, así como para reducir la conflictividad en vía contencioso-administrativa, con el consiguiente alivio de la carga de trabajo a que se ven sometidos los órganos de esta jurisdicción".

Así, se creó la reclamación económico-administrativa local como forma preceptiva de revisión de los actos tributarios de los grandes municipios, previa al recurso contencioso-administrativo, al tiempo que se mantenía el recurso de reposición, que dejaba de ser preceptivo (como sigue siendo en el resto de municipios) para convertirse en potestativo. Evidentemente, esta nueva regulación no afectaba a los supuestos de gestión compartida (IBI e IAE) en los que la ley prevé la reclamación económico-administrativa ante los tribunales económico-administrativos del Estado, cuya regulación no resultó alterada.

En cuanto a las competencias, se decidió la creación de un órgano que no solo se encargase de resolver las reclamaciones económico-administrativas, sino que —acertadamente— además se le dotó de ciertas labores consultivas, como el dictamen sobre los proyectos de ordenanzas fiscales y la elaboración de estudios y propuestas en materia tributaria.

Respecto de su composición, la ley solo exige que esté constituido por un número impar de miembros, con un mínimo de tres, designados por el pleno, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que legalmente lo integren, de entre personas de reconocida competencia técnica. En cuanto a esto último, resulta llamativo que es el único órgano municipal en el que se omite la exigencia de la condición funcionarial o de una determinada condición funcionarial (habilitados nacionales)[27]. La explica-

26. Agulló Agüero (1996: 285).
27. Como ya se puso de manifiesto en Plaza Vázquez (2004).

ción seguramente tiene que ver, como ya se dijo en relación con el órgano de gestión tributaria, con la inexistencia de un cuerpo de funcionarios estatal específicamente diseñado para estas tareas. En todo caso, lejos de resultar criticable, parece positivo que se posibilite la entrada a estos órganos de personal de otras Administraciones, así como de reconocidos expertos del ámbito privado.

En cuanto a la independencia de los miembros del órgano, se ha de tener en cuenta que existe una lista exhaustiva de causas de cese (art. 137.4 LBRL), a saber: a) a petición propia; b) cuando lo acuerde el pleno con la misma mayoría que para su nombramiento; c) cuando sean condenados mediante sentencia firme por delito doloso; y, por último, d) cuando sean sancionados mediante resolución firme por la comisión de una falta disciplinaria muy grave o grave. En este último caso, solamente el pleno podrá acordar la incoación y la resolución del correspondiente expediente disciplinario.

Resulta especialmente encomiable que la ley explicitara la gratuidad de este procedimiento de revisión. En efecto, como ya se ha comentado, en el ámbito local es habitual que los actos que se impugnan tengan unas cuantías bajas, de forma que existe un gran desincentivo económico para acudir a los tribunales (especialmente desde que, con la reforma de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en el orden contencioso-administrativo rija el principio del vencimiento en la imposición de costas). En este sentido, la gratuidad del procedimiento económico-administrativo es muy pertinente para la correcta salvaguarda de los derechos de los contribuyentes.

A pesar de las evidentes ventajas que esta nueva vía presenta, lo cierto es que a lo largo de estos años no todos los grandes municipios han creado un órgano especializado para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas[28]. En este sentido, lo primero que se ha de indicar es que el tenor literal del art. 137 LBRL ("[e]xistirá") parece no dejar lugar a dudas acerca del carácter imperativo del precepto[29], por lo que existe la obligación legal de crear este tipo de órgano especializado para la resolución de reclamaciones económico-administrativas.

Más dudoso resulta definir cuáles son las consecuencias exactas de dicha omisión. No en vano, se trata de una cuestión que se encuentra pen-

28. En cuanto a los municipios que no cuentan con dicho órgano, existe una enumeración de los mismos en Ortiz Espejo (2023: 150).

29. En este mismo sentido se pronuncia la DT 1.ª LMMGL, en la que se establece que los plenos de los ayuntamientos a los que resulte de aplicación el título X de la LBRL disponen de un plazo de seis meses para aprobar las normas orgánicas necesarias.

diente de decisión por parte del Tribunal Supremo, el cual en 2022 apreció que existía interés objetivo casacional para la formación de jurisprudencia en determinar "si, la falta de creación en los municipios de gran población del órgano especializado para resolver las reclamaciones económico-administrativas previsto en el artículo 137 LBRL, determina la nulidad de los actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos e ingresos de derecho público, que sean de competencia municipal, al privar el ayuntamiento al contribuyente del derecho a la resolución de su reclamación económico-administrativa por un órgano especializado antes de acudir a la vía judicial"[30].

A falta de que se pronuncie el alto tribunal para zanjar la cuestión, los tribunales, por el momento, han ofrecido dos respuestas diferentes que se resumirán a continuación.

Por un lado, existen pronunciamientos judiciales que entienden que esta omisión ha de comportar la nulidad de los actos impugnados. En este sentido, en la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo de Santander que dio lugar al auto de admisión citado, se sostenía que, "en cuanto al segundo motivo del recurso, omisión en la resolución recurrida de la posibilidad del recurso previsto en el art 137.3 indicado, lo cierto es que, aunque la Administración haya alegado ausencia de indefensión y con independencia del criterio que pudiera tener ya formado sobre el fondo del asunto, lo cierto es que es una previsión legal de obligado cumplimiento y omitir el derecho al recurso al recurrente en vía administrativa es determinante de la nulidad solicitada, debiendo la Administración haber facilitado el mismo"[31].

Por el contrario, ante un recurrente que, al no existir el preceptivo órgano especializado en el municipio, intentó acudir directamente a la jurisdicción, sin interponer previamente el recurso de reposición que entendía potestativo por tratarse de un municipio de gran población (Alcalá de Henares), el TSJ de Madrid llegó a la conclusión de que "la ausencia del órgano especializado ante el que ha de agotarse la vía administrativa impide que pueda aplicarse el régimen de recursos que con dicho órgano se establece por la LBRL. Y ello, porque dicho régimen peculiar de recursos exige agotar, en todo caso, la vía administrativa ante el citado órgano especializado, siendo sólo la reposición potestativa, y no es posible exigir agotar la vía administrativa ante un órgano que no existe. Por tanto, debemos entender que hasta que dicho órgano especializado no se cree y entre en funcionamiento,

30. ATS de 12 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:38A).
31. SJCA n.º 2 de Santander de 23 de diciembre de 2020, procedimiento abreviado n.º 243/2020, FD 2.º.

mediante el correspondiente reglamento aprobado por el Pleno, no puede ser de aplicación un régimen de recursos administrativos que pivota sobre dicho órgano aún no creado. Así pues, entendemos que, en este caso, lo determinante es la información de recursos que se diera a la interesada en la notificación, y es lo cierto que dicha notificación obra en autos y en ella se indica con claridad que el recurso administrativo procedente, previo al contencioso administrativo, es el de reposición. Ninguna confusión puede alegarse dada la claridad de los términos de la notificación. El recurso procedente era el de reposición con carácter preceptivo, tal y como se informaba a la interesada en la notificación, y su no interposición sólo puede, por ello, ser imputable a la propia recurrente"[32].

A nuestro juicio, ninguna de las dos soluciones jurisprudenciales citadas es completamente acertada. En efecto, hay dos cuestiones nucleares previas que son determinantes para resolver la situación. En primer lugar, por obvio que resulte, se debe recordar el pleno sometimiento de la Administración a la ley, cuyo incumplimiento ha de ser controlado por los tribunales (arts. 9.3 y 106.1 de la Constitución). En este caso, es evidente que algunos municipios de gran población están incumpliendo claramente un mandato legal al no crear un órgano especializado para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, tal y como ordena el art. 137 LBRL. En segundo lugar, el sistema de recursos administrativos de los actos tributarios de los municipios de gran población es el que establece la ley (en este caso la LBRL en conjunción con el TRLHL), sin que los municipios tengan competencia para alterarlo, más allá del desarrollo reglamentario que la ley les encomienda.

Así las cosas, entendemos que —aunque están relacionados— se debe distinguir entre los vicios de validez que pudieran presentar los actos susceptibles de reclamación económico-administrativa en los municipios de gran población que hayan incumplido la obligación de crear un órgano especializado, y la vía jurídica más adecuada para obligar a dichos municipios a crear el referido órgano.

En cuanto a lo primero, los actos de aplicación de los tributos en este tipo de municipio no parecen estar viciados *per se*. Sí puede sostenerse que existe en ellos una causa de anulabilidad por el defectuoso pie de recurso que contienen (art. 40.2 LPAC). Ahora bien, la indicación errónea de los recursos pertinentes (en este caso, la omisión de la reclamación económico-administrativa) no ha sido entendida generalmente por los tribunales

32. STSJ de Madrid de 26 de julio de 2010, n.º de recurso 34/2010 (ECLI:ES:TSJM:2010:12710), FD 2.º.

como una causa de anulabilidad como tal, sino que la jurisprudencia simplemente puntualiza que la confusión o el error en el ofrecimiento de recursos, imputable a la Administración, no puede perjudicar al recurrente[33], en el sentido de que no debería entenderse iniciado el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo hasta que se indique el recurso que corresponde.

Distinto de lo anterior son los actos de los referidos municipios, también los presuntos, por lo que se niega la posibilidad de presentar una reclamación económico-administrativa. En este caso, a nuestro juicio aquí sí cabe apreciar la nulidad de pleno derecho del acto, en atención a lo dispuesto en el art. 217.1.a) LGT. En particular, entendemos que pueden apreciarse dos lesiones a los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Con carácter previo, se debe recordar que se ha de realizar una interpretación restrictiva de las causas que comportan la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Así, la doctrina ha entendido que solo si la indefensión impide la tutela judicial efectiva cabría imputar la nulidad absoluta al acto que la originó. Por el contrario, "si un acto ocasiona indefensión en vía administrativa pero esta puede solventarse en vía de recurso, no estaríamos ante esta causa de nulidad"[34].

Para que se produzca la referida lesión constitucional es necesario que el interesado se vea en una situación de indefensión, y para ello es preciso que la indefensión sea material y no meramente formal (SSTC 90/1988, 181/1994, 314/1994, 15/1995, 126/1996, 86/1997 y 118/1997, entre otras), lo que implica que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (SSTC 43/1989, 101/1990, 6/1992 y 105/1995, entre otras), y, además, es necesario que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado.

En atención a lo expuesto, entendemos que en estos casos la omisión de un recurso ante un órgano con independencia técnica, gratuito y célere, previsto por la ley, sí produce una indefensión material que no puede ser subsanada en vía contencioso-administrativa, por lo que debería apreciarse una vulneración de la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 CE.

En conexión con lo anterior, cabe también apreciar una vulneración del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación (art. 14 CE). No puede desconocerse la desigual situación en la que se encuentran los contribuyentes de los municipios que sí cumplen con la ley frente a los que no han acatado el mandato legal. Los primeros pueden acudir a la vía

33. SSTS de 18 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3356) y de 19 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7163).
34. Sesma Sánchez (2017: 178).

económico-administrativa local, y los segundos, por la mera inactividad de su municipio y sin que exista ninguna otra causa que lo motive, no pueden hacerlo. Por tanto, entendemos que se trata de situaciones homogéneas en las que se dispensa una diferencia de trato que carece de una justificación objetiva y razonable, por lo que resulta contraria al citado art. 14 CE[35].

La última cuestión que se ha de comentar tiene que ver con las vías jurídicas para forzar al municipio a implantar el órgano especializado en la resolución de reclamaciones económico-administrativas, al que la ley le obliga. En efecto, en el art. 137 LBRL se contiene la obligación de crear estos órganos, y además, en la disposición transitoria primera de la LMMGL, se establecía un plazo general de seis meses para aprobar las normas orgánicas necesarias. Así, nos encontramos ante un supuesto en que la ley expresamente se remite a la regulación reglamentaria, señalando plazo para dictar esta. Así pues, el transcurso del plazo legal "puede revelar la inactividad de la Administración, situación ilegal contra la cual deberían quedar abiertos los cauces jurisdiccionales para exigir el cumplimiento tardío del deber legal de obrar. Al respecto, comprobada esta situación, nada parece impedir que se solicite de la Administración la aprobación del reglamento con el fin de dejar constancia de la omisión administrativa, voluntaria o no, e interponer contra la negativa un recurso contencioso-administrativo"[36].

Constatado lo anterior, el recurso contra la inactividad del municipio de que se trate se va a enfrentar a dos importantes dificultades a la hora de ejecutar la ulterior sentencia: la imposibilidad de que el juez sustituya al pleno en su labor reglamentaria, y, ante lo anterior, los escasos medios que el juez tiene para compeler al pleno a que apruebe el correspondiente reglamento orgánico. No obstante, en cuanto a esto último, ningún obstáculo parece que pueda existir para imponer, en virtud de lo dispuesto en el art. 112 LJCA, una multa coercitiva a los miembros del pleno que se resistan a aprobar el citado reglamento orgánico.

4
Conclusión

Contrariamente a lo que cantaba Gardel, veinte años sí son algo en lo que respecta a la vigencia y actualidad del régimen económico-financiero de los grandes municipios, instaurado en 2003 por la LMMGL.

35. SSTC 75/1983, 150/1991 y 222/1992, entre otras muchas.
36. Gómez Puente (2000: 310).

Así, en lo que se refiere a las normas de carácter presupuestario, se ha puesto de manifiesto que, más allá de la separación de órganos, los principios que se contienen en el art. 133 LBRL se han visto claramente superados por la normativa en materia de estabilidad presupuestaria, que acompañó a la reforma del art. 135 CE, que tuvo lugar en 2011. En efecto, como se ha explicado ya, en la actualidad existe una densa normativa —con controles efectivos y ciertamente exigentes— que, tras la suspensión que ha deparado la crisis de la COVID-19, volverá a estar en pleno vigor en el ejercicio 2024. Junto con la adaptación a los previsibles cambios que se producirán en la normativa comunitaria, el legislador tiene por delante el reto de modificar las actuales reglas fiscales, sobre todo en lo que se refiere a la regla de gasto, de forma que se modulen en función de la situación económico-financiera de cada municipio.

Igualmente, en lo que se refiere al control interno de los grandes municipios, en estos veinte años se han producido reformas normativas de calado para lograr un control económico-presupuestario más riguroso y reforzar el papel de la función interventora en las entidades locales. En particular, el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por fin desarrolló el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público Local. En este ámbito, las mejoras deben pasar por, al menos, lo siguiente: establecer controles sobre el gasto público más ágiles, sobre todo en atención a la rápida ejecución que debe hacerse del PRTR; y, por otro lado, clarificar las tareas de control jurídico de las decisiones municipales, evitando los habituales solapamientos que existen en la actualidad.

En cuanto a la materia tributaria, el desarrollo de órganos especializados en la aplicación de los tributos era una necesidad que se justificaba, entonces y ahora, por la ingente gestión tributaria que incumbe a los municipios de gran población. Sin embargo, queda pendiente profundizar en la autonomía tributaria de este tipo de entidades locales, que, no se olvide, en algunos casos manejan presupuestos superiores a los de algunas comunidades autónomas españolas.

Asimismo, se ha subrayado el acierto que supuso la creación de órganos especializados para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas en los municipios de gran población. Sin embargo, también se han puesto de manifiesto dos insuficiencias en esta materia: la resistencia que algunos municipios han mostrado a la creación de estos órganos (cuya respuesta jurídica está pendiente de sentencia por parte del Tribunal Supremo); y la inexistencia, en el resto de municipios que no pueden ser considerados como de gran población, de una vía de recurso satisfactoria, toda vez que solo existe el recurso de reposición obligatorio.

En definitiva, se puede afirmar que los cambios introducidos por la LMMGL fueron positivos, si bien han resultado —en su mayoría— superados por el desarrollo del régimen económico-financiero común a todos los municipios. Junto con los retos que se han señalado, quizás también es el momento de plantearse la necesidad de crear un régimen específico para los municipios (muy) pequeños, cuyas particulares características podrían aconsejar la existencia de una normativa particular. Esta cuestión, sin embargo, tendrá que ser objeto de investigaciones posteriores...[37].

5
Bibliografía

Agulló Agüero, A. (1996). Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una función quasiarbitral. En G. Elorriaga Pisarik (coord.). *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons.

AIReF (2015). *La Regla de Gasto y la sostenibilidad de las finanzas públicas*. Disponible en: https://www.airef.es/wp-content/uploads/2015/11/Documento-divulgativo-Regla-de-Gasto.pdf.

Almeida Cerreda, M. (2023). Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 19.

Colás Tenas, J. (2017). El control como categoría jurídica (poder, responsabilidad y control). En M. Fueyo Bros (dir.). *Reglamento de Control Interno Local. Función interventora, control financiero permanente y auditoría pública*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi.

Comisión de Expertos. (2017). *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Local*. Disponible en: https://www.hacienda.gob.es/CDI/sist%20financiacion%20y%20deuda/informacioneells/2017/informe_final_comisi%C3%B3n_reforma_sfl.pdf.

De Gandarillas Martos, S. (2012). La externalización en el ámbito de la aplicación de los tributos: gestión tributaria. En F. Serrano Antón (dir.). *Problemática de los Procedimientos Tributarios de las Haciendas Locales*. Madrid: Civitas/Thomson Reuters.

De la Nuez Sánchez-Cascado, E. y Pérez Torres, E. (2000). *Revisión de actos y solución de conflictos tributarios*. Elcano: Aranzadi.

37. Ya existen propuestas al respecto, como la realizada en Almeida Cerreda (2023).

García Martínez, A. y Velasco Caballero, F. (2008). *Régimen jurídico de la inspección tributaria local*. Madrid: Thomson/Aranzadi.

García Roca, J. y Martínez Lago, M. Á. (2013). *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*. Madrid: Civitas/Thomson.

Gómez Puente, M. (2000). *La inactividad de la Administración* (2.ª edición). Elcano: Aranzadi.

Gutiérrez Colomina, V. (2010). Los municipios de gran población. En T. Cobo Olvera (dir.). *Tratado de Derecho Local*. Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters.

Marín-Barnuevo Fabo, D. y Monzón Mayo, M.ª J. (2017). El nuevo régimen jurídico de control interno de las entidades locales. En D. Marín-Barnuevo Fabo y M.ª J. Monzón Mayo (coords.). *El control interno de las entidades locales: control financiero*. Madrid: Instituto de Derecho Local-Universidad Autónoma de Madrid.

Martínez Sánchez, C. (2023). La necesaria revisión del sistema de financiación local para combatir la despoblación. En C. Navarro, Á. R. Ruiz Pulpón y F. Velasco Caballero (dirs.). *Despoblación, territorio y Gobiernos locales*. Madrid: Marcial Pons.

Ortiz Calle, E. (2009). Financiación de las grandes ciudades: propuestas para solucionar los problemas estructurales de estas Haciendas Locales. *Cuadernos de Derecho Público*, 37.

Ortiz Espejo, D. (2023). A vueltas con las consecuencias de no disponer de un órgano especializado para resolver las reclamaciones económico-administrativas en los municipios de "gran población". *Tributos Locales*, 160.

Plaza Vázquez, A. L. (2004). La nueva vía económico-administrativa en las grandes ciudades (común y foral). *Aranzadi Jurisprudencia tributaria*, 1.

Sánchez Morón, M. (2004). Balance de la reforma legal sobre el régimen de los "municipios de gran población". *Anuario del Gobierno Local 2004*.

Sesma Sánchez, B. (2017). *La nulidad de las liquidaciones tributarias*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi.

Vera Torrecillas, R. J. (2021). *Del escribano al secretario municipal. Antecedentes, origen y evolución de los cuerpos nacionales hasta la Ley de bases del régimen local*. Madrid: Dykinson.

Vigo Martín, B. y González Pueyo, J. M.ª (2018). *Manual de Presupuestos y Contabilidad de las Corporaciones Locales* (9.ª edición). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos/Wolters Kluwer.

De la capitalidad y el régimen especial de la villa de Madrid

José Joaquín Jiménez Vacas
Técnico superior de Administración General de la Comunidad de Madrid.
Doctor en Derecho, investigador colaborador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG) de la Universidad de Salamanca (USAL).
https://cigg-usal.es/staff/jose-j-jimenez-vacas/

1. **Aproximación; *matrice*, madre de aguas**
2. **Madrid; villa, corte y capital de Estado**
3. **Gran Madrid; *status* capitalino**
4. **Madrid metropolitana; singular capital regional**
5. **De Madrid al cielo; reflexión**
6. **Bibliografía**

Resumen

Madrid es "singular" en cuanto que debe gobernar y prestar servicio público a una cifra de población desconocida para otras ciudades españolas. El "hecho diferencial" de Madrid, por consecuencia, excluye toda idea de "arbitrariedad" en la aprobación de un régimen municipal específico para la villa; primero, por su singularización constitucional y estatutaria como capital del Estado y de la Comunidad de Madrid; y segundo, de corte más sociológico, por su también singular gran población. Ello, para hacer frente a lo que Jordana de Pozas definió bajo título de "grandeza y servidumbre de las grandes capitales metropolitanas".

Palabras clave: *Madrid; capital; capitalidad.*

Artículo recibido el 24/05/2023; aceptado el 08/06/2023.

The capital status and the special legal framework of the city of Madrid

Abstract

Madrid's character is undeniably distinct, as it bears the responsibility of governing and providing public services to a vast and diverse population, a role unlike that of any other Spanish city. This unique aspect of Madrid's identity precludes any notion of arbitrariness when it comes to establishing a specific municipal legal framework for the city. This is primarily due to Madrid's constitutional and statutory singularity as both the capital of the State and the Community of Madrid. From a sociological perspective, its unusually large population further sets it apart. All these factors are essential in addressing the complex reality that Jordana de Pozas aptly described as the "greatness and servitude of the great capital metropolis".

Keywords: Madrid; capital; capital status.

"Fui sobre agua edificada, mis muros de fuego son; esta es mi insignia y blasón"
(Plaza de la Puerta Cerrada, Madrid castizo. Mural)

A las maestras arquitectas (y arquitectos racionalistas) de Madrid

1
Aproximación; *matrice*, madre de aguas

Dicen antiguas crónicas, de Juan López de Hoyos, que el primer emblema de Madrid (siglo XII) representaba cierto pedernal sumergido parcialmente en las aguas, con dos eslabones a los lados entrelazados que frotaban una piedra de sílex, haciendo salir chispas. El conjunto se completaba con la leyenda: "Fui sobre agua edificada, mis muros de fuego son; esta es mi insignia y blasón". Un lema del que tan solo recuerdan algunas muy remotas huellas por las calles de la ciudad.

Una de dichas huellas se encuentra en la castiza Plaza de Puerta Cerrada, donde un mural dibujado, en los años ochenta del siglo XX, por Alberto

Corazón, recuerda el lema; estampa que dio la vuelta al mundo como portada que la revista *Newsweek* dedicó a la ciudad, en plena movida madrileña.

Según la tradición, los muros de fuego eran las murallas de sílex (pedernal) árabes. Cuando los enemigos lanzaban flechas, por la noche, sobre las murallas de Madrid, el impacto provocaba un destello de chispa, dando la impresión de que los muros eran de fuego. No en vano, la abundancia de este mineral, en Madrid, queda aún patente en que muchas de las iglesias y construcciones de herencia medieval cuentan también con este material en sus estructuras. Lo mismo ocurre en el Madrid "de los Austrias", como acreditan el Convento de la Encarnación, la Casa de los Lujares o la Casa de Cisneros.

Por otra parte, la vinculación de la villa con las aguas hace referencia a la fundación de Madrid sobre terreno rico en acuíferos y arroyos. Según dice Jaime Oliver Asín, en su obra *Historia del nombre de Madrid* (1991), el asentamiento visigodo, anterior a la llegada de los árabes, recibía el nombre de *Matrice*, que se traduce como "madre de aguas". Los visigodos encontraron una fuente en lo que hoy se conoce como Plaza de la Puerta Cerrada, donde surgía un arroyo que discurría, sereno y continuo, hacia el río Manzanares[1].

Los árabes tradujeron, con probabilidad, *Matrice* como *Mayrit*, palabra compuesta por el término árabe *Mayra* (madre o matriz) y el sufijo *it* (lugar). Tras la Reconquista, se recuperó el término de origen cristiano, *Matrice*, que evolucionó a *Matrit* y, posteriormente, al actual Madrid.

De tal modo, Madrid fue incorporada al territorio cristiano en el siglo XI, tras su conquista por Alfonso VI de León y Castilla en 1083. Un relato medieval, entre el mito y la realidad, narra que la conquista corrió, directamente, a cargo de unos pocos hidalgos de Segovia. Al mando de Fernán García de la Torre, los soldados segovianos llegaron con retraso al cerco de Madrid, provocando el descontento del rey. Cuando preguntaron al soberano dónde podían colocar sus mesnadas para la batalla del día siguiente, respondió este, malhumorado, que fuesen a donde quisiesen, pues ya era tarde. Los caballeros, heridos en su honra y amor propio, entraron de incógnito por la puerta de Guadalajara y tomaron las defensas de la ciudad. Al día siguiente, abrieron las puertas y fueron hasta la tienda del rey para decirle, con altanería: "Qué hace Su Majestad durmiendo en el campo y en tienda incomoda, si podría hacerlo en cama, y dentro de Madrid, como ellos lo habían hecho ya, aquella noche".

Alfonso II concede la categoría de villa a Madrid en 1123, y poco después, siguiendo el esquema repoblador habitual en Castilla, Madrid se constituye en concejo y cabeza de una comunidad de "villa y tierra".

1. Cervera (2015).

A partir de la Reconquista, Madrid comenzó un proceso de crecimiento en extensión de territorio y población hasta situarse, a finales del siglo XV, como una de las principales ciudades de Castilla.

Se convierte en la capital y "rompeolas de las provincias españolas", como decía Machado, en mayo de 1561, cuando el "rey-planeta", Felipe II, protector de técnicos y mecenas de sabios, con preferencia a otras hipótesis que remitían a Lisboa o a Toledo, ubicó en dicha villa la corte que, con vaivenes mínimos[2], ha resultado la sede creciente de una Administración española también creciente en extensión y en número.

Su designación como sede de la corte convirtió a Madrid en la primera capital permanente de la Monarquía española. Así, frente a París, Londres, Roma o Berlín, en Madrid se sabe: "Qué fue la España enfrentada con el universo y qué significó su alta laguna de soles y lunas reveladas", cuenta Ramón Gómez de la Serna en el capítulo: "Letanía de Madrid", de su imprescindible *Descubrimiento de Madrid*.

Pero sin duda lo que más tiene Madrid es estilo —descuidado estilo—, añade, "estilo para pasear y para vivir, estilo para perfilarse arquitectónicamente, y estilo para embozarse en la capa. Pone en su estilo, todo lo que toca, lo que dice, o lo que escribe"[3].

Así lo afirmaba Manuel Azaña, con brevedad magistral: "partiendo de una idea de España, Madrid se obtiene por deducción"[4], y no hay Estado ni nación española sin una "capital dinámica" (con estilo): si Madrid no existiera, sería preciso inventarla, ya que Madrid es el centro "donde vienen a concentrarse todos los sentimientos de la nación, donde surgen y rebotan a todos los ámbitos de la Península, las ideas, saturadas y depuradas por la vida madrileña en todos sus aspectos".

Y como tiene esa "cosa expansiva" que se llama "estilo", se mete entre sus viejas casas un gran edificio y, enseguida, este confraterniza con sus compañeras y compañeros; casas, manzanas, plazas, locales, calles y edificios, adoptando su mismo "estilo", sencillo, pero noble. El estilo de Madrid, donde las edificaciones navegan en seco, con un rumbo por el estilo, donde el mar no puede concebirse. Y, si se las observa, desde las alturas, se verá que cada grupo de edificaciones forma un gran transatlántico; que no porque no sea traslaticio deja de tener la unidad entre pasaje y tripulación que caracteriza a los grandes y elegantes navíos.

2. Valladolid fue capital cinco años, entre 1601 y 1606; Cádiz, durante la guerra de la Independencia; y Valencia y Barcelona, durante parte de la guerra civil española.
3. Gómez de la Serna (1986). *Vid.*, más en concreto, el capítulo: "Letanía de Madrid".
4. Azaña (1966: 808).

Madrid, así, subraya el sentido servicial de la capitalidad manteniendo este título de "modestia urbana" como un gesto en el que se purga todo posible engreimiento.

A tal actitud corresponde el hecho anecdótico de que, en el callejero de la villa, estén nombradas todas las capitales de provincia y el nombre de Madrid se haya reservado a la calle más corta de las mil que figuran en el código postal[5].

Madrid, de cierta forma y manera, recuerda la máxima estoica de Epicteto: "engrandecerás a tu pueblo, no elevando los tejados de sus viviendas, sino las almas de sus habitantes".

Y no tienen sus habitantes esa cosa de turistas nacidos en su propia ciudad, como sucede en otras capitales del mundo. Madrid no pretendió irse nunca, sino quedarse, y así como en otras ciudades —desde Milán hasta París, pasando por Barcelona— hay una ambición colectiva, "Madrid es el desinterés supino"[6].

Madrid, villa y corte, es, de tal modo, producto de geografía, de historia, de arte y de literatura, que radican y se asientan. De ministerios, pero también de la Biblioteca Nacional, del Museo del Prado, del Teatro Real, de las reales academias, y de tantas y tantas instituciones que aquí navegan.

Así, no puede decirse —no sería justo— que Madrid vive de su pasado, ya que va tan allá que vive de su porvenir y lo realiza en su presente; porque para la villa, no solo la vida, sino la ciudad es sueño, y los sueños pueden tener toda la magnificencia que quieran.

2
Madrid; villa, corte y capital de Estado

"Villa y corte". A este dualismo responden las tradicionales advocaciones de las vírgenes de la Almudena y de Atocha, como patronas de la villa y de la corte, respectivamente: Madrid, por otra parte, no tiene la capital; es la capital.

Como he tratado de aproximar en líneas anteriores, a este sucinto trabajo de investigación, Madrid se convierte en capital de España no por su declaración expresa al respecto, sino por la decisión de Felipe II de trasladar allí la corte; y no hay, desde entonces, ninguna disposición que establezca

5. De Aguinaga (1998: 135).
6. Gómez de la Serna (1986). De nuevo, *vid.*, más en concreto, el capítulo: "Letanía de Madrid".

la "capitalidad", hasta que la Constitución de la II República indicara en su artículo 5.º que "la capitalidad de la República se fija en Madrid", en 1931[7]. Quedan al margen, lógicamente, curiosas anécdotas, como la arbitraria e insostenible —y, por cierta consecuencia, divertidísima— de cuando Madrid resultó capital de la Armenia en el exilio, allá por el pretérito año de 1383[8].

La villa de Madrid, en cualquier caso y sin embargo, es la capital, no porque lo diga un artículo de la Constitución, sino porque lo dicen, por lo menos, cuatro siglos de historia: como un verdadero hecho consuetudinario[9].

Todo conduce, como describe Fernando Chueca[10], a la idea de que "hacer historia, es la misión que le ha correspondido a Madrid; una ciudad (por herencia, presencia y potencia) con vocación de capital".

> "Madrid es algo más que uno de tantos municipios españoles: es la capital de España, es —decía Machado— el 'rompeolas de las cuarenta y nueve provincias españolas'. Y sus problemas económicos, rebasan los límites de las haciendas locales para entrar de lleno en la Hacienda Pública. Madrid no es el pueblo de los madrileños, sino el de los españoles. Es rostro urbano de España, ante el mundo. Y, puesto que todos somos solidarios en el esplendor, hemos de serlo, también, de sus obligaciones"[11].

Ya en el año 1932, se otorgaba a Madrid, mediante ley, una subvención destinada exclusivamente a la ejecución de obras y servicios públicos.

7. *Vid.*, en este sentido, Piñar Mañas (1983: 377).
8. De hecho, siguiendo a Aroca Hernández-Ros (2013: 36), durante un breve periodo que comienza en 1383, el rey Juan I concede Madrid al depuesto monarca de Armenia León V, por lo que la ciudad se convierte en "capital de Armenia en el exilio", lo que no gustó al concejo, que extrajo inmediatamente del monarca la promesa de que la cesión solo duraría lo que la vida de D. León, quien no debía encontrarse muy a gusto en la villa, ya que pasó sus últimos años en Francia.

   A la muerte del soberano armenio, las Cortes, reunidas en Madrid, en 1391, ya bajo reinado de Enrique III el Doliente, revocan el señorío a cambio de pagar al rey las rentas y ceder el sitio de El Pardo como residencia real y coto de caza; cesión dolorosa, pero que fue, en adelante, cierto nexo de frecuente relación con la Corona, y acabaría convirtiéndose, también curiosamente, en uno de los factores que pesaron en la decisión de Felipe II de fijar la corte de su imperio en la villa.

   En el siglo que separa el golpe de Estado que da lugar a la ascensión al trono de Castilla de Enrique II, el de las Mercedes, y el de Isabel la Católica, que destrona a su sobrina Juana la Beltraneja, la villa de Madrid no solo debió luchar con éxito por la relativa independencia que suponía su vinculación directa con la Corona, sino por la integridad de su territorio de influencia.

   Desde la cesión de los derechos de caza del Monte de El Pardo, los reyes visitan la ciudad con cierta frecuencia. El alcázar es reformado por Enrique III, Juan II y Enrique IV, y durante los reinados de los Trastámara se celebran Cortes en Madrid no menos de siete veces, lo que no disipa los recelos de la villa respecto a los amenazadores señoríos. Un memorial dirigido, en 1470, a Enrique IV, reza, en efecto: "[...] en que en dicha villa nin en sus términos e lugares e jurisdicciones e propios nin parte dellos sea enagenado a ninguna persona que sea por título de donación nin merced nin satisfacción nin mención nin ningún otro título".
9. De Aguinaga (1998: 137).
10. Chueca (1958).
11. Editorial diario *ABC*, 5-1-1954, citado por De Aguinaga (2002).

El preámbulo de la proposición señalaba lo siguiente:

"Omitimos, por innecesario, el señalamiento de los grandes desembolsos a que conducen al ayuntamiento, capital de España, los actos obligados con ocasión de las visitas a España de jefes de Estado extranjeros y de los congresos nacionales e internacionales de todos órdenes que tienen lugar en Madrid, atendiendo la corporación municipal debidamente y cual corresponde al decoro de la nación con los recursos ordinarios de su presupuesto, que tienen por tal concepto una importante merma de los que podría dedicar a servicios puramente locales".

En este sentido, Salvatore Rebecchini hacía referencia a lo siguiente:

"La asignación con carácter de continuidad de adecuadas contribuciones estatales a la Administración municipal de la capital habrá de considerarse como compensación que el Estado debe por los servicios que solo la capital y ninguna otra ciudad presta a la Nación"[12].

Este interés por la capital se hace constar también en la Ley Municipal de 1935, cuyo artículo 4.° permitía la clasificación de los municipios atendiendo a su población, sus recursos, las especiales modalidades de los servicios indispensables y sus condiciones de vida; y se precisaba, asimismo, que el de la capital tenía categoría propia, y su régimen y gobierno podían ser objeto de ley especial.

Esta ley, sin embargo, no llegará a aprobarse hasta el año 1963, bajo la habilitación jurídica contenida en la Ley Municipal de 1955.

También durante el periodo de 1936 a 1978 se desarrollaron importantes acciones para hacer de Madrid una gran ciudad y ensalzar su función de capital del Estado. En esta etapa se aprueba el Plan General de Ordenación Urbana de 1941, que tiene como consecuencia la expansión de la ciudad con la anexión de los municipios limítrofes —fenómeno que también se produce en otras ciudades como Barcelona, Valencia o Bilbao—, con lo que el "Gran Madrid" pasará de ser una ciudad de poco más de 66 kilómetros cuadrados a una gran ciudad de 607.

En este famoso PGOU ya se expresaba claramente lo siguiente:

"La capitalidad nacional ha sido la base del engrandecimiento de Madrid y sigue constituyendo, en la actualidad, su función primordial. Urbanísticamente, requiere la preparación de los espacios adecuados para las edificaciones y los actos propios de la capital con el rango necesario y el cuidado especial de todos los valores de tipo tradicional que puedan acrecentar la espiritualidad de la ciudad. La capitalidad supone

12. Rebecchini (1955).

también la responsabilidad de constituir modelo y ejemplo para la ordenación y desarrollo de las demás ciudades españolas"[13].

La Ley de Régimen Local, de 1955, habilitó a la aprobación de regímenes singulares para las grandes ciudades españolas, y a la ruptura del "uniformismo" característico de nuestro régimen local. En concreto, refería la posibilidad de que el Gobierno aprobase, mediante ley, un régimen especial orgánico y económico para Madrid y para Barcelona, así como para otras ciudades cuyo número de habitantes y cuya importancia por sus problemas también lo aconsejaran (artículo 94.2, adicionado por la Ley de 7 de noviembre de 1957).

En aplicación de dicha ley se aprobaron dos normas específicas para Madrid: el Decreto 1674/1963, de 11 de julio, del Texto Articulado de la Ley Especial de Madrid, y la Ley 121/1963, de 2 de diciembre, del Área Metropolitana de Madrid.

La exposición de motivos de la Ley Especial de Madrid de 1963 precisaba, con no poca nitidez, lo siguiente:

> "Promúlgase ahora el texto articulado de la ley especial para Madrid resultado de una laboriosa gestación, que pone de manifiesto la prudencia del régimen al enfrentarse con los delicados aspectos que ofrece la administración municipal madrileña, como consecuencia de ser, además del municipio más populoso de la Nación, la capital del Estado y sede del Gobierno nacional".

No obstante, el análisis del contenido de esta norma permite afirmar que la misma establecía una regulación "particular" para Madrid, si bien fundamentada principalmente en su "hecho" de gran ciudad, como antes lo había hecho la Ley Especial de Barcelona, aprobada en 1960; de manera que las referencias a la capitalidad se reducían a la declaración de Madrid como capital y al reconocimiento de determinadas prerrogativas, tales como la preeminencia honorífica respecto de los demás municipios a consecuencia de dicho carácter, entre otras similares.

13. Aroca Hernández-Ros (2013: 140-141); el Gobierno toma la decisión de propiciar un "Gran Madrid" que, en adelante, no solo sería la ciudad administrativa y de servicios, sino también corazón financiero y, por si fuera poco, potencia industrial, a cuyo efecto se fomenta la instalación en la capital de importantes industrias auspiciadas por el INI (Instituto Nacional de Industria), con sede en la plaza del Marqués de Salamanca del ensanche madrileño.

La operación del "Gran Madrid" se completa con un proceso de anexión de los municipios limítrofes entre 1948 y 1954. Trece municipios son incorporados a la capital, convirtiéndose en barrios de la misma, a saber: Aravaca, Barajas, Canillas, Canillejas, Chamartín de la Rosa, Fuencarral, Hortaleza, El Pardo, Vallecas, Villaverde, Vicálvaro, Carabanchel Alto y Carabanchel Bajo.

El término municipal pasa de 66 kilómetros cuadrados a su actual extensión de 607 (60 700 hectáreas), ocho veces entonces la superficie de Barcelona.

Las anexiones elevan la población de la capital, en el censo de 1950, a 1 618 000 habitantes (más del 5 por ciento de los 28 millones del país).

La ley no establecía, sin embargo, un régimen especial de financiación para compensar los "gastos y cargas" que Madrid soportaba por ser la capital del Estado, a pesar de que el borrador de su proyecto pretendió dotar a Madrid de una "subvención especial".

La posibilidad de una subvención o ayuda a Madrid, en efecto, se propuso al elaborar la Ley Especial de 1963, si bien, finalmente, no fue aceptada y no se incluyó en el texto definitivo de la disposición normativa citada.

Por tanto, en dicha Ley Especial de 1963 no se contiene, verdaderamente, "el estatuto especial de una capital de Estado, ni la existencia de ayudas estatales que devuelvan el equilibrio económico al municipio en cuestión, en caso de que se haya perdido precisamente como consecuencia de los gastos extraordinarios que aquélla conlleva"[14]. Luis Jordana de Pozas, por efecto, ha definido bajo el título de "grandeza y servidumbre de las grandes capitales metropolitanas"[15], por una parte, que en la capital se vienen a concentrar, generalmente, los principales centros culturales y económicos, y que es frecuente que, en su entorno, se origine un importante sector industrial. Por consecuencia directa —añade—, la capital del Estado, en este sentido, es "absorbente", atrayendo sobre sí una gran parte de la riqueza del país.

Además, la capital también es, generalmente, la sede de las instituciones centrales del Gobierno y de las representaciones diplomáticas extranjeras, por lo que —según el antecitado autor— todo ello, sin duda fruto del factor de capitalidad, pueden considerarse "grandezas" de Madrid. Pero tampoco es menos cierto —finaliza— que, junto a dichos privilegios, cabe decir que casi exclusivos, también nos encontramos, irremediablemente emparejadas, todo un elenco de "servidumbres" que debe soportar la capital del Estado, y que implican una cierta serie de gastos especiales. Por lo tanto, como advirtió Luis Jordana de Pozas, son corrientes los supuestos de ayuda económica del Estado a la capital.

En cualquier caso, estas y otras medidas normativas que se adoptaron después del año 1963 dotaron a la villa de Madrid de recursos y/o herramientas jurídicas para su desarrollo y fortalecimiento como gran ciudad, que es la capital que representa a la nación y a los españoles.

Pero en dicho proceso, y como se ha aproximado, las reglas parece que se quedaban cortas, y no respondieron a unas necesidades que "demandaba" el hecho diferencial de la capitalidad de Estado, muy especialmente

14. Martín de Hijas Merino (2003: 85).
15. Jordana de Pozas (1961).

desde un importante prisma económico, pero también, sin duda, competencial, a partir de un principio, ya incipiente, de autonomía local[16].

En efecto, en materia de régimen local, tradicionalmente, la legislación española se ha caracterizado por disponer un "régimen competencial homogéneo" para todos los municipios, sin recoger las especialidades propias de los grandes centros metropolitanos. De tal forma, igualmente, durante mucho tiempo, Madrid se ha visto afectada por dicha "vocación histórica" hacia el "uniformismo" en la organización local propia de nuestro orden administrativo.

Es un hecho que, durante el siglo XIX, la ordenación territorial de Madrid se estructuró de la misma forma que la del resto de los territorios nacionales, como se desprende del artículo 11 de la Constitución de 1812, al disponer que "se hará una división más conveniente del territorio español por una Ley constitucional [...]". Dicha división, obra de Javier de Burgos, se realizó mediante Decreto LIX, de 22 de enero de 1822, que sancionó la división provincial propuesta. Posteriormente, el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 ordenó España en cuarenta y nueve provincias, siendo una de ellas la de Madrid. Dicha distribución territorial, con la única excepción de la reforma operada mediante el Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1927, ha llegado prácticamente hasta nuestros días[17].

Las características sociales, económicas, históricas y administrativas de la villa, no obstante, invitan a que Madrid "escape", si se me permite la expresión, de dicho "uniformismo." Así, y a partir del primer cuarto del siglo XX, se observa una cierta tendencia hacia la especialidad por parte del ordenamiento jurídico español, en relación con los problemas propios, no solo de Madrid, sino también de otros grandes núcleos urbanos. Como señalara, a este respecto, Luis Morell Ocaña, en 1962[18], frente al "uniformismo" propio del municipio, nacido de la Revolución francesa, la tendencia apunta hacia la diversidad en la configuración del régimen local. De tal forma, y como añadiera, por su parte, Tomás Ramón Fernández Rodríguez más adelante, en 1999[19], a este nuevo "Gran Madrid", más grande en superficie y en población, y más importante también desde el punto de vista económico, acabó por "venirle estrecho" el "uniforme" jurídico que, sin distinciones de ningún tipo, diseñó para todos los municipios españoles la Ley de Régimen Local de 1945-1950. Como destaca el citado autor, ya entonces Madrid reclamaba un "traje a medida" cuya confección autorizó, finalmente, la Ley de 7 de no-

16. En este mismo sentido, Ayuntamiento de Madrid (2006).
17. Martín de Hijas Merino (2003).
18. Morell Ocaña (1962).
19. Fernández Rodríguez (1999).

viembre de 1957, en cuyo marco se elaboró la Ley Especial del Municipio de Madrid, *ex* Texto Articulado aprobado por Decreto 1674/1963, de 11 de julio, modificado por Decreto 2482/1970, de 22 de agosto; si bien, como se ha querido recalcar, no respondiendo todavía, de forma adecuada y suficiente, a un conjunto de necesidades que "demandaba" el "hecho diferencial" de la capitalidad y gran población de Madrid y de su área metropolitana.

En conclusión, los "hechos diferenciales" asociados a la condición de gran ciudad y de capital del Estado no han servido, en ocasiones antepasadas, para privilegiar Madrid. Y sin embargo, en el conjunto de las diez principales capitales de Estado europeas, el área metropolitana de Madrid aparece, después de París y Londres, como la tercera aglomeración urbana por cuanto a población se refiere[20] (en el muy particular caso de Berlín, concurre una circunstancia especial, pues esta ciudad, junto con Bremen y Hamburgo, en Alemania, tienen el "estatuto" de ciudad Estado)[21].

Madrid, en cualquier caso, como otras capitales, es símbolo de la unidad del Estado y sede de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional[22], la alta magistratura, los aparatos "nucleares" de las Administraciones públicas y las representaciones diplomáticas, centro de la economía nacional, de las actividades profesionales y la información; así

20. El régimen especial de París se remonta a la Ley de 28 de pluvioso del año VIII, que dividía el Departamento del Sena en tres distritos, siendo uno de ellos la villa de París. En esta ley, como recuerda Pezant (1976), se fijaron los principios básicos sobre los que se asentó el Estatuto de la capital francesa hasta la reforma de 1975. En definitiva, lo que caracterizaba este régimen especial era el hecho de que la villa de París se ha visto siempre, hasta 1975, directamente sometida al "poder central", y ello se debe, probablemente, a lo que Chapman puso de manifiesto al referir que "sucesivas revoluciones han demostrado que quien manda en las calles de París, manda en toda la Nación"; *vid.*, al respecto, Piñar Mañas (1983: 381).

En el caso del "Gran Londres", la "Local Government Act" de 1972 estableció un sistema diferenciado de gobierno local, pero se preocupó, fundamentalmente, de los problemas específicamente urbanos. No se produjeron cambios relevantes hasta 1985, año en que se aprobó una nueva "Local Government Act", dirigida a suprimir el "Greater London Council" y a transferir mayores competencias a los distritos.

21. Frente a los *Flächenländer*, estas regiones son ciudades-estado (*Stadtstaaten*) dotadas de competencias tanto municipales cuanto regionales, lo que tiene su reflejo en una organización de carácter mixto, y gozan, en tal sentido, de un régimen diferencial privilegiado respecto de las que no lo son.

A los solos efectos que aquí interesan, la principal particularidad que presenta el *Bundesrat* alemán está en la representación directa que en él tienen algunas ciudades. En Alemania existen "estados regionales" cuyo territorio es el de una sola ciudad. Es el caso de Berlín, Hamburgo y, con matices, Bremen (en el caso de Bremen, no es exacta la afirmación de que el *Land* se identifique con una única ciudad, ya que comprende, concretamente, tanto la ciudad de Bremen cuanto la de Bremerhaven; pero, en realidad, puede decirse que constituyen una realidad urbana homogénea, cuyas particularidades se centran en el ámbito organizativo).

22. La categoría de órgano constitucional se reserva, doctrinalmente, para los órganos que ejercen las potestades de los tres poderes clásicos: legislativo, ejecutivo y judicial. La configuración constitucional ha incluido una serie de instituciones complementarias que ejercen, con distintos títulos jurídicos, funciones básicas que se desgajan de estos tres poderes, las cuales han recibido la denominación de órganos de relevancia constitucional (el Tribunal de Cuentas o el Consejo de Estado, por ejemplo).

como enclave en que los partidos políticos definen la política nacional y el Gobierno del país[23].

Tales circunstancias, como ya se ha dicho, que bien comportan *a priori* un privilegio para Madrid y para sus habitantes, también pueden llegar a resultar, en ocasiones, una "pesada carga" que, sin duda, debiera requerir de un *status*, competencial y financiero, ciertamente singular, y no solo meramente ornamental y/o nominal.

Sería absurdo acusar a Madrid, función de España, de estar en el centro, cuando esta es cabalmente su función. Achacar a Madrid el centralismo es como acusar de centralista al corazón, dice Enrique de Aguinaga[24].

Paradigmáticamente lo expresaría D. Benito Pérez Galdós en las primeras páginas de la que acaso sea la mejor de sus novelas, *Fortunata y Jacinta*, publicada en 1887 y ambientada unos pocos años atrás: Madrid, "entonces, era el futuro". Y así, este epígrafe viene a concluir tal como comenzó: con la referencia a una proclamación expresa de Madrid como capital, en un texto constitucional, el vigente de la Constitución Española de 1978, la que recoge dicha declaración al establecer en su artículo 5.º lo siguiente: "La capital del Estado es la villa de Madrid". Y, de modo elíptico, está claro que en 1931, en 1963, y ahora, en 1978, Madrid es la capital de España, aunque el Estado sea diferente[25].

3
Gran Madrid; *status* capitalino

Señalaba, nada falto de acierto, Tomás Ramón Fernández Rodríguez[26], que Madrid, por efecto, era durante la elaboración de la Constitución de 1978, y lo sigue siendo en cierto modo, un concepto impregnado de múltiples significados, y una realidad institucional extremadamente compleja, que resulta de la inevitable combinación de todos ellos.

Alude así, en primer término, a una gran ciudad, a un gran municipio, que es precisamente el más extenso, el más grande en términos de superficie, y el más poblado. Es también, desde hace varios siglos, la capital del Estado, y, por lo tanto, la sede de las instituciones generales de este. Madrid designaba también un ente local de segundo nivel: una Provincia, con mayúsculas, y también, claro está —continúa relatando Fernández Rodríguez—,

23. Piraino (2003: 796-797) se refiere a Roma.
24. De Aguinaga (1998: 149).
25. De Aguinaga (1998: 140).
26. Fernández Rodríguez (1999: 6).

una provincia con minúsculas, es decir, una "división territorial" del Estado para el cumplimiento de las funciones propias de este, con el consiguiente aparato que es propio de la Administración periférica.

Como continúa exponiendo, la palabra "Madrid" alude, en definitiva, y de forma inequívoca, siempre y en todo caso, a un "fenómeno metropolitano".

Madrid era y es una "región urbana", un conglomerado de vasta amplitud, absoluta y relativa, que funciona, indiscutiblemente, como una unidad de vida; sin perjuicio de la "individualidad" de los núcleos que la componen, estrechamente interdependientes en muchos casos y decididamente dependientes en todos los del núcleo central, cuya fuerza irradia y se difunde por todo el espacio regional[27].

Estas singularidades, tanto institucionales cuanto sociales, se encuentran estrechamente entrelazadas[28]: la realidad de la villa de Madrid, como gran ciudad, es indisociable de su condición de capital del Estado.

Madrid, de tal forma, es la capital del Estado según así lo prevé el artículo 5.º de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Y también es, en términos demográficos, la ciudad más poblada de España, centro neurálgico de una extensísima área metropolitana: en ella residen, en efecto, algo más de tres millones de personas, sin contar con otros muchos cientos de miles que transitan diariamente por las calles y plazas de la villa.

Así, la Constitución proclama en su artículo 5.º que "la capital del Estado es la villa de Madrid"[29], mientras que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, también declara, en su artículo 6.º, que Madrid, por su condición de capital del Estado y sede de las instituciones generales, tendrá un régimen especial aprobado por ley de las Cortes Generales.

Durante la deliberación en el Senado de la Constitución, Camilo José Cela propuso, como texto alternativo al artículo 5.º, el siguiente: "La capital de España es Madrid", por considerar que es dudoso que Madrid sea villa, ya que, "desde que es Obispado, probablemente es ya, en todo caso, Ciudad"[30].

27. Martín de Hijas Merino (2003: 80).
28. Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, preámbulo, párrafo primero, primer inciso.
29. Martín de Hijas Merino (2003: 84); se eliminó, finalmente, del texto constitucional la posibilidad de establecer por ley servicios centrales en otras localidades de España, prevista en el Anteproyecto constitucional.
La supresión, como señalara Entrena Cuesta (1985: 86), no debe interpretarse como prohibición de que tal establecimiento se realice, sino como un medio de evitar que se entienda que, por imperativo del precepto constitucional, tales servicios hayan de radicarse necesariamente en Madrid, salvo que una ley establezca lo contrario.
30. Diario de Sesiones del Senado (DSS) núm. 41, de 22 de agosto de 1978.

Amén de otras curiosidades, lo cierto es que el antecitado artículo 5.º de la Constitución supone una excepción en el ámbito del derecho comparado, donde encontramos un cierto escaso número de pronunciamientos semejantes. Así, en la Constitución de Bélgica de 1831, que en su artículo 126 dispone lo siguiente: "La ciudad de Bruselas es la capital de Bélgica y la sede del Gobierno"; también en la Constitución de la antigua URSS, de 7 de octubre de 1977, que en su artículo 172 disponía: "La capital de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas es Moscú"; y, más actualmente, la Constitución de la Federación Rusa de 1993, que en el artículo 70.2 establece: "La capital de la Federación Rusa es la ciudad de Moscú". Constituciones como la alemana, la italiana, la rumana, la macedonia, la neerlandesa o la polaca, también contienen, por su parte, previsiones similares.

En nuestras constituciones históricas, la capital está presente como algo "sobrentendido". Así, como ejemplo de todas ellas, se puede citar la de Cádiz de 1812, en cuyo artículo 104 se dispone que "se juntarán las Cortes [...] en la capital del Reino". Y algo similar ocurre en el derecho comparado. En algunos casos se da por supuesto que la capital está donde está y no se cree necesario mencionarlo en la Constitución, como así ocurre con las constituciones francesa o italiana.

En nuestro constitucionalismo histórico, por su parte, tal y como ya se ha referido, solo contamos con el precedente de la Constitución de 1931, que en su artículo 5.º disponía: "La capitalidad de la República se fija en Madrid"[31].

En relación con esta cuestión, nos recuerda José Luis Piñar Mañas[32] que, al igual que sucede en la inmensa mayoría de textos legales, en la Constitución de 1978 el concepto de "capital" se da por sabido. Se considera, erróneamente según el citado autor, que se trata de algo de explicación innecesaria, y por ello en ninguno de sus preceptos se prescribe la necesidad de que las sedes de los diferentes poderes se fijen necesariamente en Madrid, capital del Estado. Pero, de dicha forma —continúa diciendo el citado autor—, podría llegarse al absurdo de que las sedes de los diferentes poderes del Estado podrían también establecerse en cualquier otro punto del territorio nacional. Y precisamente —dice— para evitar esta situación, es necesario un concepto jurídico de "capital del Estado".

Luis Jordana de Pozas, por su parte, distinguía entre capitalidad "política" y capitalidad "administrativa", señalando al efecto que el hecho de la capitalidad política poseída por una gran ciudad lleva consigo necesariamente la residencia en ella de los poderes del Estado, aunque, según el citado au-

31. Martín de Hijas Merino (2003: 83).
32. Piñar Mañas (1983).

tor, no ha de ocurrir obligatoriamente lo mismo con los departamentos ministeriales y/o las jefaturas superiores de los servicios públicos nacionales[33]. Por su parte, considerará José Luis Piñar Mañas (1983) que no parece necesario que en la capital tenga su sede el Legislativo, ni el órgano de gobierno del poder judicial y tampoco el Ejecutivo, incluido su presidente, si este no coincide con el jefe del Estado. Tan solo este, como representante del Estado —continúa exponiendo el mencionado autor—, es el que parece lógico que necesariamente deba fijar su sede en la capital. Este y no otro es el dato que caracteriza el concepto de capital, que, por tanto, será aquella ciudad en que se fije la sede oficial del jefe del Estado, sin que resulte necesario que albergue, también, otros altos órganos de poder distintos.

La capital, cabeza de un Estado, lo es porque en ella radica quien ostenta su Jefatura, en síntesis y al margen de declaraciones formales, que pueden no existir, y de hegemonías económicas o culturales, que pueden no darse —concluye el antecitado autor—[34].

En cualquier caso, lo cierto es que, tras la aprobación de la Constitución, continuó subsistiendo el problema del establecimiento de un estatuto "especial", "de capitalidad", para Madrid, ya que los constituyentes omitieron la concreción de las consecuencias derivadas del establecimiento de la capitalidad, y además, como ha señalado Piñar Mañas[35], la Ley Especial para el Municipio de Madrid, aprobada por el Decreto 1674/1963, de 11 de julio, no proporcionó una solución para los verdaderos problemas que plantea el factor de capitalidad, porque, como continúa diciendo el precitado autor, es evidente que en toda capital de Estado se produce ese "doble efecto" que Jordana de Pozas definió de "grandeza [pero, también] de servidumbre de las grandes capitales metropolitanas"[36].

El artículo 6.° del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid se refiere a la villa de Madrid, asimismo, bajo *status* de "capital" del Estado y como "sede de las instituciones generales". Más concretamente, y según afirma: "La villa de Madrid por su condición de capital del Estado y sede de las Instituciones generales, tendrá un régimen especial, regulado por Ley votada en Cortes. Dicha ley determinará las relaciones entre las Institucio-

33. Martín de Hijas Merino (2003: 84).
34. Así, son, por otra parte, muy escasos los estudios serios dedicados al tema de la capitalidad. Pueden destacarse muy sucintamente, de entre ellos, Jordana de Pozas (1961) o Dreyfus (1960), si bien es muy cierto que la mayoría de estudios sobre "régimen de capitalidad" se vienen a incluir en obras que se ocupan, en genérico, de las grandes urbes. Entre estas, Robson (1954), Munro (1909) o Anastassopoulos (1978).
35. Piñar Mañas (1983).
36. *Vid.*, de nuevo, Jordana de Pozas (1961).

nes estatales, autonómicas y municipales, en el ejercicio de sus respectivas competencias".

El hecho de que dicho precepto distinga "capitalidad" de la condición de "sede de las instituciones generales" permite afirmar de una manera llana, con Francisco Velasco Caballero[37], que el alcance normativo de la "capitalidad" no se reduce a la posición de la sede de las instituciones del Estado en Madrid.

En nuestro derecho público, en efecto, la "capitalidad" y la "sede" de las instituciones no se utilizan de forma sinónima —continúa el precitado autor—, por lo que parece que es preciso dotar de valor normativo específico a la condición de "capital", más allá de su posible significado como "sede de las instituciones del Estado".

No debe negarse que históricamente la capital pudo resultar simplemente la sede (el asiento) del poder real[38]. Pero también debe entenderse, según añade Velasco Caballero, que, en el derecho positivo actual, "sede" y "capital" no son conceptos ciertamente "coextensos", pareciendo, más bien, que el concepto de "capital" supera notablemente al simple de "sede".

La aprobación de un "régimen especial" para la villa de Madrid tiene por fin asegurar, en cualquier caso y dicho también de una forma llana, el buen funcionamiento del propio Estado.

En efecto, ello porque el buen funcionamiento del Estado queda "vinculado", en muy cierta forma, al buen funcionamiento de su "capital".

Así —afirma Velasco Caballero—[39], una deficiente gestión del urbanismo (y del medio ambiente), las infraestructuras, la seguridad o el sistema de transportes, y, más en general, un deficiente funcionamiento de los órganos colegiados de gobierno municipales[40], afectará, sin lugar a duda, a un óptimo funcionamiento del Estado.

De ahí que el propio Estado pueda, y también deba, singularizar —parcialmente— un "régimen local para Madrid", con el fin de excluir posibles repercusiones negativas de un mal funcionamiento de la villa (artículo 6.º, citado, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid).

Esta "singularidad" de la villa de Madrid tampoco pasó inadvertida a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL, en adelante). Así, su disposición adicional sexta ya prevé la sustitución del "régimen especial" aprobado en 1963 por otro actualizado.

37. Velasco Caballero (2006b: 322).
38. Así, Avezuela Cárcel (2003: 200).
39. Velasco Caballero (2006b: 324).
40. *Vid.*, al respecto, Jiménez Vacas (2021).

Hoy, en efecto, se encuentra aprobada la vigente Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (en adelante, LCREM), ley estatal, básica (dictada bajo amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución) y "singular" que, sin lugar a duda, ofrece un importante repertorio de facultades para continuar el proceso de desarrollo de la ciudad; facultades que no son otra cosa que "herramientas" o instrumentos a partir de los que ejercer, con diversa eficacia e intensidad, el servicio a los españoles, que, como capital de la nación, constituye el verdadero sentir de Madrid[41].

La disposición final 1.ª de la LCREM enuncia lo siguiente: "La presente Ley se dicta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Madrid".

La LCREM presenta, no obstante, la peculiaridad jurídica aparente de que una ley básica venga a regular el régimen de un único municipio (para una sola ciudad)[42]: el de la villa de Madrid[43]. Pero la realidad es que solo Madrid, y ninguna otra ciudad, está singularizada por la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Por su propia naturaleza, y en efecto, la capital del Estado solo puede ser regulada por el Estado, es decir, por ley votada en Cortes Generales. No sería extravagante tampoco afirmar, en este sentido, que la regulación de la capitalidad es una "competencia implícita del Estado", tomando prestadas, de nuevo, las palabras de Francisco Velasco Caballero[44].

Pero además, desde un punto de vista demográfico, Madrid duplica en población a Barcelona, y se aleja más todavía de los demás municipios de "gran población" españoles.

Esto hace de Madrid un municipio "singular", por cuanto debe gobernar y prestar servicios públicos a una cifra de población desconocida para otras ciudades españolas: el "hecho diferencial" de Madrid, por simple consecuencia, excluye toda idea de "arbitrariedad" en la aprobación de un régimen municipal básico (y específico) para la villa; primero, por su singularización constitucional, y segundo, de corte más sociológico, por su también singular gran población[45].

La LCREM aborda conjuntamente, por todo ello, dos realidades diferentes, pero que, sin embargo, convergen simultáneamente en la villa de Ma-

41. *Vid*. Ayuntamiento de Madrid (2006).
42. Sobre la distinción entre leyes singulares y de caso único, *vid*. Ariño Ortiz (1989).
43. *Vid*. Font i Llovet (2000: 235) o Galán Galán (2001: 48).
44. Velasco Caballero (2006b: 326).
45. Velasco Caballero (2006b: 332).

drid: por un lado, el hecho de ser el núcleo urbano más poblado de España, y por otro, el de acoger la capitalidad del Estado.

Por lo pronto, su propia existencia se justifica por la "singularidad"[46] de Madrid, a la que expresamente el propio texto (LCREM) se refiere. Pero más allá, la ley incluye otras normas especiales y encaminadas a hacer posible el gobierno eficaz de una urbe de las dimensiones y con los problemas propios de Madrid, sin par en el resto de España, tal como se viene necesariamente destacando.

Obvio es, por otra parte, que la ley no recoge todo el régimen jurídico de la ciudad, si bien contiene normas especiales que se aplicarán, preferentemente, respecto de las generales previstas por la legislación[47].

Se podrá afirmar que, en la LCREM, la capitalidad y la condición de "gran municipio" son dos perspectivas para una única realidad de Madrid.

Es cierto que la capitalidad recibe una regulación separada y distinguida en la LCREM; el título I lleva por rúbrica, precisamente: "Régimen de capitalidad". Pero aunque resulta claro que la cooperación interadministrativa es regulación de la capitalidad, ello no debe llevar a la conclusión de que los demás contenidos de la ley ya no guardan estrecha relación con la "condición capitalina de Madrid". Antes bien —dice Velasco Caballero—, la LCREM parte de la clara premisa de que la capitalidad y la condición de "gran urbe" son datos indisociables para Madrid.

El título I, en efecto, da cumplimiento propiamente al régimen derivado de la condición de Madrid como capital del Estado, creando la denominada "Comisión Interadministrativa de Capitalidad", como órgano de cooperación entre el Estado, la Comunidad de Madrid y la Ciudad de Madrid en materias directamente relacionadas con el hecho de la capitalidad, tales como la seguridad ciudadana o la celebración de actos oficiales. De este modo, la ley delimita las materias de competencia de dicha Comisión, si bien deja abierta la posibilidad de que las tres Administraciones que la integran puedan ampliar su ámbito de colaboración y de consenso en otros

46. Velasco Caballero (2006b: 311).

47. La regulación de los municipios de gran población, tal y como resulta de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, no tiene claro parangón en el derecho público de nuestro entorno. En los distintos derechos locales de los *länder* alemanes se puede identificar, por ejemplo, cierta tendencia hacia la singularización (sobre todo competencial) de medianas y grandes ciudades. Nuestra ley excluye toda regulación competencial o financiera, cuestiones, estas, capitales para las grandes ciudades.

En suma: las grandes y medianas ciudades alemanas con frecuencia disfrutan de regímenes jurídicos singulares, pero no existe un único régimen especial aplicable a aquellos municipios. En otros Estados hay una cierta regulación "singular" para ciudades concretas (es el caso de París, Lyon o Marsella, en Francia). Pero se trata, en todo caso, de regulaciones específicas para unas ciudades concretas, y directamente enfocadas a la solución de problemas singulares propios de estas concretas urbes.

aspectos relacionados con la capitalidad: se establece, así, un "modelo abierto" de cooperación que permitirá adaptar la función de la Comisión a las nuevas demandas y/o facilitará la adopción de respuestas adecuadas a las complejas necesidades de la ciudad. El valor de este destacado instrumento de cooperación consiste, así, en definir un marco legal de cooperación entre las tres Administraciones que permita asegurar el bienestar y la calidad de vida de los madrileños y de las madrileñas.

El título II, por su parte, aborda los aspectos esenciales de la organización del Ayuntamiento de Madrid, en cuanto parte imprescindible de un estatuto de la "ciudad-capital del Estado"[48].

El modelo de organización (política y administrativa)[49] del Ayuntamiento de Madrid, contenido en este título, viene a desarrollar, no obstante, el establecido en el título X de la LBRL; es decir, "no se opta por un modelo diferente del vigente, sino que se parte de éste perfilándose algunos aspectos e introduciéndose algunas singularidades".

El título III aborda una regulación de las distintas formas de atribución de competencias a la ciudad, diferenciando entre competencias propias, delegadas, y las atribuidas mediante la técnica de la encomienda de gestión[50]. Asimismo, se determinan las competencias de titularidad estatal que se asignan a la ciudad, a través de esta ley, de acuerdo con lo previsto en la Carta Europea de Autonomía Local: la villa podrá ejercer, por delegación, competencias de la Administración del Estado, pero también de la Comunidad de Madrid.

La ley se refiere, igualmente, a la posibilidad de encomendar a la ciudad la realización de tareas jurídicas, técnicas o materiales, por parte del Estado o de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso. Por otro lado, se atribuyen a la villa determinadas competencias de titularidad estatal, especialmente en materia de movilidad, seguridad ciudadana e infraestructuras. Así, en materia de infraestructuras, se reconoce la participación del Ayuntamiento de Madrid en aquellas cuya titularidad corresponda a la Administración General del Estado y que estén ubicadas en su término municipal (la "calle 30", por ejemplo).

En este proceso de ampliación de competencias municipales en sectores con elevada incidencia en la calidad de vida de los/as ciudadanos/as, ocupan una "posición central" las medidas previstas en materia de seguridad vial (movilidad) dirigidas a incrementar las potestades del Ayuntamien-

48. *Vid*. preámbulo LCREM.
49. *Vid*. Jiménez Vacas (2021).
50. El artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, contiene el vigente régimen de la figura jurídica de la encomienda de gestión.

to para afrontar problemas como la emisión de ruidos y contaminación por los vehículos a motor, el estacionamiento, la conducción bajo los efectos del alcohol o estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la mejora de las condiciones de vida de las personas con movilidad reducida, etc.

El título IV aborda, en fin, la regulación de las especialidades del régimen jurídico de la ciudad de Madrid, que se justifican por la dimensión de la actividad "administrativa" que genera la villa: Madrid, en efecto, es la ciudad de mayor población de España, y esto hace que el volumen de su "actividad administrativa", no solo como capital del Estado, sino también como capital autonómica, no sea equiparable al de ningún otro municipio de España[51].

La LCREM es en definitiva, y a la vez, ley de capitalidad y ley especial para Madrid, tal como se ha tratado de exponer a lo largo y ancho de estas líneas.

Durante muchos años se han sucedido esfuerzos por identificar el posible "régimen jurídico específico capitalino", más allá de la singularización de Madrid como especial "gran ciudad"[52].

Esta distinción parecía exigida por el artículo 6.° del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, que anuncia una "ley especial" para Madrid, si bien exclusivamente por su condición de "capital del Estado". También en la doctrina se ha insistido en la debida separación entre capitalidad y régimen especial de la villa, como medio para evitar un posible "vaciamiento" de la autonomía municipal de Madrid[53].

Como se argumenta en otros estudios[54], la Constitución no solo garantiza, directa y subjetivamente, un mínimo de autonomía local. También ordena a todos los poderes públicos una actuación positiva, o favorable, hacia dicha autonomía.

Se ha dicho por efecto, no sin razón, que, "más que como una realidad a preservar, la autonomía local [en la Constitución] se presenta como un 'deseado' objetivo que la Constitución Española marca"[55].

51. Sobre el tema, *vid*. Fernández-Miranda Fernández-Miranda (2005: 55-62), quien repasa las opciones manejadas antes de la definitiva constitución de la Comunidad de Madrid como comunidad autónoma uniprovincial: configuración de un estatuto especial para Madrid-Área Metropolitana, como capital del Estado, con inclusión del resto de la provincia en las comunidades autónomas limítrofes; e integración de la provincia de Madrid en el seno de alguna de las comunidades autónomas castellanas.
52. Así, Piñar Mañas (1983). De este debate da cuenta Fernández-Miranda Fernández-Miranda (2005). Este debate doctrinal presenta hoy perfiles propios muy singulares, que lo distinguen de las aportaciones doctrinales de los años sesenta del siglo pasado, representadas, fundamentalmente, por Jordana de Pozas (1964).
53. Fernández-Miranda Fernández-Miranda (2005: 129).
54. Velasco Caballero (2006a: 128).
55. Esteve Pardo (1991: 131).

Y si atendemos a la jurisprudencia constitucional, se comprobará que el "mandato positivo" hacia la autonomía local se proyecta sobre todos los poderes públicos y no exclusivamente sobre el legislador; y tampoco limita a la obtención de "suficiente" autonomía local (así, STC 159/2001, FJ 4; y SSTC de 13 de marzo de 1999, 18 de junio de 2001 y 4 de julio de 2003), sino del "máximo posible de autonomía local", según se referencia por Velasco Caballero (2006a).

De otro lado, las normas singulares contenidas en la LCREM no cuestionan el ejercicio de las competencias legislativas sobre régimen local de la Comunidad de Madrid, que esta tiene atribuidas en desarrollo, y en el marco de la legislación básica del Estado, *ex* artículo 27.1.º de su Estatuto de Autonomía.

Ya en la presentación del Proyecto de Ley de la LCREM en el Congreso de los Diputados se refería el ministro de Administraciones Públicas a que "también es preciso dar respuesta a las necesidades derivadas de la capitalidad; con un flujo constante de ciudadanos de toda España, que acuden a esta ciudad [a Madrid] por motivos laborales, administrativos o económicos"[56]. Por el contrario, algunas de las reglas de régimen local que están surgiendo de la llamada "tercera oleada" de reformas estatutarias a que paulatinamente venimos asistiendo parecen, más bien, partir de la idea de que las autonomías locales deben integrarse, cada vez en mayor medida, en el sistema autonómico.

En España, por efecto, se tiende a una progresiva "atracción", por parte de las comunidades autónomas, de las competencias normativas en materia de autonomía local.

4
Madrid metropolitana; singular capital regional

La capitalidad autonómica de la villa queda consagrada, por su parte, en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Su artículo 5.º se ocupa de la capital, en cuanto sede de las instituciones autonómicas. La Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, se refiere al "régimen especial de la villa de Madrid"[57], pero no lo desarrolla. No hay, en consecuencia, un "régimen especial" para Madrid en cuanto capital

56. DSCD de 11 de mayo de 2006, núm. 175, p. 8715.
57. Artículo 40. Régimen especial de la villa de Madrid.

autonómica, ni derechos de participación (orgánica y/o directa) en asuntos de la competencia de la Comunidad de Madrid.

Esta podría aprobar dicho régimen habida cuenta de las competencias que tiene atribuidas en materia de régimen local y capitalidad, según se ha visto; pero la realidad es que no lo ha hecho, hasta la fecha, probablemente por el mayor interés que ha suscitado Madrid, desde más antiguo, como capital de Estado.

Así, bien pudiera afirmarse que la capitalidad estatal ha "eclipsado" la capitalidad autonómica, y que probablemente también por esta circunstancia no se han previsto instrumentos normativos ligados a esta segunda condición[58].

Pablo García Mexía[59] considera necesario o, por lo menos, conveniente que "el Senado represente también a las entidades locales"[60]. Reflexiona sobre que tal necesidad o conveniencia, no obstante, parece ignorada, de modo prácticamente general, por la doctrina, que aunque ha vertido, a propósito del deficiente carácter territorial del Senado, no ya ríos, sino océanos de tinta, casi en su totalidad interpreta el vocablo "territorial" como sinónimo de "regional" o de "autonómico".

A juicio de García Mexía, se precisaría reflexionar en torno a una reforma que hiciera viable una verdadera "composición local" de la Cámara Alta, y que podría estructurarse en torno a tres ideas clave: "a) La reducción del número de senadores de elección directa y la incorporación de representantes

58. Fernández-Miranda Fernández-Miranda (2005: 286).

Algo parecido ha ocurrido en Italia, conforme describen Medina y Díez (2006: 426-427), donde el Estatuto de Lacio, de 11 de noviembre de 2004, reconoce a Roma como capital de la provincia y de la región (artículo 2), y recoge (ampulosas) indicaciones en torno a la importancia de Roma como símbolo de la unidad de Italia, centro del catolicismo y del diálogo entre cristianos, lugar de encuentro entre culturas diferentes y patrimonio cultural histórico y universal (artículo 5.1). Tales indicaciones definen la importancia de Roma como *capitale* de la República Italiana, no como *capoluogo* de la región lacial. Nada se dice respecto de la capitalidad regional, mientras que, en relación con la estatal, se precisa que la región promueve el destino, también por parte del Estado, de recursos complementarios y la realización de intervenciones especiales, y que trabaja para que el papel y las funciones nacionales e internacionales de Roma contribuyan al desarrollo económico, social y cultural equilibrado de la totalidad del territorio regional (artículo 5, apdos. 2.° y 3.°).

Por último, en relación con Berlín no se plantea un problema de participación ligado a la capitalidad regional por la sencilla razón de que esta ciudad, a diferencia de Madrid y Roma, no se integra en el territorio de una región; es en sí misma un *Land*. Berlín, en efecto, siguiendo lo descrito por los autores citados anteriormente, es una ciudad-estado (*Stadtstaat*) y tiene la consideración de estado regional.

59. García Mexía (2006: 344-345).

60. Sin perjuicio de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que, sin alcanzar un *status* de comunidad autónoma —no disponen de asamblea legislativa—, tienen, sin embargo, reconocida representación en el Senado: sus poblaciones eligen dos senadores cada una conforme al artículo 69.4 de la Constitución, y están dotadas de sus respectivos estatutos de autonomía (respectivamente, Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta, y Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla).

locales; b) la incorporación de representantes locales designados mediante un mecanismo de elección indirecta, semejante al establecido por el artículo 69.5 de la Constitución respecto de los autonómicos; y c), la integración, como senadores locales, con carácter nato, a los Alcaldes de las grandes ciudades, debiéndose concretar qué se entiende por 'gran ciudad'", cual seguro sí sería, por mejor ejemplo, la villa.

Para terminar, quepa decir —por última reflexión— que, a pesar del esfuerzo del legislador estatal por plasmar el pacto local vía LCREM, lo cierto es que este no se verá culminado (totalmente) si la Comunidad de Madrid no desarrolla su propio "pacto local autonómico". En dicho sentido, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid recoge, en su artículo 38.°, las bases jurídicas para llevar a cabo el precitado pacto a nivel autonómico, aún inédito, al señalar lo siguiente:

> "La Administración de la Comunidad de Madrid desarrollará su actuación a través de los órganos, organismos y entidades dependientes del Gobierno que se establezcan pudiendo delegar dichas funciones en los municipios y demás entidades locales reconocidas en este Estatuto si así lo autoriza una ley de la Asamblea, que fijará las oportunas formas de control y coordinación".

En desarrollo de esta previsión, se dictó la mencionada Ley 2/2003, de 11 de marzo, así como su pareja, la Ley 3/2003, de 11 de marzo, para el desarrollo del Pacto Local; sendas disposiciones autonómicas. Esta última norma tiene por objeto, según consta en su artículo 1.°, la regulación legal de los procedimientos de transferencia y delegación de competencias de la Comunidad de Madrid a favor de las entidades locales. Además, la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, en su artículo 55.°, regula la creación de una Comisión Bilateral de transferencias de competencias y servicios Comunidad de Madrid-Ayuntamiento de Madrid, con objeto de impulsar el proceso de traspaso previsto en la Ley 3/2003, de 11 de marzo, mencionada.

5
De Madrid al cielo; reflexión

Madrid, en fin —y dígase una vez más—, es el nudo principal en España. Más aún: como centro decisorio tiene, hoy, una dimensión que trasciende fronteras nacionales, por cuanto es el principal núcleo de atracción de inversiones directas extranjeras, y el centro de las empresas españolas más internacionalizadas.

Por eso es tan determinante para el despliegue de sus capacidades y para su función, eminentemente vertebradora, en el mapa español, una adecuada y suficiente dotación que garantice la fluidez de la información, de los intercambios y del desplazamiento de las personas. Infraestructuras y equipamientos urbanos constituyen, por consiguiente, más aún que el soporte básico, la "médula" de su organización y de la función de Madrid, en cuanto que principal metrópolis de la Península Ibérica, como "bisagra" entre los centros de decisión más importantes dentro y fuera de las fronteras nacionales, a modo de las "grandes urbes" en una sociedad globalizada[61]. Atender, por lo tanto, con suficiencia y capacidad gestora dichos requerimientos, mediante una acción coordinada de las Administraciones central, autonómica y local, es vital para la España amenazada de distanciarse de los ejes de prosperidad europeos.

Por repetir de otra manera lo ya dicho, lo que en Madrid se haga en este sentido, a un amplio territorio español beneficiará; lo que se haga para que Madrid desarrolle su más que notable potencialidad de crecimiento y su papel vertebrador de un amplio conjunto de provincias, en beneficio de toda España se traducirá[62].

De otra parte, la concentración de instituciones de enseñanza superior, de infraestructuras de comunicaciones y transporte, de centros de investigación y desarrollo tecnológico, de servicios administrativos y de sedes de organizaciones económicas y/o sociales, hace de Madrid un polo de "atracción" para el capital humano altamente cualificado.

Hay que referirse sin duda, también, a una función singular de Madrid como doble puente entre Europa, América Latina y el norte de África, que contribuye, de manera muy especial, a potenciar su actual papel como gran ciudad europea.

Los lazos históricos y culturales que unen a España con Latinoamérica y el norte de África, y la creciente presencia de empresas españolas (muchas de ellas con sede en Madrid) en dichas zonas geográficas, hacen de la capital una "plataforma de excepción" para el fomento de vínculos de cooperación entre la Unión Europea, América Latina y África.

El éxito de iniciativas de diversa naturaleza (diplomática, administrativa, financiera) ha venido reforzando el papel y la imagen de la villa de Madrid como ciudad "abierta" y, como lo expresara Benito Pérez Galdós, "de futuro"; y así, la ha convertido en lugar idóneo para la realización de conferencias internacionales y toda suerte de reuniones de índole cultural, política, científica, medioambiental, urbanística o empresarial.

61. Castells (1997).
62. García Delgado (1999: 18-19).

En contexto, parece imprescindible potenciar un régimen diferenciado de Madrid como fenómeno, al mismo tiempo, local y global. Ello en la medida en que la ciudad, en su *status* doble de capitalidad, está asumiendo algunas de las clásicas funciones de administración estatal, en virtud de la propia LCREM vigente.

La Comunidad de Madrid, sin embargo, ha optado tradicionalmente por no promover la singularización jurídica de la ciudad de Madrid. Quepa plantear, en consecuencia, que el contenido de una futura ley de desarrollo de la LCREM, *ex* artículo 38 del Estatuto de Autonomía, prevea un plus como municipio "singular", por su condición constitucional de capital de Estado y estatutaria de capital regional.

Por su especificidad derivada del crecimiento demográfico, parece también buena ocasión de afrontar los retos que plantea un nuevo derecho para la villa. La meta, en definitiva —según afirma, una vez más, D. Enrique de Aguinaga—, "tendrá que lograrse mediante los necesarios perfeccionamientos y desarrollos; para concretar la idea de Madrid capital en su propio precipitado jurídico"[63].

A tales fines, parecería preciso también desarrollar el régimen financiero especial previsto para el municipio de Madrid en el artículo 160 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; y ello con una definitiva previsión de la adecuada "subvención de capitalidad", bien en el Presupuesto General del Estado, bien también en el Presupuesto de la Comunidad de Madrid, con objeto de seguir haciendo frente a lo que Jordana de Pozas definió bajo título de "grandeza y servidumbre de las grandes capitales metropolitanas".

6
Bibliografía

Anastassopoulos, J. P. (1978). *La Gestion des grandes métropoles : étude comparée de douze agglomérations étrangères*. París: La *Documentation Française*.

Ariño Ortiz, G. (1989). Leyes singulares, leyes de caso único. *Revista de Administración Pública* (*RAP*), 118.

Aroca Hernández-Ros, R. (2013). *La Historia de Madrid*. Madrid: Espasa.

63. De Aguinaga (1957).

Avezuela Cárcel, J. (2003). Madrid, capital del Estado. En E. Álvarez Conde (dir.). *Derecho público de la Comunidad de Madrid*. Madrid: CEURA-Universidad Rey Juan Carlos.

Ayuntamiento de Madrid. (2006). *Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid*. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/NormativaNoMunicipal/LEY_DE_CAPITALIDAD.pdf.

Azaña, M. (1966). *Obras completas, I*. México: Oasis.

Castells, M. (1997). *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. I. La sociedad red*. Madrid: Alianza Editorial.

Cervera, C. (2015). El lema olvidado de Madrid: "Fui sobre agua edificada, mis muros de fuego son". *ABC*, 8-5-2015. Disponible en: https://www.abc.es/madrid/20150508/abci-agua-fuego-lema-olvidado-201505071530.html.

Chueca, F. (1958). Madrid, Ciudad con vocación de capital. *ABC*, 15-5-1958. Disponible en: https://www.abc.es/archivo/periodicos/abc-madrid-19580515.html.

De Aguinaga, E. (1957). *Madrid, empresa nacional* (conferencia pronunciada en el Salón de Tapices de la Casa de la Villa, el 22 de junio de 1957). Madrid: Artes Gráficas Municipales.

— (1998). Introducción a la teoría de la capitalidad de Madrid. *Anales de la Real Academia de Doctores*, 2 (1), 135-154.

— (2002). Breve historia de la Ley Especial del Municipio de Madrid (1963). *Anales del Instituto de Estudios Madrileños*, XLII. Madrid: CSIC.

Dreyfus, S. (1960). *Les capitales et leur statut juridique*. París: Universidad de París.

Entrena Cuesta, R. (1985). Comentario al artículo 5.° de la Constitución. En M. Garrido Falla (coord.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas.

Esteve Pardo, J. (1991). Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11 (31), 125-147.

Fernández Rodríguez, T. R. (1999). El principio jurídico y político de autonomía en la Comunidad de Madrid. En E. Arnaldo Alcubilla y J. J. Mollinedo Chocano (coords.). *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*. Madrid: Comunidad de Madrid.

Fernández-Miranda Fernández-Miranda, J. (2005). *Madrid, área metropolitana, gran ciudad, capital del Estado y de su respectiva Comunidad Autónoma*. Madrid: Colex.

Font i Llovet, T. (2000). *La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del régimen local*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals.

Galán Galán, A. (2001). *La Carta Municipal de Barcelona y el ordenamiento local*. Madrid: Marcial Pons.

García Delgado, J. L. (1999). Factores determinantes de la formación de la estructura económica de Madrid. En J. L. García Delgado (dir.). *Estructura económica de Madrid*. Madrid: Civitas.

García Mexía, P. (2006). Breves apuntes sobre el Senado y los entes locales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 17, 337-353.

Gómez de la Serna, R. (1986). *Descubrimiento de Madrid. Edición de Tomás Borrás*. Madrid: Cátedra.

Jiménez Vacas, J. J. (2021). Régimen de los órganos colegiados de gobierno. *Gabilex*, 25, 171-204.

Jordana de Pozas, L. (1961). Madrid capital de Estado. *Estudios de Administración Local y General I* (pp. 623 a 645). Madrid.

— (1964). Madrid, capital política y sede de la Administración central. *REVL*, 137, 641-666.

Martín de Hijas Merino, M. (2003). El régimen especial de Madrid: análisis del artículo 6 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. *Asamblea*, extra 1, 79-108.

Medina Alcoz, L. y Díez Sastre, S. (2006). La participación de la villa de Madrid en los procedimientos normativos estatales, autonómicos y europeos. En L. Parejo Alfonso, J. Bravo Rivera y C. Prieto Romero (coords.). *Estudios sobre la Ley de capitalidad y de régimen especial de Madrid* (pp. 353-436). Barcelona: Bosch.

Morell Ocaña, L. (1962). Los principios de diversidad y supramunicipalidad en la configuración del régimen municipal contemporáneo. En AA. VV. *Problemas políticos de la vida local*. Madrid: IEP.

Munro, W. B. (1909). *The government of european cities*. Nueva York: MacMillan.

Oliver Asín, J. (1991). *Historia del nombre de Madrid*. Madrid: Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Pezant, J. L. (1976). *Le Nouveau Statut de Paris*. París: La documentation française.

Piñar Mañas, J. L. (1983). El régimen de capitalidad del Estado. En E. García de Enterría (dir.). *Madrid Comunidad Autónoma Metropolitana*. Madrid: IEE.

Piraino, A. (2003). L'ordinamento complesso di Roma: "Capitale della repubblica" e "Città metropolitana". *Le Istituzioni del Federalismo*, 5, 795-812.

Prieto Romero, C. y Velasco Caballero, F. (2005). *Organización jurídica del Ayuntamiento de Madrid* (vol. I). Madrid: Bosch.

Rebecchini, S. (1955). *Situación de hecho y situación de derecho de las ciudades capitales* (Informe al XII Congreso de la Unión Internacional de Ciudades y Poderes Municipales). Roma.

Robson, W. A. (1954). *Great Cities of the World*. Londres: Routledge.

Velasco Caballero, F. (2006a). Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del Derecho Local. En T. Font i Llovet (dir.). *Anuario del Gobierno Local 2005* (pp. 121-151). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local e Institut de Dret Públic.

— (2006b). La Ley de Madrid en el sistema de fuentes del Derecho local. En L. Parejo Alfonso, C. Prieto Romero y J. Bravo Rivera (coords.). *Estudios sobre la Ley de capitalidad y de régimen especial de Madrid* (pp. 311-352). Barcelona: Bosch.

Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. (2005). Régimen jurídico-administrativo de los "Municipios de gran población". *Justicia Administrativa*, 28, 15-40.

El régimen especial del Ayuntamiento de Barcelona

Jordi Cases Pallarès
Secretario general del Ayuntamiento de Barcelona

Elisenda Aguilà Recha
Letrada. Responsable del Departamento de Desarrollo de la Carta Municipal de Barcelona

1. **Un poco de historia**
2. **Las leyes del régimen especial de la Carta Municipal de Barcelona**
   2.1. Sistema bifronte del régimen especial de Barcelona
   2.2. Características principales de la Carta Municipal de Barcelona (Ley 22/1998)
   2.3. Características principales de la Ley 1/2006, del Régimen Especial del municipio de Barcelona
3. **Dificultades que plantea el entrecruzamiento de normativas aplicables**
   3.1. Los principios de subsidiariedad y especialidad y el sistema de fuentes: encaje de la Ley 22/1998 y de la Ley 1/2006
   3.2. La fragilidad del régimen especial de Barcelona
4. **Reflexión sobre las perspectivas de futuro que ha abierto el procedimiento de revisión de los regímenes especiales: la Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad**
5. **Bibliografía**

Resumen

Este artículo tiene por objeto el estudio del régimen especial de Barcelona. Se presenta en primer lugar su actual marco jurídico después de una breve exposición de sus antecedentes históricos, el sistema de fuentes y los principios en que se basa, para pasar, en segundo lugar, a un análisis de las dificultades que plantea el entrecruzamiento de

Artículo recibido el 22/09/2023; aceptado el 04/10/2023.

normativas aplicables, y una reflexión sobre las perspectivas de futuro respecto a una posible revisión.

Palabras clave: *derecho local; regímenes especiales municipales; principios de subsidiariedad y especialidad; Carta Municipal de Barcelona; competencias municipales; organización municipal.*

The special legal framework of the Barcelona City Council

Abstract

This article studies the special regime of the city of Barcelona. Its current legal framework is described on the basis of its historical background, its system of sources and the principles on which it is rooted. Afterwards, the article explores the difficulties posed by the intersection of regulations applicable, and it reflects on the future perspectives regarding a possible revision of this special legal framework.

Keywords: local law; special municipal legal frameworks; principles of subsidiarity and specialty; Barcelona Municipal Charter; municipal powers; municipal organization.

1
Un poco de historia

Para entender el reconocimiento de los regímenes especiales locales y, en concreto, del régimen especial del municipio de Barcelona, es necesario abrir este artículo con una breve introducción para explicar sus orígenes.

La historia de la ciudad de Barcelona y de sus instituciones a lo largo de los siglos ha modelado una ordenación jurídica específica, que hoy día se reconoce en las dos leyes reguladoras de su régimen especial: la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, y la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona.

Sobre los orígenes de la singularidad de su régimen es necesario remontarse a una inicial configuración jurídica en el siglo XIII, con el privilegio *Recognoverunt proceres*, dispuesto por Pere el Gran en 1283 (Font i Llovet, 2022: 32), o con la institución del *Consell de Cent*, vigente durante más de

cuatro siglos hasta su abolición a través del Decreto de Nueva Planta, en 1714[1]. A partir del siglo XVIII, el régimen local imperante es el del uniformismo, y no será hasta los inicios del siglo XX cuando se evidencie una reivindicación barcelonesa, que se había mantenido latente, al hacer resurgir un reconocimiento del régimen especial de la ciudad.

La evolución histórica del régimen especial del municipio de Barcelona se recoge en extraordinarios estudios, mencionados en la bibliografía, de cuyos principales rasgos se extrae a continuación un resumen.

Durante las dos primeras décadas del siglo XX se producen múltiples intentos de reforma del régimen local, que ponen de manifiesto una idea rompedora de la línea uniformista seguida en el siglo anterior, como es la de reconocer un principio de diversidad municipal, esencialmente en ámbitos de organización y de gobierno en los grandes municipios[2] (Gracia Retortillo, 2008: 46).

Con la promulgación del Estatuto Municipal del año 1924 se innova en el ordenamiento con la institución del "régimen de Carta Municipal". Este instrumento jurídico de carácter institucional se basa en la autonomía municipal, con la voluntad de permitir a los municipios la adopción de un régimen especial adecuado a sus necesidades singulares y acomodado a su población, con respeto a los intereses públicos y a la nación. Se revela una voluntad que hoy día se mantiene en los dos regímenes especiales municipales actuales (Madrid y Barcelona): "dotar el régimen de carta de una naturaleza normativa, ya que su aprobación produciría efectos sobre los vecinos del municipio" (Gracia Retortillo, 2008: 50). Sin embargo, la intensa tutela de la aprobación de un régimen de carta en la configuración del Estatuto Municipal de 1924, lo alejó de su naturaleza originaria. Lo relevante, sin embargo, es la innovación al reconocer tres pilares: el principio de autonomía local, el principio de diferenciación/especialidad, y el concepto de Carta Municipal.

Con la Ley municipal de Cataluña, aprobada por el Parlamento entre mayo de 1933 y julio de 1934, se regula, por una parte, la posibilidad de que los municipios aprueben un régimen de Carta, y, por otra, el reconocimiento de ciertas especialidades para el municipio de Barcelona, principalmente en el ámbito organizativo.

De acuerdo con esta ley, el establecimiento del régimen de Carta por parte de los municipios se debía ejercer dentro de un marco material limitado y con un determinado procedimiento pautado con tres fases: una pri-

1. Estos son referentes históricos que han modulado la configuración actual del régimen especial, pero que, sin embargo, deben contextualizarse en su época y en su diferente concepción del poder y del territorio.
2. Proyecto Romanones de 1906 y Proyecto Maura de 1912, entre otros.

mera a nivel municipal, una segunda por parte del Gobierno catalán, y una tercera con la aprobación por el Parlament de Cataluña. Este planteamiento reconocía *status* de ley a las cartas municipales que se fueran aprobando. El procedimiento en tres fases, de hecho, es muy similar al que se siguió en la aprobación de la vigente Ley 22/1998[3].

No obstante, y a pesar de la intensidad legislativa de la II República, el corto período histórico dificultó la implementación de las normas, de manera que Barcelona no pudo aprobar su Carta Municipal. Sin embargo, como hemos señalado, la Ley municipal de Cataluña de 1933-1934 sí que incorporó para el municipio de Barcelona determinadas especialidades —pendientes de que se aprobara su régimen a través de la Carta— en relación con su demografía y su condición de "gran ciudad".

En el ámbito estatal, la Ley municipal de 31 de octubre de 1935, en lo que interesa a este estudio, incorpora tres rasgos esenciales: la clasificación de los municipios en diferentes categorías, la especial atención de Madrid como capital, y la previsión del régimen de carta. Estos elementos eran expresión del principio de diferenciación en el régimen local.

3. La Ley municipal de Cataluña del 33-34 regulaba el procedimiento de aprobación (artículo 98): el Pleno, en sesión extraordinaria y por una mayoría cualificada, aprobaba un texto de Carta Municipal. Este texto se remitía al *Conseller de Governació* para continuar el trámite correspondiente en el Gobierno catalán mediante la elaboración de un informe preceptivo que, una vez realizado, se sometía al Parlament para su aprobación como norma con rango de ley.

Es un hecho que el vigente Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, reconoce el régimen especial de Barcelona (artículo 78): "El municipio de Barcelona disfruta del régimen jurídico especial establecido en la ley de la Carta Municipal de Barcelona". Pero no regula el procedimiento de aprobación —ni de modificación— de esta ley.

Tampoco la Carta Municipal de Barcelona de 1998 regula este procedimiento. Hay que remitirnos a la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña —derogada por el Decreto Legislativo 2/2003— para encontrar alguna referencia sobre este procedimiento: el artículo 75 disponía el reconocimiento del régimen especial de Barcelona mediante ley, y la disposición transitoria primera manifestaba:

> "1. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 75, el régimen especial del municipio de Barcelona, que establece el Decreto 1066/1960, de 23 de marzo, continuará siendo vigente mientras el Parlamento de Cataluña no legisle sobre dicha materia, salvo lo que se oponga, contradiga o resulte incompatible con la Ley de Bases de Régimen Local y con la presente ley.
> 2. A efectos de la revisión del régimen especial por iniciativa del Gobierno de la Generalidad se constituirá una Comisión integrada por representantes de la Generalidad y del Ayuntamiento de Barcelona, con el fin de elaborar los estudios y propuestas correspondientes".

Ninguna otra referencia sobre el procedimiento se establece en la Ley 8/1987 —ni en ninguna norma posterior—, para la aprobación de la Carta Municipal de Barcelona. En este sentido, la Ley municipal de Cataluña de 1933-1934 fue el modelo en el que se inspiró la tramitación de la aprobación de la vigente Carta Municipal, la Ley 22/1998.

Con la derogación de la Ley 8/1987 por el Decreto Legislativo 2/2003, se deroga también la disposición transitoria primera, de forma que actualmente hay una ausencia de regulación legal en cuanto al procedimiento para la aprobación y modificación de la Carta Municipal de Barcelona, así como de reconocimiento a nivel legal de la Comisión mencionada en dicha disposición transitoria primera.

Con la caída de la II República en el año 1939, y durante el periodo de la dictadura, se dejan sin efecto las leyes aprobadas por el Parlament de Cataluña, de manera que con la derogación de la Ley municipal de 1933-1934 desaparece el reconocimiento de especialidades propias para el municipio de Barcelona.

Para avanzar en esta breve exposición del marco histórico, en el periodo franquista se pueden distinguir dos etapas. Una primera etapa hasta el año 1957, caracterizada por un retorno al principio de unidad de regulación de los municipios, con la evidencia de un uniformismo legal, y una segunda etapa hasta el año 1975, en que se va incorporando el principio de diferenciación en relación con los grandes municipios.

En la primera etapa (1939-1957) se suceden una serie de leyes de bases de régimen local, siendo las más relevantes: la Ley de bases de régimen local aprobada el 14 de julio de 1945; el Decreto del Ministerio de Gobernación de 16 de noviembre de 1950, que aprueba el Texto articulado de la Ley de bases de régimen local; su modificación a través de la Ley de 1953; y la Ley de bases de régimen local aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955, como texto articulado y refundido de las leyes de bases del 45 y del 53. Sin embargo, y a pesar de las limitaciones democráticas, lo que es relevante es que el concepto de régimen de Carta Municipal se mantiene en todas las leyes aprobadas, sin hacer mención expresa del municipio de Barcelona.

A partir de 1957 podemos hablar del inicio de una segunda etapa, con la Ley de 7 de noviembre de 1957, que modificó determinadas disposiciones de la Ley de bases de régimen local, como la autorización al Gobierno para aprobar regímenes especiales para las grandes ciudades (artículo 94.2): "[...] podrá aprobar con carácter de ley un régimen especial orgánico y económico para Madrid y Barcelona [...] se puede establecer dentro del mencionado sistema modalidades de Comisión y de Gerencia, con procedimientos de designación peculiares y diferentes a los regulados por la legislación sectorial común de Régimen Local, intervención del Gobierno y concesión de recursos económicos especiales".

Ya anteriormente se habían manifestado progresos hacia una visión rompedora del uniformismo: la Ley especial de 3 de diciembre de 1953, sobre ordenación urbana de Barcelona y su comarca, refleja una realidad metropolitana de Barcelona y de las ciudades del entorno. Con esta ley se crea la Comisión de Urbanismo de Barcelona, que tenía que encargarse de la ejecución del Plan Comarcal de Ordenación Urbana de Barcelona y su comarca, con un ámbito territorial de 22 municipios. La creación de dicho ente es relevante, ya que fijará las bases de la que fuera la Corporación Metropolitana de Barcelona, que derivará en la actual Área Metropolitana de Barcelona (Gracia Retortillo, 2008: 66).

Fruto de la Ley del 57, se aprueba el Decreto 1166/1960, de 23 de mayo, por el que se aprueba el texto articulado del régimen especial del municipio de Barcelona (decreto que tiene rango de ley). La norma no es propiamente un "régimen de carta", ya que la iniciativa formal del texto no fue municipal; no obstante, el Ayuntamiento de Barcelona participó en la elaboración del texto articulado a través de la constitución de una comisión *ad hoc*.

El Decreto 1166/1960 incide esencialmente en la especialidad organizativa del consistorio barcelonés, pero también en singularidades respecto a los sistemas de gestión de actividades municipales y al régimen económico.

Los órganos municipales estaban constituidos por el Alcalde, los tenientes de alcalde, el Consejo Pleno, la Comisión municipal y ejecutiva, y las juntas de distrito. El Alcalde toma relevancia en una ampliación de facultades, como también es el caso de la Comisión municipal y ejecutiva. Asimismo, el Alcalde contaba con un equipo de delegados de servicios, designados libremente por aquel, que no eran propiamente órganos de gobierno, pero asumían la dirección de las diferentes áreas municipales, siendo incompatibles con el cargo de concejal. Con esta figura se asentó lo que más adelante ha sido uno de los rasgos esenciales del régimen especial de Barcelona: la separación del ámbito de gobierno y del ámbito ejecutivo de la Administración a través de la estructuración de las gerencias municipales.

Con la llegada de la democracia, se abre un periodo de ajuste de las diferentes normas locales que se van aprobando a partir de 1978[4], en convivencia con el régimen especial de Barcelona, vigente por el Decreto 1166/1960.

La Constitución Española no prevé ninguna referencia a la singularidad municipal. Tampoco el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 reconoce el régimen municipal barcelonés: la norma estatutaria no reconocía, ni siquiera, su condición de capital de la comunidad autónoma, con una ausencia significativa de la singularidad jurídica e institucional de Barcelona patente a lo largo de siglos[5].

4. Un primer ejemplo es la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones municipales.
5. Como señala Font i Llovet (2000: 10):
"Ni siquiera el propio Estatuto de Autonomía indica que la capital de Catalunya sea Barcelona, y no contiene referencia alguna a un eventual régimen peculiar. Tuvo que ser la Ley de Bases de régimen local de 1985, con su disposición adicional sexta, la que reconociera la existencia de un 'hecho diferencial' barcelonés y su tratamiento jurídico especial, que luego se reiteró, en el aspecto financiero, en la Ley de Haciendas locales de 1989. La aprobación en 1987 de la Ley Municipal y de Régimen local de Cataluña recoge, al fin, el principio de que 'El municipio de Barcelona ha de gozar de un régimen jurídico especial establecido por Ley' (art. 75), pero simultáneamente se disuelve la Corporación Metropolitana de Barcelona que en el fondo venía a 'formar parte' del régimen especial de Barcelona".

En el ámbito estatal, la adecuación del derecho local a la Constitución Española se produce con la aprobación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Dicha ley sí reconoce los regímenes especiales de Madrid y Barcelona. La disposición adicional sexta, apartado 2, dice:

> "El régimen especial del Municipio de Barcelona, contenido en el texto articulado aprobado por Decreto 1166/1960, de 23 de mayo; el Decreto-ley 5/1974, de 24 de agosto, y el Decreto 3276/1974, de 28 de noviembre, de constitución y desarrollo de la Entidad Metropolitana de Barcelona y sus disposiciones concordantes continuarán vigentes salvo en lo que se oponga, contradiga o resulte incompatible con lo establecido en la presente Ley".

También en el ámbito estatal, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales[6] establece en el artículo 142 que "el Municipio de Barcelona tendrá un régimen financiero especial, del que será supletorio lo dispuesto en la presente Ley".

En cuanto a la legislación catalana, la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, Ley 8/1987, de 15 de abril[7], reconoció expresamente en el artículo 75 el régimen especial de Barcelona, con un régimen transitorio definido en la disposición transitoria primera[8].

Como se ha referido, sin embargo, la vigencia del Decreto 1166/1960 se mantuvo hasta su derogación expresa por la Ley 1/2006, de 13 de marzo, a pesar de que su aplicación cada vez fue más difusa debido a la aprobación sucesiva de las normas citadas y, evidentemente, de la Carta Municipal del 98.

De lo que se ha expuesto de forma sucinta, en esta primera etapa constitucional se reconocen, sin duda, los regímenes especiales de Barcelona y Madrid, pero se pone de manifiesto también una larga etapa transitoria que pervivió hasta que estos regímenes se acabaron de definir en unas leyes *ad hoc* —la del 98 y la de 2006— que asentaron sus bases y regulación. También es un hecho que las leyes de derecho local que establecen las bases municipales, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, no reconocieron los regímenes especiales como "regímenes de carta". Y el hecho, a sumar, de que dichas bases siguen teniendo una visión muy uniformista de la regula-

6. Derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
7. La Ley 8/1987, de 15 de abril, se refunde mediante el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, y se deroga formalmente por la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras [...].
8. Los textos del artículo 75 y de la disposición transitoria primera se reproducen en la nota a pie de página n.º 3.

ción de los municipios, con escasa relevancia de los principios de subsidiariedad y especialización.

La aprobación de las leyes especiales del municipio de Barcelona, a pesar de su reconocimiento en la LBRL y en la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, fue un proceso largo y complejo.

Como se expone en Gracia Retortillo (2008: 85): "De conformidad con el marco constitucional y legal expuesto, el procedimiento por el que se debía de elaborar el nuevo régimen especial del municipio de Barcelona debía de respetar tres presupuestos básicos: en primer lugar, la necesaria existencia del régimen del municipio de Barcelona, ya que así estaba reconocido en la LBRL y aceptado por la jurisprudencia constitucional; en segundo término, el reconocimiento que este régimen especial se debía de adoptar mediante ley, de acuerdo con el artículo 75 LMRLC entonces vigente; tercero, la preceptiva intervención municipal en la fase prenormativa y en el marco de una comisión mixta Ayuntamiento-Generalitat".

Para acabar esta exposición cronológica y dar paso al siguiente apartado sobre el análisis del actual régimen especial, sustentado en la Ley autonómica 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, y en la Ley estatal 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, en primer lugar, también hay que hacer referencia expresa, siendo esencial, al "nuevo" Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, que, a diferencia del de 1979, contiene una mención específica al régimen especial de la ciudad de Barcelona que constituye una auténtica garantía del mismo. En este sentido, se reconoce expresamente:

— que la capital de Cataluña es la ciudad de Barcelona (artículo 10);
— que el municipio de Barcelona dispone de un régimen especial establecido por ley del Parlamento (artículo 89)[9].

Con estos dos artículos estatutarios se salda una deuda pendiente normativa respecto a la ciudad.

Y, en segundo lugar, hay que hacer referencia a que el proceso de configuración legal del régimen especial, en los términos en que hoy lo conocemos, ha sido largo y no exento de dificultades de diverso tipo y naturaleza. Desde los primeros trabajos y ponencias para elaborar los textos articulados de la Carta Municipal, a principios de los 80, hasta la aprobación de la Ley

9. Artículo 89 EAC: "El municipio de Barcelona dispone de un régimen especial establecido por ley del Parlamento. El Ayuntamiento de Barcelona tiene iniciativa para proponer la modificación de este régimen especial y, de acuerdo con las leyes y el Reglamento del Parlamento, debe participar en la elaboración de los proyectos de ley que inciden en este régimen especial y debe ser consultado en la tramitación parlamentaria de otras iniciativas legislativas sobre su régimen especial".

1/2006, que concluye el marco legal actual del régimen especial de Barcelona, transcurrieron casi 25 años.

De este largo proceso, sin embargo, hay dos rasgos a destacar: el primero es la participación cualificada del Ayuntamiento en el procedimiento de aprobación de las leyes; y el segundo, el amplio consenso entre las fuerzas políticas implicadas en toda la tramitación de ambas normas (Font i Llovet, 2000: 12-13). Como expresó el profesor Font: "Consenso general, pues, sobre la base de largos años de maduración de múltiples propuestas y de aproximación de posiciones, y arropado por la garantía de legalidad que aportó el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat 334/1998, aprobado por unanimidad de su Comisión Permanente el 23 de julio de 1998".

Este consenso político fue el motor y también el éxito del establecimiento de las leyes especiales de Barcelona. Y también será el éxito para modificaciones futuras de la Carta Municipal.

2
Las leyes del régimen especial de la Carta Municipal de Barcelona

Actualmente, la ciudad de Barcelona dispone de un régimen especial garantizado en el artículo 89 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y reconocido en el artículo 1.2 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona. También el artículo 1 de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, lo reconoce expresamente: este artículo manifiesta que el régimen especial se integra por lo que se dispone en la propia Ley 1/2006 y en la Ley del Parlament de Cataluña 22/1998, en aplicación de la disposición adicional sexta de la LBRL.

Barcelona, así pues, tiene reconocido un régimen especial:

— *Con rango de ley orgánica*: artículo 89 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
— *Con rango de ley ordinaria, pero con naturaleza básica*: disposición adicional sexta de la LBRL, y artículo 161 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
— *Con rango de ley ordinaria*: Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña —artículo 78—; Carta Municipal de Barcelona; y Ley 1/2006. Pero también diferentes leyes troncales o sectoriales que incorporan en su articulado disposiciones que regulan singularidades propias para Barcelona.

Ello significa una verdadera garantía institucional del régimen especial de Barcelona, que restringe el ámbito de actuación del legislador ordinario y dota a la institución de un nivel de protección especial. Se configura como un mandato imperativo al legislador, que no puede optar por su inexistencia y tampoco puede vaciar su contenido hasta el punto de hacerlo irreconocible como tal régimen especial.

Más allá del principio constitucional de autonomía municipal reconocido para el conjunto de los entes locales, el EAC contiene un reconocimiento expreso de la existencia de un régimen municipal especial para Barcelona que no puede ser, en ningún caso, suprimido de forma unilateral por el legislador ordinario.

En el reconocimiento del régimen especial jugarán también los principios de autonomía local, de subsidiariedad y de especialidad.

La dificultad del estudio del régimen especial de Barcelona radica en el entrecruzamiento de diferentes ámbitos competenciales y de diferente tipología de normas que inciden todas directamente en la regulación del municipio. El municipio tiene atribuidas competencias propias provenientes de la estructuración competencial de los artículos 148 y 149 de la CE. Por otra parte, está sujeto a las bases del régimen local. Asimismo, las leyes sectoriales aprobadas por el Estado y por la comunidad autónoma incidirán en el régimen especial. Como también intervendrá la aprobación de normas que, con un mismo rango legal, sean posteriores a las leyes 1/2006 y 22/1998, y que se separen de aquello que prevé la Carta Municipal, como régimen especial.

Para superar dicha dificultad es esencial un análisis del régimen especial para situarlo en el sistema de fuentes y para determinar los principios de derecho aplicables que, en su conjunto, ayudarán a determinar la vigencia y la aplicación de las diferentes normas que inciden.

Estos planteamientos se expondrán en apartados posteriores. Pero primero presentaremos las características principales del vigente régimen especial de Barcelona[10].

2.1
Sistema bifronte del régimen especial de Barcelona

La Carta Municipal de Barcelona regula, como ley autonómica, el régimen especial de la ciudad: la estructura orgánica, organizativa y competencial de

10. Para elaborar la exposición sobre las características principales del régimen especial de Barcelona se ha tomado como referencia Font y Jiménez (2007).

esta Administración local, en desarrollo del ámbito competencial propio de Cataluña reconocido en la Constitución y previsto en el Estatuto[11].

Con la Ley 1/2006, como ley estatal, se completa el régimen especial de Barcelona precisamente en desarrollo de los ámbitos competenciales del Estado. Sin entrar a analizar a fondo el contenido de la Ley 1/2006, sí que podemos decir que esta ley aclara el régimen jurídico aplicable a Barcelona, derogando definitivamente la normativa preconstitucional y explicitando que el marco normativo vigente del municipio de Barcelona está constituido conjuntamente por la Ley catalana 22/1998 y la propia Ley estatal 1/2006. Igualmente, la LREB regula algunas especialidades competenciales —en ámbitos como el puerto, el litoral, las telecomunicaciones, la movilidad, la justicia de proximidad o la seguridad—, menciona la regulación del régimen financiero especial, y establece especialidades en cuanto a recursos tributarios, subvenciones, transferencias estatales y planificación económica, entre otros.

En la bibliografía de referencia encontramos estudios que explican la complejidad competencial de la regulación de la Carta Municipal de Barcelona, que se deriva de los ítems de aprobación de cuatro normas (la Carta del 98, la modificación de la LBRL de 2003, el EAC de 2006 y la Ley 1/2006), y la interpretación de la competencia exclusiva en régimen local por parte del EAC que resolvió más tarde el Tribunal Constitucional mediante la sentencia de 2010, como también en la posterior sentencia 103/2013 y las siguientes relativas a la LRSAL.

En todo caso, hay ciertos hechos que modelan la singularidad de la regulación municipal de Barcelona, siendo el primero de ellos que la normación se establece mediante leyes ordinarias; también, el hecho de ser Barcelona capital de Cataluña y de posicionarse como segunda ciudad del Estado, sin olvidarnos de su componente metropolitano, y el hecho de ser un motor del territorio y una marca y plataforma nacional e internacional. Pues bien, todos estos elementos hacen que la relación del municipio con la Administración del Estado y con el Gobierno de la Generalitat adopte una intensidad de mayor relevancia, y se establezcan instrumentos singulares de relación institucionalizada a través de órganos establecidos normativamente.

Eso pone de manifiesto la necesidad de una potenciación de la colaboración entre las diferentes Administraciones. Aparte de los instrumentos de colaboración interadministrativa que reconocen las leyes de procedimiento —leyes 39/2015, 40/2015 y 26/2010, principalmente— y que nada añaden

11. Artículos 84 y 180 EAC.

al régimen especial porque son de aplicación a todas las Administraciones públicas, sí que hay dos instituciones que son esenciales para el régimen especial:

— La Comisión Mixta Generalitat de Cataluña — Ayuntamiento de Barcelona para la revisión y el despliegue de la Carta Municipal de Barcelona: ámbito competencial de Cataluña.
— La Comisión Interadministrativa Estado-Generalitat-Ayuntamiento de Barcelona: ámbito competencial estatal.

Estas comisiones se han utilizado a lo largo de los últimos 25 años, con mayor o menor intensidad dependiendo de la configuración política de los diferentes Gobiernos en las tres Administraciones. Sin embargo, lo que el ayuntamiento ha evidenciado es que el mantenimiento de reuniones por parte de las comisiones, de forma periódica y normalizada, ha generado un clima de relación institucional positiva que ha permitido avanzar en la mejora de los instrumentos que configuran el régimen especial de Barcelona. Se observa cómo la colaboración da resultados, y se impulsan actividades y servicios que benefician a la ciudad y que han sido, a menudo, un punto de partida o un referente por irradiarlos hacia el resto de municipios. Estas comisiones tienen que ser objeto de un mayor reconocimiento normativo e institucional. Por descontado, en lo referente a la Comisión Mixta Generalitat de Cataluña — Ayuntamiento de Barcelona, ya que solamente cuenta con una regulación a nivel reglamentario (GRI/371/2012, de 17 de febrero, por la que se publica el Reglamento de la Comisión Mixta Generalitat de Cataluña — Ayuntamiento de Barcelona para la revisión y el desarrollo de la Carta Municipal de Barcelona, publicada en el DOGC 6083, de 8 de marzo de 2012).

2.2 Características principales de la Carta Municipal de Barcelona (Ley 22/1998)

El Gobierno de Barcelona está regulado en la CMB y desarrollado en su Reglamento Orgánico Municipal con rasgos singulares diferenciados del régimen común local. Pero las dos normas tienen que ser interpretadas de conformidad con la LBRL.

No obstante, y en defensa del régimen especial, la doctrina también asienta que un primer límite de la competencia básica estatal es que su ejercicio no puede conducir a la uniformidad en el ámbito local, ya que esta resultaría incompatible con la autonomía que tienen reconocida las comunidades autónomas con competencia sobre régimen local. Por lo tanto, la

noción de "bases" es, por su propia naturaleza, compatible con la idea de diferenciación. En consecuencia, cuando el Tribunal (STC 32/1981) afirma que del ejercicio de la competencia básica se deriva una regulación "uniforme", se tiene que entender que se refiere al hecho de que es de aplicación general, pero no en el sentido de que la totalidad de su contenido regulador final sea idéntico en todos los territorios.

Más al detalle, la Carta Municipal se configura como norma básica del ordenamiento jurídico propio del Gobierno local de la ciudad de Barcelona. Cualquier norma sectorial que afecte a los Gobiernos locales debe tener en cuenta el régimen especial de la ciudad de Barcelona en los términos que establece el artículo 89 del Estatuto de Autonomía, y, en todo aquello que no esté previsto en la Carta, son aplicables las normas de régimen local y las normas reguladoras de los diferentes sectores de la acción pública (artículo 5 de la Carta Municipal de Barcelona). Es una previsión de ley especial que el legislador sectorial tiene que respetar cuando ejerce su competencia.

El artículo 58.1 de la Carta Municipal dispone que para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente y del régimen de capitalidad reconocido en esta Carta, y también para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el artículo 2 de la LBRL y en la Carta Europea de Autonomía Local, la legislación del Estado y la de la Generalitat de Cataluña tienen que asegurar al municipio de Barcelona la atribución de las competencias procedentes de acuerdo con su capacidad de gestión, y también la participación en la gestión de los servicios y los equipamientos del Estado o de la Generalitat, básicos para el desarrollo de la ciudad.

Visto lo anterior, la norma sectorial tiene que respetar el articulado de la Carta Municipal, de aplicación preferente en el municipio de Barcelona, debiéndose además interpretar que los reglamentos y las ordenanzas municipales que desarrollan reglamentariamente la Carta Municipal también disfrutan de la especialidad del régimen de Barcelona.

Un rasgo esencial de la singularidad del municipio, recogido en la Ley 22/1998, ha sido la organización política y administrativa del mismo, que diferencia, por una parte, las funciones de ordenación, programación y control, y, por otra parte, las funciones ejecutivas de gobierno y administración; diferenciación que conduce a un refuerzo de la posición del Alcalde y de la Comisión de Gobierno y a una remodelación de las funciones del Pleno, que pasa a denominarse Consejo Municipal. El artículo 46 autoriza al Consejo Municipal, al Alcalde y a la Comisión de Gobierno a desconcentrar y a descentralizar sus competencias respectivas en otros órganos municipales o en los concejales (Font i Llovet, 2000: 16).

La CMB diseña una organización territorial interna del municipio que permite una amplia descentralización y desconcentración en los distritos (artículos 20 y siguientes), a cuyo frente se encuentra el Consejo de Distrito, presidido por un concejal propuesto por el Alcalde, y un concejal de distrito, con las funciones ejecutivas delegadas del Alcalde.

La Carta se dirige a la potestad de autoorganización municipal para desarrollar la regulación de distritos —especialmente, su régimen de elección—, pero la ley también traspone el mismo perfil de estructuración organizativa en los distritos, con el mantenimiento de la diferenciación entre los órganos político-deliberantes y la organización ejecutiva.

En la vertiente de la autorregulación, como se ha dicho, goza de un papel importante la organización de la Administración en gerencias, así como el ámbito directivo de la corporación. Si bien el Decreto 1166/1960 ya asentó esta organización en gerencias y en la figura de los delegados de servicios, la Carta Municipal refuerza esta estructura, así como también, especialmente, la creación de entes dependientes del ayuntamiento (institutos, EPE, OOAA, empresas) y la creación de los consorcios legales en diferentes ámbitos materiales, compartiendo competencias con la Generalitat de Cataluña en la ciudad. Asimismo, una novedad es el artículo 13, apartado segundo, de la Carta Municipal: ciertas atribuciones del Alcalde son indelegables, pero otras pueden ser delegadas o desconcentradas en la Comisión de Gobierno, en los concejales, y también en los órganos y en los cargos directivos de la Administración ejecutiva.

La participación ciudadana en el gobierno de la ciudad también es un referente en la CMB —por ejemplo, el artículo 34 con la gestión cívica—, así como la figura de la Sindicatura de Greuges de Barcelona.

Ya en el ámbito de las competencias, las del Ayuntamiento de Barcelona, como las de cualquier otro municipio, vienen determinadas por las leyes, tanto estatales como autonómicas, de acuerdo con los correspondientes ámbitos competenciales (artículos 9 y 25 LBRL). En concreto, sin embargo, el artículo 59 CMB establece que Barcelona tiene las competencias atribuidas por la Carta, las atribuidas por otra normativa y las delegadas por otras Administraciones. Por lo tanto, hay un margen importante a prever y desarrollar, ligado a los principios de capacidad de gestión y subsidiariedad.

Es de resaltar el artículo 58.3 CMB, relativo a las competencias complementarias, con una proyección más intensa que la dispuesta en el artículo 7.4 de la actual LBRL: Barcelona puede promover toda clase de actividades y prestar todos los servicios públicos que afecten al interés general de la ciudadanía y que no estén expresamente atribuidos a otras Administraciones públicas; no obstante, el expediente de implementación de estos servicios y actividades sí que debe motivar la disponibilidad presupuestaria y la no duplicidad.

Un aspecto único de singularidad se encuentra en la figura del consorcio legal, con peculiaridades sustantivas diferentes de la regulación del consorcio que establece la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Parte de una forma tradicional de gestión compartida de servicios, como el consorcio, pero se impone obligatoriamente por ley su existencia para unos sectores concretos en la ciudad de Barcelona: vivienda, educación, servicios sociales y sanidad (Díez Sastre, 2022: 234). La creación de los consorcios legales a través del artículo 61 CMB ofrece una solución para gestionar sectores de actividad de los servicios citados, concurrentes entre la Generalitat de Cataluña y el Ayuntamiento de Barcelona, al estar previstos en las leyes sectoriales pero también en la legislación del régimen especial de Barcelona, servicios todos ellos que configuran los pilares del Estado de bienestar de los barceloneses. Se trataba de dar una solución consensuada al incipiente desarrollo autonómico competencial de dichos sectores en Cataluña, pero con el reconocimiento de que tradicionalmente en la ciudad, a través del ayuntamiento, ya se gestionaban estos servicios para la ciudadanía de forma fuertemente consolidada.

La Carta Municipal de Barcelona ha sufrido pocas modificaciones desde su aprobación. La más relevante es la última, del año 2014, de la que se tiene que remarcar un refuerzo de la garantía estatutaria del régimen especial (artículo 1.2), así como la protección pública de la denominación Barcelona y el sistema de fuentes (artículos 3 y 5), y una adecuación y mejora del régimen de adopción de acuerdos de los órganos de gobierno (artículos 11.3, 17.2 y 19.a), de la regulación en materia de distritos (artículos 22.2.g, 23.1 y 24.b) y del personal de alta dirección (artículo 52.1).

También en el año 2014 el ayuntamiento aprueba una Instrucción, publicada en la Gaceta Municipal de 20 de junio de 2014, por la que se establecen el marco y los criterios generales de aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), en el municipio de Barcelona. Esta Instrucción aclara el régimen competencial, entre otros aspectos, del municipio, en virtud de la entrada en vigor de la LRSAL.

2.3
Características principales de la Ley 1/2006, del Régimen Especial del municipio de Barcelona

Como se ha dicho, la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, desarrolla el régimen especial de la ciudad en el tramo competencial estatal. Esta ley no ha sufrido ninguna modificación desde su aprobación.

En el estudio de la ley se pueden diferenciar dos apartados importantes: un primer título en que esta recoge los principios esenciales de la norma, y el resto de articulado en que esta desarrolla las especialidades competenciales del régimen local en Barcelona.

Respecto a la primera parte de la norma, es de destacar que se aclara definitivamente que el régimen especial de Barcelona se configura a través de dos piezas normativas, teniendo por lo tanto un carácter bifronte: "el tramo autonómico", recogido en la Ley 22/1998, y el "tramo estatal", recogido en la Ley 1/2006. Así también, uno de los aspectos importantes es el reconocimiento de la cláusula general de competencias del artículo 3.

La Ley 1/2006 fue posterior a la Ley 57/2003, de modificación de la LBRL, en la que se incorporaron las singularidades propias de los municipios de gran población. Cabe recordar que la disposición transitoria cuarta de esta ley dispuso que la regulación de los municipios de gran población no era aplicable a Barcelona. Por este motivo la Ley 1/2006 incorporó aspectos de la Ley 57/2003 que pretendían mejorar el régimen especial de Barcelona en relación con la naturaleza "parlamentaria" del modelo institucional de forma de gobierno. En efecto, estas previsiones eran, por una parte, que el Alcalde puede delegar en uno de los concejales la convocatoria y presidencia del Pleno, así como que se podían incorporar "externos" (es decir, no electos) a la Comisión de Gobierno, todo eso en los mismos términos que los previstos en el artículo 126.2 de la LBRL. Cuestión esta que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional en el año 2013.

Se prevé, asimismo, la Comisión de Colaboración Interadministrativa, integrada por representantes del Estado, de la Generalitat de Cataluña y del Ayuntamiento de Barcelona, con unas funciones que se proyectan sobre tres grandes ámbitos: a) la realización de estudios para mejorar la articulación del régimen local de Barcelona; b) proponer criterios de desarrollo y aplicación de "esta Carta Municipal", y c) evaluar los proyectos de colaboración, así como su aplicación. También podrán proponer fórmulas de colaboración, que se concretarán a través de convenios. En este sentido, la Ley 1/2006 eleva a rango de ley esta relación, pero no aclara el procedimiento que se tiene que seguir para futuras modificaciones del régimen especial de Barcelona en su tramo estatal. Se entiende, sin embargo, que esta modificación se tiene que circunscribir e impulsar en el marco de la mencionada Comisión de Colaboración Interadministrativa.

Sobre la calificada como segunda parte de la ley —relativa a las especialidades competenciales—, ya nos hemos referido antes al hecho de que la Ley 1/2006 no nace con la estructura y voluntad de la Carta Municipal del 98, en el sentido de ser un "código" integrador, sino que nace con la voluntad de

acotar las especialidades concretas o facultades que se separan del régimen general, tanto en materia de derecho local como de determinadas normas sectoriales; basándose, pues, en una técnica de atribución. Son todas ellas competencias exclusivas del Estado, ya sea sobre toda la materia o sobre determinadas funciones de la misma.

Algunas de las facultades que dispone la ley no son verdaderamente una atribución de competencias o de servicios, sino que se establece una colaboración del ayuntamiento en el ejercicio de las competencias del Estado, como podría ser el caso de la participación del ayuntamiento en la gestión de determinados ámbitos competenciales de titularidad estatal como las infraestructuras o la gestión del litoral marítimo-terrestre. Sobre ello, en unos primeros estudios de análisis de la norma, esta participación se avistó como un gran avance, por el hecho de que el Ayuntamiento de Barcelona pudiera participar en el ejercicio de determinadas competencias del Estado, ya que eso situaba al municipio en una posición de poder, al intervenir en la puesta en marcha de determinadas políticas. Con los años, sin embargo, la realidad es que aquello que podría haber sido una oportunidad para el impulso del régimen especial de Barcelona se ha convertido en una participación irrelevante del municipio, con escasa capacidad de influencia en las decisiones en materia de infraestructuras del municipio cuando la competencia pertenece a la Administración central.

El régimen financiero local esencialmente compete al Estado, motivo por el que la Ley 1/2006 incorpora ciertas medidas en su régimen especial. Medidas, sin embargo, escasas, ya que introduce determinadas especialidades en el régimen financiero común, sin diseñar un verdadero régimen que se ajuste a las necesidades de una gran metrópoli.

Se regula un conjunto de presupuestos relativos a los recursos tributarios, donde, al lado de una serie de normas comunes (entre las que destacan aspectos como las bonificaciones en tributos locales, la autoliquidación, las especialidades de recaudación y las normas reguladoras del Consejo Tributario), se prevén reglas específicas en materia de algunos impuestos municipales, tasas y contribuciones especiales. También se incorporan normas genéricas relativas a la participación de Barcelona en los impuestos estatales, y "la financiación de instituciones con amplia proyección y relevancia del municipio de Barcelona" (particularmente, instituciones culturales en que participa la Administración del Estado).

La ley prevé, aparte de otros aspectos, una disposición adicional quinta en la que se establece un régimen jurídico específico para los recursos de alzada contra las resoluciones y los actos de trámite de los distritos. La finalidad de este precepto es muy clara: establecer un recurso de alzada

preceptivo que sirva como una especie de instrumento de "unificación de doctrina" en una ciudad con una fuerte desconcentración de funciones en los órganos unipersonales de los distritos (concejales y gerentes), con el fin de garantizar la seguridad jurídica y respetar los derechos de los ciudadanos que se puedan ver afectados.

3
Dificultades que plantea el entrecruzamiento de normativas aplicables

Como se ha comentado, uno de los retos que plantea el estudio del régimen especial de Barcelona se encuentra en la evidencia de un entrecruzamiento de diferentes normas que inciden todas directamente en la regulación del municipio.

A la misma naturaleza bifronte del régimen especial derivada del sistema competencial propio de los municipios se tiene que sumar el hecho de que son justamente dos leyes, una autonómica y otra estatal, las que regulan su régimen especial. Y esta es la singularidad que diferencia Barcelona o Madrid del resto de municipios.

Así también, el régimen especial de Barcelona está sujeto a las bases de régimen local, pero es necesario delimitar el alcance de norma básica y se deben encajar las bases, uniformes aparentemente, con las especialidades propias de los regímenes de Barcelona y de Madrid dentro de este sistema normativo.

Añadir, asimismo, que las leyes sectoriales aprobadas por el Estado y por la comunidad autónoma incidirán en el régimen especial con la aprobación de leyes posteriores, del mismo rango normativo que las leyes 1/2006 y 22/1998.

Para interpretar la aplicación de las leyes vigentes y las que sucesivamente se van aprobando tanto por el Estado como por Cataluña en concordancia con las leyes del régimen especial de Barcelona, es necesario hacer una breve referencia a los principios de subsidiariedad y especialidad, así como a la posición de ambas leyes de régimen especial en el sistema de fuentes.

3.1
Los principios de subsidiariedad y especialidad y el sistema de fuentes: encaje de la Ley 22/1998 y de la Ley 1/2006

Los estudios de los profesores Tomàs Font y Alfredo Galán, entre otros autores referenciados en la bibliografía, han sido fundamentales para

ilustrar esta materia, de naturaleza doctrinal, de cierta complejidad, pero que resulta del todo necesaria para poder entender, aplicar y mantener el régimen especial. Se ha observado paulatinamente, en las sentencias de los últimos años, que la interpretación de la aplicación del régimen especial se va alejando de la focalización en estos principios constitucionales y estatutarios, y en el posicionamiento del régimen especial en el sistema de fuentes. Los principios de subsidiariedad y de diferenciación son arrinconados para centrarse en el criterio cronológico, esencialmente en el momento de valorar la norma que se tiene que utilizar ante un conflicto de aplicación normativa. Ello conduce inevitablemente a una dilución del régimen especial, a un menosprecio de este, que exige cambios normativos para poderlo preservar.

El texto estatutario catalán dedica específicamente uno de sus artículos, el 88, al principio de diferenciación en los municipios: "Las leyes que afecten al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios tienen que tener en cuenta necesariamente las diferentes características demográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen".

Cuando se nos presentan posibles conflictos en la aplicación de las leyes reguladoras del régimen especial de Barcelona respecto a la legislación básica local (LBRL y LRHL, esencialmente), ciertamente el EAC (artículo 89) garantiza en una ley orgánica el régimen especial de Barcelona. No obstante, la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 31/2010, de 28 de junio) asienta que las disposiciones de los estatutos de autonomía, a pesar de su posición ordinamental, no pueden limitar las bases del régimen local, que forman parte de la competencia estatal de forma exclusiva (artículo 149.1.18 CE). En este sentido, el artículo 89 EAC será de aplicación al ámbito autonómico y condicionará las normas aprobadas por el Parlament de Cataluña, no las de ámbito competencial estatal.

Dicho esto, las bases de régimen local, de competencia estatal, sí que tienen que ser interpretadas a la luz de los principios y de la propia normativa básica, siendo fundamentales los principios de diferenciación, de subsidiariedad, de especialidad y de competencia, así como el criterio cronológico, como también en el marco de la disposición adicional sexta de la LBRL y de la propia Ley 1/2006.

De acuerdo con la doctrina especializada (Galán Galán, 2022: 67), el legislador estatal básico rechaza la aplicación íntegra de la LBRL en el Ayuntamiento de Barcelona, ya que, de raíz, rechazaría los principios de especialidad y subsidiariedad, y, ciertamente, el legislador básico admite y garantiza la existencia de unos regímenes especiales para Ma-

drid y para Barcelona. Pero también es evidente que el legislador básico tampoco pretende la inaplicación íntegra de la LBRL en Barcelona, ya que, de lo contrario, rechazaría la aplicación de las bases del régimen jurídico local, como expresión del artículo 149.1.18 CE y la doctrina constitucional antes expuesta. Para encontrar este equilibrio interpretativo se debe uno dirigir al papel de la Ley 1/2006. Esta es una norma estatal dictada en virtud del llamado artículo 149.1.18 CE en cuanto a las bases del régimen local. En esta ley, el mismo legislador básico estatal regula especialidades de este régimen estatal local básico para Barcelona. Con la Ley 1/2006, aquello que es objeto de su regulación desplaza las disposiciones de régimen local básico, el cual solo será de aplicación en el municipio de Barcelona en aquello que no se oponga a este, o en la medida en que resulte útil para llenar concretos vacíos normativos (Galán Galán, 2022: 68), y en tanto que se respeten los principios constitucionales de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (disposición adicional quinta de la LRSAL).

En la misma línea, la doctrina ha señalado que "la Ley 1/2006 del régimen especial del municipio de Barcelona (LREMB), en relación con la LBRL: a) es una ley posterior, b) es una ley especial, y c) es una ley de cabecera integrada en un grupo normativo donde también figuren la ley catalana de la Carta Municipal y los reglamentos municipales de desarrollo, normas a las que se remite la LREMB" (Font i Llovet, 2022: 38).

Otro punto de conflicto se suscita en la aplicación de las leyes de régimen especial respecto a la legislación sectorial, tanto estatal como autonómica. Los principios de especialidad y de subsidiariedad marcarán nuevamente los criterios interpretativos, de manera que primará la aplicación del régimen especial de Barcelona, a pesar de la aprobación de leyes sectoriales posteriores. Únicamente se desplazaría su aplicación si la ley sectorial, de forma expresa, modifica o deroga la previsión legal recogida en la Carta Municipal, en el marco competencial propio. En cuanto al reconocimiento del principio de especialidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acepta y aplica el principio de especialidad, según el cual tiene una aplicación preferente la norma especial o particular ante la norma común o general (Font i Llovet, 2022: 38).

En la interpretación de la situación que nos ocupa del régimen especial del municipio de Barcelona en el sistema de fuentes que hemos comentado hasta el momento también debemos mencionar diferentes dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora, como son el n.º 196/2009, de 2 de julio, así como los anteriores dictámenes n.os 334/98, 3/00, 342/01, 548/01, 240/05, 72/06, 274/06 y 304/08.

3.2
La fragilidad del régimen especial de Barcelona

La garantía y la protección del régimen especial de Barcelona necesitan una revalorización, tanto doctrinal y jurisprudencial como de actualización de las leyes a la evolución normativa posterior. Lo que en su día, con la aprobación de las dos normas de referencia, fue innovador y marcó el camino para futuras modificaciones en la conceptualización de la diferenciación en el uniformismo del régimen local, hoy lastra el potencial de la regulación del municipio para anclarse en normativas que no se han adaptado a la ciudad real ni a la proyección de las metrópolis del mañana. El régimen especial de Barcelona vive en el marco de una "petrificación normativa".

Desde la entrada en vigor de las leyes que regulan el régimen especial de Barcelona, las modificaciones de dichas leyes han sido puntuales, sin afrontar alteraciones de gran calado. La Carta Municipal ha sido objeto de tres modificaciones puntuales desde su aprobación (la última en el año 2014). La Ley 1/2006 no ha sufrido ninguna modificación desde su entrada en vigor, el 15 de junio de 2006 (anterior, incluso, al EAC, que entró en vigor casi dos meses después de la LREMB).

Pero la Administración, y especialmente la local, han sufrido profundas modificaciones (legislativas, pero también derivadas de sentencias del Tribunal Constitucional).

A modo de ejemplo:

- la STC 103/2013, de 25 de abril, sobre la reforma de la Ley de bases del año 2003, que afecta directamente a la misma Ley 1/2006;
- la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local;
- la legislación de estabilidad presupuestaria, especialmente la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera;
- normativas de procedimiento recientes, como la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015, ambas de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público, respectivamente;
- la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público;
- el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público;
- la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno;

— la Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona;
— el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

La Carta Municipal del año 98 fue pionera en el reconocimiento de la singularidad de los municipios con mayor demografía. La reforma del año 2003 de la LBRL, en cuanto a la regulación de los municipios de gran población, se inspira en la Carta Municipal de Barcelona. Pero en ciertos aspectos la modificación de 2003 fue más allá, de manera que Barcelona quedó circunscrita al régimen especial de la Carta Municipal previsto en el año 98. La Ley 1/2006 no incidió en cuestiones tales como los órganos de gobierno y la organización; por poner un ejemplo, la regulación de la junta de gobierno de los municipios de gran población parece ser más eficaz que la regulación de la Comisión de Gobierno de Barcelona. En síntesis, pues, los municipios de gran población y la regulación del régimen especial de la ciudad de Madrid (Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y de régimen especial de Madrid) contemplan previsiones más ajustadas a la singularidad propia de las grandes urbes.

A estos hechos, se tiene que añadir que ha faltado un desarrollo efectivo sobre el régimen especial respecto al régimen financiero de la ciudad, tanto en clave autonómica como estatal. Se hace evidente también que se han consolidado otras problemáticas en la ciudad que las leyes de régimen especial de Barcelona no habían previsto en su magnitud: turismo, vivienda, incrementos de prestaciones sociales, área metropolitana... Y desgraciadamente, la legislación sectorial de las Administraciones del Estado y de Cataluña a menudo no ha tenido suficientemente en cuenta la singularidad del régimen especial de Barcelona.

La fragilidad del régimen especial de Barcelona también se plasma en otra circunstancia, en lo que se ha denominado "laminación normativa" del régimen especial de la ciudad. Nos referimos a un proceso de invisibilidad progresiva de la Carta Municipal.

Hay diferentes factores que intervienen en este proceso: (i) la obsolescencia de la Carta Municipal; (ii) la pérdida de presencia de los principios de subsidiariedad, especialidad y diferenciación en el criterio interpretativo para ubicar correctamente las leyes de régimen especial en el sistema de fuentes; (iii) las últimas sentencias que se pronuncian en una aplicación restrictiva del régimen especial.

Pero el factor que quizás facilita entender este proceso de laminación, de invisibilidad, es la situación de inseguridad jurídica derivada de la aprobación de leyes sectoriales que regulan ámbitos municipales, pero que di-

rectamente no modifican la Carta Municipal —o que directamente no se manifiestan sobre la prevalencia aplicativa de la Carta Municipal—, de manera que evidencian dudas para identificar qué se aplica realmente a la ciudad de Barcelona.

En este sentido, se aplica en Barcelona normativa de los diferentes ámbitos sectoriales dictada para todos los municipios, pero que también la propia Carta Municipal regula con alguna especialidad. Esta nueva regulación, sistemática en su conjunto, a menudo no tiene presente el régimen especial (que, de conformidad con los mandamientos estatuarios, sí debería prever), dándose la situación de incongruencias en el conjunto de la regulación resultante para Barcelona en el ámbito sectorial concreto, y generando en la práctica el abandono de la especialidad propia. Este supuesto implica que la capacidad de Barcelona se aleja poco a poco de su singularidad, para dejarse engullir progresivamente por el régimen general de los municipios.

En la práctica produce un vaciado de los artículos de la Carta y de su régimen especial, al decaer la norma en que lo sustentaba. Por lo tanto, lo vacía de contenido, con una imposibilidad jurídica y material de la aplicación del régimen especial.

Un último supuesto de fragilidad del régimen especial está en la dificultad para aprobar una modificación del mismo.

La adecuación de las leyes del régimen especial es necesaria para su finalidad. En el año 2006, Rafael Jiménez Asensio ya avanzó que la pervivencia del régimen especial de Barcelona, como de cualquier otro sector normativo, pide una revisión y actualización continuada, cuando expuso[12]:

> "En fin, cabe concluir que la entrada en vigor del nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña ha abierto asimismo un nuevo escenario para la revisión en profundidad del régimen especial del municipio de Barcelona y, por tanto, se debe plantear el reto de elaborar una *nueva Carta Municipal*, o, al menos, de revisar el texto vigente con el fin de llevar a cabo una adaptación de los postulados aprobados en 1998 a los requerimientos del mundo local de 2007. Pues aunque hayan transcurrido tan solo nueve años desde la aprobación del tramo autonómico de la Carta Municipal, los cambios en el contexto de los gobiernos locales, las propias transformaciones sociales, así como la innovación normativa que representa el Estatuto de 2006, hacen ineludible un nuevo impulso al autogobierno de Barcelona, en clave de subsidiariedad y de diferenciación, evitando así la paradoja antes descrita de que la ciudad que fue pionera en tantos aspectos del mundo local se vea paulatinamente

12. Jiménez Asensio (2006).

superada por otras experiencias normativas que gradualmente están viendo la luz.

Esa revisión de la Carta Municipal, configurándose como auténtico 'Estatuto de la ciudad de Barcelona', así como la creación del Área Metropolitana de Barcelona, son los dos grandes proyectos institucionales que se han de afrontar en el período de 2007 a 2011 con el fin de sentar las bases definitivas de la Barcelona del siglo XXI".

Un año después, en 2007, escribe[13]:

"Ahora bien, el régimen especial de Barcelona, a pesar de una aparente estabilidad normativa que se puede percibir después de la aprobación de estas dos leyes —CMB y LREB—, está muy lejos de haber acabado. Como es conocido, la idea del régimen especial es una noción dinámica, que se ha ido concretando a través del tiempo con mayores o menores dificultades en función de coyunturas políticas concretas. La concreción del principio de diferenciación que constituye la aprobación de un régimen especial no puede ser percibida como una foto estática y menos en los momentos actuales, en qué el régimen local (o si se prefiere los gobiernos locales) está sumido en un proceso de reformas de notable calado e intensidad, no sólo en el marco europeo, sino también en nuestro país. Así, el reforzamiento del principio de subsidiariedad y su translación al derecho interno (EAC del 2006 y Ley 1/2006) es una muestra del vigor que pueda alcanzar, también des del punto de vista competencial, un régimen especial como es el de municipio de Barcelona".

Si bien actualmente la posición doctrinal, política y técnica es unánime en el acuerdo para adecuar el régimen especial de la ciudad de Barcelona, dicha voluntad choca con una realidad como es que la modificación del régimen especial de Barcelona es compleja, por el juego competencial estatal y autonómico en materia de régimen local, y por el hecho de que se recoge en dos leyes cuya aprobación recae en Administraciones diferentes. La sintonía entre la modificación de la Ley 22/1998 (autonómica) y la de la Ley 1/2006 (estatal) tendría que ser deseable.

El legislador de 1998, cuando aprobó la Carta Municipal, era consciente del complejo procedimiento de aprobación de la Carta y del encaje competencial del régimen local. Pero también era consciente de la necesidad de integrar en un único cuerpo legislativo el régimen funcional y competencial del Ayuntamiento de Barcelona. Y el legislador del Estado compartía absolutamente esta necesidad de dar al ciudadano y

13. Jiménez Asensio (2007).

a la Administración un instrumento de gobierno dotado de seguridad jurídica. De aquí el atributo de la Carta Municipal como "norma paccionada", que consiguió reunir a las diferentes fuerzas parlamentarias. Este rasgo fue el motivo por el que la Carta Municipal (Ley 22/1998) incorporó la regulación de disposiciones de naturaleza básica, que posteriormente fueron recogidas en la Ley 11/1999, de modificación de la LBRL, con la cláusula de validez de la disposición transitoria primera, y garantizadas con la posterior Ley 1/2006.

Esta singular relación entre la Carta Municipal y la Ley 1/2006 también condicionará las futuras modificaciones de su régimen especial.

4
Reflexión sobre las perspectivas de futuro que ha abierto el procedimiento de revisión de los regímenes especiales: la Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad

Después de casi 25 años de vigencia de la Carta Municipal de 1998, es el momento de reflexionar sobre cuál ha sido su camino desde su aprobación, qué ha pasado en su entorno y qué cambios se piden para mantenerse vigente y, al mismo tiempo, para superar la petrificación de las normas de régimen especial, que es palpable desde las instituciones y desde la jurisprudencia. Y más ampliamente se debe reflexionar sobre la adecuación del régimen especial a los retos de Barcelona en el contexto del nuevo papel que juegan las ciudades en las dinámicas globales.

Esta exigencia de validación y actualización del régimen especial de Barcelona se concretó en el compromiso de la Comisión Mixta Generalitat de Cataluña — Ayuntamiento de Barcelona, en sesión de 21 de junio de 2021, de iniciar un proceso de impulso de la Carta Municipal de Barcelona, que permitiese revertir la tendencia ya anunciada de una cierta invisibilidad del régimen especial de Barcelona ante las otras Administraciones publicas y también ante una cada vez más frecuente corriente jurisprudencial, y afrontar su necesaria actualización.

En este marco, el Ayuntamiento de Barcelona, en colaboración con el Instituto de Derecho Público (IDP) de la Universidad de Barcelona y la Fundación Carles Pi i Sunyer de Estudios Autonómicos y Locales, promueve el Programa para el Impulso del Régimen Especial de Barcelona, para analizar el régimen especial de la ciudad, con la finalidad de facilitar un espacio para el estudio y la valoración doctrinal del régimen especial y ser un punto de partida para una futura actualización de estas normas.

En este proceso, bajo la dirección del Dr. Tomàs Font i Llovet, han participado profesores universitarios de experiencia contrastada en el análisis de los Gobiernos locales y, en concreto, del régimen especial de Barcelona[14]. Ellos han dirigido las diferentes mesas de trabajo en que se ha dividido el estudio del régimen especial, integradas por expertos del ámbito académico de diferentes universidades y por profesionales de la gestión de diferentes Administraciones públicas, locales, autonómicas y estatales, personal altamente cualificado y profundamente conocedor de la praxis municipal. Esta combinación ha permitido el examen jurídico del régimen especial de Barcelona con un enfoque poliédrico, teniendo siempre en cuenta el tratamiento de la vertiente más práctica, y abordando aspectos críticos que tienen que permitir mejorar el marco legislativo vigente.

Como resultado de estos estudios se publica una obra: *La Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad. Bases para su impulso y actualización*. En este libro se examinan cuestiones generales vinculadas con el régimen especial de la ciudad, y se ofrecen propuestas para actualizarlo y mejorarlo en todo su alcance: el sistema político-institucional, el ámbito organizativo, el conjunto de competencias y los servicios prestacionales, y la esfera económico-financiera municipal. Pero también se vincula la Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad a un futuro muy presente: dotar a Barcelona de instrumentos jurídicos para potenciar sus condiciones de ciudad global.

De estos estudios, aparte del análisis jurídico y técnico de cada uno de los ámbitos tratados del régimen especial de Barcelona, y de materializarse la teoría en puntos de acción concretos de adecuación y mejora, se extraen unas reflexiones que, de forma muy telegráfica, se pueden resumir en las líneas de trabajo siguientes:

— La necesidad de revalorizar los principios de especialidad, de subsidiariedad, de diferenciación, entre otros.
— La necesidad de actualizar el régimen especial de Barcelona en el marco jurídico vigente, y de potenciar competencialmente la actividad de la ciudad.
— La necesidad de desarrollar una proyección de la potestad normativa municipal, especialmente en materia de autoorganización y determinados ámbitos sectoriales.

14. Los directores de la mesa y las submesas de trabajo han sido Alfredo Galán, Francisco Velasco, Elisenda Malaret, Maite Vilalta, Jaume Magre, Domènec Sibina, Silvia Díez y Marc García, cuyos excelentes estudios se recogen en la obra dirigida por Tomàs Font: *La Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad* (Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona, 2022).

- La necesidad de actualizar los ámbitos competenciales de la Administración municipal y de valorización de la cláusula general de atribución de facultades de intervención municipal, como sistema para contrarrestar, en este ámbito, la petrificación normativa.
- La necesidad de una positivización de la participación y la decisión del ayuntamiento en políticas de infraestructuras de la ciudad, mediante ley, en materias competencialmente correspondientes al Estado y a la comunidad autónoma. No solo dentro del término municipal, sino también cuando estas infraestructuras, a pesar de estar fuera del término municipal, están vinculadas directamente a la ciudad, como, por ejemplo, el aeropuerto.
- Promover una institucionalización de la colaboración más firme, ya con el Estado, ya con la comunidad autónoma, en materias que afecten a la ciudad.
- La necesidad de profundizar en la sistematización de las relaciones con el Área Metropolitana de Barcelona (AMB) y afrontar la metropolitanización de determinados servicios municipales.
- Dotar a la ciudad de mayor participación en la planificación de determinadas políticas de la Generalitat en el territorio: la capitalidad tiene que ser un eje de irradiación y de potenciación del AMB y, en general, de Cataluña.

En este recorrido, las aportaciones de Font i Llovet (2022: 50) son clarividentes al proyectar un cambio de paradigma en la conceptualización de las grandes ciudades. Como bien expone, "la capacidad de decisión de la ciudad sobre estos elementos estructurales suyos se tendrá que formular de una manera diferente al clásico ejercicio de competencias administrativas sobre un territorio y habrá que explorar nuevas vías a partir de mecanismos de codecisión y participación".

En el sentido anteriormente apuntado, el régimen especial de Barcelona, como el de otras grandes ciudades, se enfrenta a unos retos con el fin de que se puedan llegar a reconocer determinadas potestades públicas de carácter normativo y ejecutivo que le atribuyan una capacidad efectiva de decisión.

Uno de los aspectos relevantes es la revalorización de la cláusula de competencia general que establece la Ley 22/1998. Como recoge Malaret García (2022: 167), "la correcta interpretación de la cláusula de competencia general requiere entender que la Administración no se limita a ejecutar la ley, lo cual en principio no tendría que generar dificultades si se atiende el carácter electivo de los órganos de gobierno local que responden en su configuración al principio democrático. Correlativamente, eso exige identi-

ficar la discrecionalidad como la expresión de la libre determinación de las responsabilidades municipales en el ámbito de la ley. La ley delimita, la ley marca el espacio de intervención, pero el Gobierno municipal puede apreciar con autonomía y bajo su responsabilidad el interés local. Por eso, no tiene que extrañar que la cláusula de competencia general, difuminada en la legislación local general, adquiera un rol relevante en la legislación especial, cuando de grandes ciudades, de municipios con capacidad de iniciativa y de gestión se trata, como sucede con la ciudad de Barcelona".

Una revisión de la conceptualización de la potestad normativa en la Carta Municipal podría dar herramientas para evitar el proceso de petrificación del régimen especial de Barcelona. En esta línea, Velasco Caballero (2022: 119) propone un diseño de modelo que simultáneamente permita una innovación selectiva y no afecte ni a las competencias básicas estatales ni a las competencias del Parlament de Cataluña, ni tampoco a la potestad de autoorganización municipal, y que tendría que recogerse en la Ley 1/2006.

El régimen especial tendría que recoger aquellos preceptos del título X de la LBRL aplicables también a Barcelona, si bien con las singularidades oportunas; también tendría que incorporar reglas organizativas específicas que no se encuentran en la LBRL, pero que se consideran oportunas para la especialidad, así como preceptos que singularizan para Barcelona aquello que en otras leyes estatales se regula (como puede ser la Ley de contratos del sector público o la Ley general de subvenciones). Pero la tesis del profesor Velasco incorpora una previsión innovadora: "La previsión, al mismo artículo 1.3 de la LREB que una posible ley del Parlament de Catalunya, desplace —o regule de forma alternativa— los preceptos del título X de la LBRL extendidos a Barcelona. De esta manera, la ley estatal optaría por una interpretación amplia de la competencia autonómica que actualmente establece el vigente artículo 160.1 del EAC. Se puede acordar, en este sentido, de que si bien la STC 31/2010, sobre el Estatuto catalán, consideró que ningún precepto estatutario puede reducir el alcance de las competencias básicas estatales (FJ 100), eso no impide que el propio Estado, al ejercer sus competencias básicas sobre régimen local ex artículo 149.1.18 de la CE, opte por reconocer el máximo alcance posible a las competencias autonómicas. De esta manera, el Estado puede optar directamente por la posible inaplicación de algunas de sus normas básicas, cuando una comunidad autónoma con bastante competencia decida regular la correspondiente materia y, con eso, desplazar la regulación estatal. En realidad, esta forma de regulación no es nueva, aunque no se haya teorizado lo suficiente. De hecho, tal modelo de articulación competencial y normativo está presente en el actual DA 6ª de la LBRL, cuando permite que la

ley catalana dicte normas especiales para el municipio de Barcelona desplazando la aplicación de diversos preceptos básicos (aplicables, por lo tanto, en todos los municipios de España). En estos casos, la opción normativa básica del Estado consiste, precisamente, en autorizar la diferenciación por medio de la legislación autonómica. El alcance de esta diferenciación, por lo que respecta a la organización municipal de Barcelona, podría consistir en el desplazamiento total o parcial del nuevo artículo 1.3 de la LBRL, o también en la extensión en Barcelona de otros preceptos del título X de la LBRL no previstos expresamente en el artículo 1.3 de la LBRL".

En una revisión *ad intra*, el modelo institucional del Ayuntamiento de Barcelona basado en la nueva gestión pública ha sido pionero y se ha convertido en clave para conseguir una mejor gestión y calidad de los servicios (Magre Ferran, 2022: 340). Pero el desgaste del tiempo y la falta del desarrollo legislativo necesario —especialmente en materia de dirección, organización y personal de la Administración pública, principalmente en el ámbito municipal—, junto con la ausencia de la aprobación de ordenanzas por parte del ayuntamiento en este campo, han conducido a un momento en que se exige también una reflexión para actualizar la Administración municipal en clave de futuro. El régimen especial de la ciudad de Barcelona, pues, tendría que poder explorar la posibilidad de definir un modelo de dirección pública profesional que supere la falta de regulación de carácter autonómico (Magre Ferran, 2022: 343), y dar entrada a figuras híbridas de dirección política y ejecutiva, por poner un ejemplo.

El régimen especial también tendría que incorporar los principios tecnológicos que tienen que asentar la gestión de la Administración. La ciudad ha promovido la implantación del gobierno electrónico y es un referente en la mejora de la calidad en la relación con la ciudadanía, pero el ayuntamiento, como el resto de Administraciones públicas del país, tienen que avanzar en el establecimiento de esta cultura, que hoy día presenta debilidades. Agustí Cerrillo resume estas debilidades en sus aportaciones al Programa para el impulso del régimen especial de Barcelona, que de forma sucinta se pueden agrupar en las siguientes ideas: (i) la ciudad inteligente frecuentemente es poco más que un conjunto de proyectos a menudo desconectados entre ellos, que no presentan un cambio significativo en cómo se gestiona la ciudad, con proyectos que se centran en la tecnología, pero que olvidan a menudo su impacto en las personas; (ii) la extensión de la ciudad inteligente puede extender la brecha digital y las desigualdades sociales; y (iii) la falta de recursos o de competencias para desarrollar la ciudad inteligente puede generar dependencia tecnológica con respecto a las empresas que diseñan las tecnologías y las aplicaciones (Magre Ferran, 2022: 348).

Este conjunto de reflexiones, reunidas en la publicación mencionada, fueron presentadas en un acto institucional que se celebró en el Ayuntamiento de Barcelona, el 28 de noviembre de 2022, para el reconocimiento, garantía, actualización e impulso del régimen especial de la ciudad, en el que los tres poderes públicos territoriales, representados por la Sra. Ada Colau, alcaldesa de Barcelona, la Sra. Laura Vilagrà, consejera de Presidencia de la Generalitat de Cataluña, y el Sr. Alfredo González, secretario de Estado de Política Territorial del Gobierno de España, asumieron el compromiso de trabajar conjuntamente para dotar a la ciudad de Barcelona de los mejores instrumentos jurídicos que le permitan afrontar los nuevos retos de la ciudad global, desde una posición de sujeto activo en su proyección y progreso; mejora de los instrumentos que implica la actualización del régimen especial de la ciudad de Barcelona.

En este mismo acto, los presidentes y presidentas de los grupos municipales de Esquerra Republicana de Catalunya, Barcelona en Comú, Partit dels Socialistes de Catalunya, Junts per Catalunya, Ciudadanos y Partido Popular (todos los grupos con representación en la corporación, a excepción de un grupo con solo dos concejales y que ya no tiene representación en la nueva corporación municipal) firmaron una declaración institucional en la que todos asumieron el compromiso de trabajar conjuntamente y desde el consenso para la mejora y actualización del régimen especial de Barcelona. Acuerdo institucional cuya parte dispositiva declara:

> "1/ Valora positivamente, con motivo del próximo 25° aniversario de su aprobación, el impacto de la Carta Municipal de Barcelona en la vida de la ciudad, tanto en lo que respecta a la organización municipal, la provisión y gestión de servicios y el dinamismo y proyección exterior.
>
> 2/ Afirma que el aumento de la autonomía local y de poder municipal siempre ha sido relacionado con la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía y de la vitalidad y progreso de la ciudad. Barcelona ha sido, es y quiere continuar siendo referente y pionera en el municipalismo, más necesario aún en estos momentos en que las ciudades se convierten cada vez en actores más importantes de la gobernanza mundial.
>
> 3/ Constata la necesidad de actualizar y mejorar la Carta Municipal para poder dar respuesta a los nuevos retos que han aparecido en estos años de cambio acelerado. Especialmente, la necesidad de dotar de nuevos mecanismos de gobernanza, de mejorar las competencias municipales y la organización de la administración municipal, de ofrecer unos servicios públicos de calidad y para dotar, en general, de todo aquello que una ciudad global, como es y ha de ser Barcelona, necesita.
>
> 4/ Manifiesta la voluntad común para que se lleven a cabo los trabajos de estudio, análisis y propuesta necesarios, a fin de poder avan-

zar, en un marco de cooperación con el resto de administraciones implicadas, en una actualización de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona y de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona.

5/ Manifiesta la voluntad de iniciar un diálogo con la Generalitat de Catalunya y la Administración del Estado, a fin de trabajar conjuntamente en la actualización y mejora del régimen especial de Barcelona, ampliándose las competencias y la financiación".

Análisis, reflexión jurídica y propuestas de mejora, en el marco del Programa, con la dirección académica del profesor Font; consenso entre todas la fuerzas políticas representadas en el ayuntamiento; y voluntad de acuerdo y trabajo conjunto entre el Ayuntamiento de Barcelona, la Generalitat de Cataluña y el Gobierno de España, constituyen una base excelente para afrontar el reto que la ciudad de Barcelona tiene planteado para los próximos meses, de reforma del actual régimen especial de la ciudad, y que debe concluir, entre otras medidas, con la actualización y modificación de las dos leyes configuradoras del sistema, la del Parlament de Cataluña 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, y la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona.

5
Bibliografía

Díez Sastre, S. (2022). Consorcios legales de Barcelona. En T. Font i Llovet (dir.). *La Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.

Font i Llovet, T. (2000). *La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del régimen local*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis.

— (2007). La Carta Municipal de Barcelona: "El estatuto de los ciudadanos". En T. Font i Llovet y R. Jiménez Asensio (coords.). *La "Carta Municipal" de Barcelona. Deu estudis*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer — Marcial Pons.

— (2022). El significado del régimen especial de Barcelona y su impulso para un nuevo derecho de la ciudad. En T. Font i Llovet (dir.). *La Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.

Font i Llovet, T. y Jiménez Asensio, R. (coords.). (2007). *La "Carta Municipal" de Barcelona. Deu estudis*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer — Marcial Pons.

Galán Galán, A. (2001). *La Carta Municipal de Barcelona y el ordenamiento local. El régimen especial del Municipio de Barcelona*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer — Marcial Pons.

— (2022). El régimen especial de Barcelona en el sistema de fuentes. Parte general. En T. Font i Llovet (dir). *La Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.

Galán Galán, A. y Vilalta Reixach, M. (2007). La potestad normativa del municipio de Barcelona. En T. Font i Llovet y R. Jiménez Asensio (coords.). *La "Carta Municipal" de Barcelona. Deu estudis*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer — Marcial Pons.

Gracia Retortillo, R. (2008). *Evolución histórica del régimen especial del municipio de Barcelona*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer.

Jiménez Asensio, R. (2006). Evolución, contenido actual y regulación estatutaria del régimen especial de Barcelona. *Anuario del Gobierno Local 2006*.

— (2007). Retos de futuro del régimen especial de Barcelona. En T. Font i Llovet y R. Jiménez Asensio (coords.). *La "Carta Municipal" de Barcelona. Deu estudis*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer — Marcial Pons.

Magre Ferran, J. (2022). Perspectives de futur del règim especial de Barcelona. En T. Font i Llovet (dir.). *La Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.

Malaret García, E. (2022). El modelo especial de atribución de competencias a la Ciudad de Barcelona y su necesario *aggiornamento* en la era de las ciudades: atribución de competencias y su ejercicio por el Ayuntamiento. Los consorcios legales. Análisis de determinados ámbitos competenciales. En T. Font i Llovet (dir.). *La Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.

Velasco Caballero, F. (2007). Ley especial de Barcelona y derecho local. En T. Font i Llovet y R. Jiménez Asensio (coords.). *La "Carta Municipal" de Barcelona. Deu estudis*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer — Marcial Pons.

— (2009). *Derecho local. Sistema de fuentes*. Madrid: Marcial Pons.

— (2017). El Derecho de las ciudades globales. *Anuario de Derecho Municipal*, 11.

— (2022). Órganos de gobierno. Potestad de autoorganización. Distritos. Organización municipal. Forma de gestión de los servicios. En T. Font i Llovet (dir.). *La Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.

Vilalta Ferrer, M. (2022). Régimen financiero especial. En T. Font i Llovet (dir.). *La Carta Municipal de Barcelona y el derecho de la ciudad*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.

La aplicación práctica del régimen especial de los municipios de gran población en los ayuntamientos de tamaño intermedio

José María Menéndez Alonso
Secretario de Administración local, categoría superior

1. **Introducción**
2. **Ámbito de aplicación del título X de la LBRL**
3. **Peculiaridades organizativas de los municipios de gran población y diferenciadoras de los de régimen común**
4. **Otras particularidades organizativas de los municipios de gran población establecidas con posterioridad a la entrada en vigor de la LMMGL**
5. **Las particularidades organizativas que plantean disfunciones y dificultades pragmáticas en los municipios de tamaño intermedio a los que resulta de aplicación el título X de la LBRL**
6. **Conclusión**
7. **Bibliografía**

Resumen

El régimen de organización de los municipios de gran población, introducido en la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, no fue pensado para los municipios de tamaño intermedio. La experiencia práctica evidencia que debería revisarse.

Palabras clave: *título X de la Ley de Bases del Régimen Local; Ley de municipios de gran población; régimen organizativo de los grandes municipios.*

Artículo recibido el 07/08/2023; aceptado el 18/09/2023.

Revisiting the Application of Special Legal Frameworks for High-Population Municipalities in Medium-Sized Municipalities: A Practical Perspective

Abstract

The legal framework governing municipalities with significant populations, as outlined in Law 7/1985, which regulates the Foundations of Local Governance, and Law 57/2003, aimed at modernizing local governments, was originally designed for municipalities of larger scale. However, practical experience suggests the need for a thorough reevaluation to adapt it for municipalities of intermediate size.

Keywords: Title X of the Basic Law of Local Governance; Legislation for High-Population Municipalities; Organizational Regime of Larger Municipalities.

1
Introducción

Todo parece indicar que el título X de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), titulado "Régimen de organización de los municipios de gran población", fue la respuesta tardía a una reiterada demanda de los ayuntamientos de Madrid y Barcelona, que, con la entrada en vigor de la LBRL el día 23 de abril de 1985 —al establecerlo así su disposición adicional sexta—[1], vieron significativamente mermadas las peculiaridades dispuestas en sus respectivos regímenes especiales; circunstancia esta que en cierto modo, unos pocos años antes, ya había sido paliada por la Ley 11/1999, de modificación de la LBRL, que, entre otros extremos, añadió un lar-

1. En la redacción original de la LBRL (BOE de 30 de abril de 1985), la disposición adicional sexta establecía lo siguiente:

"1. El régimen especial del Municipio de Madrid, contenido en el Texto articulado aprobado por Decreto 1674/1963, de 11 de julio, modificado por Decreto 2482/1970, de 22 de agosto, continuará vigente, hasta tanto se dicte la Ley prevista en el artículo 6.° de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, salvo en lo que se oponga, contradiga o resulte incompatible con lo establecido en la presente Ley. En particular, quedan expresamente derogados los artículos 2.°, apartado c); 4.°, párrafo 2, inciso final; 11, 12, 13 y 39, párrafo 2, de la mencionada Ley especial, así como todos aquellos que configuren un sistema de relaciones interadministrativas distinto al previsto en esta Ley.

2. El régimen especial del Municipio de Barcelona, contenido en el texto articulado aprobado por Decreto 1166/1960, de 23 de mayo; el Decreto-ley 5/1974, de 24 de agosto, y el Decreto 3276/1974, de 28 de noviembre, de constitución y desarrollo de la Entidad Metropolitana de Barcelona y sus disposiciones concordantes continuarán vigentes salvo en lo que se oponga, contradiga o resulte incompatible con lo establecido en la presente Ley".

go apartado 3 a la anteriormente referida disposición adicional sexta, posibilitando que, mediante leyes de cada una de las comunidades autónomas de Cataluña y Madrid, pudieran, a petición expresa de los respectivos ayuntamientos de Barcelona y Madrid, como manifestación de la autonomía local, proceder a la actualización de sus regímenes especiales, modificando la denominación de los órganos necesarios; posibilitando la delegación de competencias resolutorias del pleno en las comisiones; atribuyendo a la entonces denominada comisión de gobierno, como propias, un conjunto de competencias no reservadas al pleno, junto a otras residenciadas en el alcalde en materias de urbanismo, contratación, personal y patrimonio; así como la iniciativa reglamentaria y la formación del presupuesto.

Curiosamente, la respuesta del legislador, más de quince años después de la aprobación de la LBRL, llevada a cabo por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local (en adelante LMMGL), no resultó de aplicación al municipio de Barcelona, por establecerlo así su disposición transitoria cuarta, hasta la aprobación de la Ley 1/2006, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona. La razón parece estribar en que, previamente, ya se había aprobado la Ley del Parlamento de Cataluña 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona; norma que adelantó en gran medida la posterior regulación de los municipios de gran población.

La insistente pretensión de los ayuntamientos de Madrid y Barcelona de contar con un régimen competencial y organizativo propio, diferenciado del de los municipios de régimen común, encontró, en la década de los años noventa del siglo pasado, el apoyo explícito de los alcaldes de Valencia, Sevilla, Zaragoza, Málaga y Bilbao[2], conformando todos ellos un grupo de presión que, al margen de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), mantuvo viva esa reivindicación hasta la fecha en la que el Parlamento de Cataluña dio carta de naturaleza al régimen especial del municipio de Barcelona. Desde ese momento, y con el abandono de la inicial barrera poblacional situada en los 500 000 habitantes, a partir de la cual un núcleo urbano podría considerarse "gran ciudad", se fue fraguando la futura LMMGL[3], basada en el "Informe sobre las Grandes Ciudades y las Áreas de Influencia Urbana", elaborado por el Ministerio de Administraciones Públi-

2. A finales del siglo pasado, con la excepción de Bilbao, cada uno de los municipios que conformaron el entonces denominado G7 superaban los 500 000 habitantes. Bilbao, en el año 2000, contaba con una población ligeramente superior a los 355 000 habitantes, si bien el Gran Bilbao —área urbana que formalmente carecía de reconocimiento legal o reglamentario alguno— alcanzaba los 800 000, superando así la población con la que contaba el área metropolitana de Zaragoza. Esta circunstancia, además de evidentes motivos políticos, fue la que justificó su incorporación al grupo.

3. Véanse Galofré Crespi (2004) y Rodríguez Álvarez (2004).

cas[4], que finalmente fue aprobado por el Pleno del Senado a finales del mes de marzo de 2003[5], recogiendo ya un nuevo enfoque del término "gran ciudad", auspiciado por la FEMP. Su presidenta, en la comparecencia que realizó ante la Comisión de las Entidades Locales del Senado, manifestó[6] que "estamos hablando de que no debemos [...] quedarnos en un parámetro de población para definir y acotar a qué grandes ciudades nos referimos. No. Habrá que adoptar también otros parámetros".

2
Ámbito de aplicación del título X de la LBRL

Con la modificación introducida, a propuesta de la FEMP, en el Informe del Ministerio de Administraciones Públicas, avalado por la casi totalidad del arco parlamentario, incluidos los partidos políticos mayoritarios, finalmente, el artículo 121 de la LMMGL recogió una clasificación de los municipios de gran población *per se*, en la que se incluyen aquellos que cuentan con más de 250 000 habitantes o que siendo capitales de provincia superan los 175 000 habitantes; y otra abierta, a iniciativa del respectivo ayuntamiento, y mediante acuerdo expreso del correspondiente órgano legislativo autonómico, quien *per áccidens* puede autorizar la aplicación del título X de la LBRL a municipios que, con independencia del número de habitantes, sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas; y también a los que, en este caso superando los 75 000 habitantes, presenten circunstancias especiales de orden económico, social, histórico o cultural. En definitiva, la regulación uniforme del municipio, si excluimos los que funcionan en régimen de concejo abierto, con la LMMGL se partió en dos, apareciendo, junto al sistema organizativo común, un nuevo régimen para los municipios de mayor tamaño poblacional o que cuenten con una especial relevancia sociopolítica.

Este nuevo régimen organizativo, a pesar de estar pensado para ayuntamientos de gran población e inspirado en la Carta Municipal de Barcelona, se extiende a municipios de tamaño medio que, finalmente, han de contar

4. Rodríguez Álvarez (2002).
5. Diario de Sesiones del Senado. Núm. 129. Año 2003. Sesión del Pleno celebrada el miércoles 26 de marzo de 2003. De la Comisión de las Entidades Locales en relación con el Informe sobre las Grandes Ciudades y las Áreas de Influencia Urbana. Se aprueba el informe, con la propuesta de modificación, por 179 votos a favor, 1 en contra y 13 abstenciones.
6. Diario de Sesiones del Senado. Núm. 388. Año 2002. Comparecencia de Dña. Rita Barberá Nolla, presidenta de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), para tratar sobre el Informe sobre las Grandes Ciudades (número de expediente 713/000738).

con un sistema organizativo complejo y, a la vez, uniforme (esa es la debilidad de la nueva regulación), que obliga, por ejemplo, a seccionar la ciudad en distritos o a contar con determinados órganos directivos.

Así, con la regulación establecida por la LMMGL, Ferrol[7], muy prontamente, contando con poco más de 75 000 habitantes en el año 2004 (actualmente no llegan a los 66 000), bajo el paraguas de presentar "circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales", o Gandía[8], con unos 80 000 habitantes en el año 2010 (actualmente con algo menos de 75 000), "por las relevantes características de un municipio que históricamente ha actuado como ciudad central de servicios y centro cultural para las localidades de su entorno", fueron, a instancia de sus respectivos ayuntamientos, declarados municipios a los que resulta de aplicación el régimen establecido en el título X de la LBRL. Del mismo modo, Mérida[9], por su particularidad de ser capital autonómica, con poco más de 50 000 habitantes en el año 2004 (actualmente unos 60 000), o Cuenca[10], en este caso por su condición de capital de provincia, con apenas 47 000 habitantes en 2004 (actualmente unos 54 000), fueron, igualmente, declarados, previa adopción de los correspondientes acuerdos plenarios, municipios a los que se aplica el nuevo régimen organizativo creado por la LMMGL.

Los ejemplos anteriores, referidos a municipios de entre 50 000 y 100 000 habitantes, contrastan de manera evidente con las cifras de población que ofrecen, a día de hoy, las grandes ciudades españolas: Madrid (más de 3 000 000 de habitantes), Barcelona (1 600 000), Valencia (cerca de 800 000), Sevilla y Zaragoza (casi 700 000) o Málaga (más de 500 000); pero, yendo más allá, algunos de los medianos municipios a los que se aplica la LMMGL ni siquiera son equiparables a los grandes distritos de las ciudades con mayor población: Carabanchel, en Madrid, cuenta con unos 260 000 habitantes, y el barcelonés distrito de L´Eixample se acerca a los 270 000 ciudadanos empadronados.

7. Ley 4/2004, de 28 de junio, para la aplicación a los municipios de Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra y Santiago de Compostela del régimen de organización de los municipios de gran población. Diario Oficial de Galicia. Núm. 130, de 7 de julio de 2004.

8. Ley 5/2010, de 28 mayo, por la que se establece la aplicación al municipio de Gandía del régimen de organización de los municipios de gran población. Diario Oficial de la Comunidad Valenciana. Núm. 6281, de 3 de junio de 2010.

9. Ley 8/2004, de 23 de diciembre, para la aplicación al municipio de Mérida, capital de Extremadura, del régimen de organización de los municipios de gran población contemplado en el título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, modificada por Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. Diario Oficial de Extremadura. Núm. 151, de 30 de diciembre de 2004.

10. Ley 10/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Cuenca del régimen de organización de los municipios de gran población. Diario Oficial de Castilla-La Mancha. Núm. 247, de 30 de diciembre de 2004.

La variopinta casuística de posibles municipios mal denominados de gran población (derivada de la introducción, a propuesta de la FEMP, de una visión excesivamente ancha del término "gran ciudad") no fue seguida de la adaptación del régimen organizativo que, previamente, había diseñado el Ministerio de Administraciones Públicas para las grandes ciudades; así, el encorsetado conjunto de peculiaridades organizativas que imponía la reforma resultó de obligado cumplimiento, con escaso margen de maniobra, en todos los municipios a los que *per se* o *per áccidens* se aplica el título X de la LBRL. Es decir, los municipios de Mérida o Cuenca, del mismo modo que los de Madrid o Barcelona, a pesar de sus notorias diferencias y por paradójico que resulte, "deberán" estar territorialmente divididos en distritos —con ese término imperativo lo establece el artículo 128 de la LBRL—, y dotados de órganos para la gestión desconcentrada de los asuntos municipales, que precisarán de unos medios personales, materiales y presupuestarios adecuados; o también "existirá" —al establecerlo categóricamente el artículo 137 siguiente de la LBRL— un órgano especializado, compuesto por, al menos, tres miembros de reconocida competencia técnica, encargado de la resolución de las reclamaciones contra los actos municipales de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos e ingresos de derecho público, que, también, habrá de contar con los recursos humanos y materiales adecuados para el desarrollo de la función que tiene encomendada.

Ese sistema organizativo abotonado, que dificulta enormemente cualquier adaptación, inicialmente diseñado para las mayores metrópolis españolas, debería haberse revisado antes de su envío a las Cortes Generales o rediseñado durante su tramitación parlamentaria; pero lo cierto es que, en el momento de la aprobación de la LMMGL, la VII legislatura tocaba a su fin, y apenas un mes después, mediando asimismo el periodo navideño, en concreto el 20 de enero de 2004, el BOE publicó el Real Decreto 100/2004, de 19 de enero, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones generales, las cuales tuvieron lugar el 14 de marzo siguiente.

Tampoco —una vez conocida la experiencia resultante de la aplicación práctica de la LMMGL— se aprovechó la gran reforma operada, diez años después, en la LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, para introducir cambios en el régimen de los municipios de gran población[11].

11. Los dos únicos cambios operados por la Ley 27/2013 en el título X de la LBRL consistieron, por un lado, en añadir una nueva letra m) al artículo 127, referido a las atribuciones de la junta de gobierno local, residenciando en ella la competencia para la designación de los representantes municipales en los órganos de gobierno y administración de los entes, sociedades y

Para finalizar el análisis del ámbito de aplicación del título X de la LBRL, aunque solo sea a título meramente recordatorio, dado que suele caer en el olvido, resulta oportuno dejar constancia de que la LMMGL introdujo una nueva disposición adicional decimocuarta en la LBRL, en virtud de la cual también resulta de aplicación el régimen especial de los municipios de gran población, aunque con determinadas particulares, a los cabildos insulares canarios que cuenten con más de 175 000 habitantes (Gran Canaria y Tenerife), y a los que, contando con más de 75 000, previa solicitud expresa de los respectivos plenos, así lo decida, mediante ley, el Parlamento canario[12].

3
Peculiaridades organizativas de los municipios de gran población y diferenciadoras de los de régimen común

De la regulación establecida en el título X de la LBRL, comprensivo de los artículos 121 a 138, dejando al margen aquellas cuestiones que no son propiamente de carácter organizativo, como pudiera ser la referencia a la Conferencia de Ciudades (artículo 138), se puede colegir que los municipios de gran población, frente a los del régimen común o general, presentan, al menos, las siguientes peculiaridades:

3.1.– Un alcalde, ahora elevado al tratamiento de excelencia[13], que no obstante la adornada literatura del artículo 124 de la LBRL, en realidad, respecto de los alcaldes de los pequeños y medianos municipios, ve mermadas sus atribuciones en favor de la junta de gobierno local. Así, los regidores de

fundaciones en los que participe el ayuntamiento; y, por otro, en modificar los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 130 para el nombramiento de coordinadores y directores generales.

12. Ley 5/2005, de 11 de noviembre, de integración del Cabildo Insular de La Palma en el régimen previsto en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (Boletín Oficial de Canarias. Núm. 228, de 21 de noviembre de 2005), y Ley 2/2006, de 7 de febrero, de integración del Cabildo Insular de Lanzarote en el régimen previsto en la Ley 7/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (Boletín Oficial de Canarias. Núm. 31, de 14 de febrero de 2006).

13. La nueva regulación del tratamiento de los alcaldes de los municipios incluidos en el ámbito de aplicación de la LMMGL que hace el artículo 124-3 deroga, en cuanto la contradiga, la establecida en el artículo 19 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, que establece que "los Alcaldes de Madrid y Barcelona tendrán tratamiento de Excelencia; los de las demás capitales de provincia, tratamiento de Ilustrísima; y los de los Municipios restantes, tratamiento de Señoría. Se respetan, no obstante, los tratamientos que respondan a tradiciones reconocidas por disposiciones vigentes".

los grandes núcleos de población no conceden licencias o carecen de competencia alguna en materia de contratación[14].

Este desapoderamiento competencial, reconocido expresamente en la exposición de motivos de la LMMGL, tiene por objeto configurar al alcalde, a imagen y semejanza de los presidentes de los Gobiernos central y autonómicos, como responsable de la dirección política, el gobierno y la administración municipales, dotando a la junta de gobierno local, como contrapartida, de amplias competencias de naturaleza ejecutiva.

3.2.– Una junta de gobierno local —de la que inicialmente, queriendo reforzar así su condición de órgano ejecutivo y de dirección política, podían formar parte personas que no ostentaban la condición de concejal—[15], que, al contrario de la de los municipios de régimen común, cuenta con amplias competencias propias en materias de personal, contratación o urbanismo, y que, sobre todo, se reserva la iniciativa en materias presupuestaria y reglamentaria; aprobando los proyectos de ordenanzas y reglamentos, incluidos los orgánicos —salvo el que regula el funcionamiento del pleno y sus comisiones—, el proyecto de presupuesto y los proyectos de ordenación urbanística.

3.3.– Un régimen competencial del pleno, notablemente vaciado de contenido respecto del de los municipios de régimen común, prácticamente desprovisto de atribuciones de naturaleza ejecutiva, que, básicamente, se limita a la aprobación de las disposiciones de carácter general: es decir, los presupuestos anuales, las ordenanzas y reglamentos, y los planes urbanísticos; de tal manera que, en la parte de los plenos ordinarios dedicada al control y fiscalización de los órganos de gobierno, habitualmente son comunes, y ocupan la mayor parte del tiempo de las sesiones, las mociones de contenido político, carentes de fuerza ejecutiva, que pocas veces tienen algo que ver con la vida de la ciudad o con el mundo local en general.

El pleno, por extraño que pueda parecer, puede ser presidido por un concejal delegado, reservándose el alcalde no presidente la facultad de re-

14. El apartado 4 de la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establece que "en los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales".

15. Véase De los Mozos Touya (2013). La autora analiza críticamente la STC 103/2013, por la que se declara inconstitucional el inciso: "El Alcalde podrá nombrar como miembros de la Junta de Gobierno local a personas que no ostenten la condición de concejales, siempre que su número no supere un tercio de sus miembros, excluido el Alcalde", del párrafo segundo, del artículo 126.2 de la LBRL, en la redacción dada por la LMMGL.

solver los empates en las votaciones; ya que el ejercicio del voto de calidad resulta ser una función indelegable[16].

3.4.– Unas comisiones del pleno que —junto a las funciones originarias, por un lado, de estudio e informe de los asuntos que hayan de someterse a la consideración del pleno, y por otro, del seguimiento de la gestión del alcalde y de su equipo de gobierno— pueden asumir, por delegación, algunas de las competencias residenciadas en el pleno; curiosa paradoja si, como ya se refirió anteriormente, el pleno de los municipios de gran población ha visto significativamente mermadas sus competencias.

Aunque nada se diga al respecto, las comisiones del pleno, cuando adopten acuerdos por delegación de este —extremo inhabitual en la práctica de los medianos municipios—, deberían, al menos en esa parte, tener carácter público; manteniéndose así el mismo requisito establecido, con carácter general, en el artículo 70.1 de la LBRL para la celebración de las sesiones plenarias.

3.5.– Un nuevo reparto de las funciones reservadas a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (en adelante FHN), en materias de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, de tal manera que aparecen como cargos obligatorios, sin posibilidad de acumulación[17], dos secretarios municipales, uno que lo es del pleno y otro de "apoyo" a la junta de gobierno local y a su concejal-secretario. Este último, dadas sus evidentes interferencias con el titular de la asesoría jurídica, se limita a "asistir" al concejal-secretario, cursar, archivar y custodiar las convocatorias de las sesiones, los órdenes del día y las actas, y velar por la correcta notificación de los acuerdos.

Junto a los anteriores FHN, y también configurado como órgano directivo, aparece el interventor general municipal como responsable del control y de la fiscalización interna, en su triple acepción de función interventora, de control financiero y de control de eficacia. Por el contrario, como luego se verá, desaparece el tradicional tesorero municipal, y sus funciones, junto con otras que se detraen de las atribuidas a la intervención (la contabilidad)[18],

16. Así se desprende de la redacción del artículo 124.5 de la LBRL, que posibilita que el alcalde pueda delegar sus competencias, con excepción de las señaladas en los apartados b), e), h) y j) del apartado 4 anterior; así como las de dictar bandos, convocar y presidir la junta de gobierno local, y decidir los empates con voto de calidad.

17. El artículo 50 del Real Decreto 128/2015, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, únicamente posibilita que el órgano competente de la comunidad autónoma respectiva pueda autorizar a estos funcionarios a "desempeñar asimismo en otra entidad local las funciones reservadas a la misma u otra subescala o categoría".

18. El artículo 133 de la LBRL establece, en su apartado b), que la gestión económico-financiera se ajustará, entre otros, al principio de "separación de las funciones de contabilidad y de fiscalización de la gestión económico-financiera". Este principio, específico para los municipios

pasan a ser desempeñadas por el órgano u órganos encargados de la gestión económico-financiera y presupuestaria.

3.6.– La asesoría jurídica, órgano directivo y obligatorio que asiste al alcalde, a la junta de gobierno local y a los restantes órganos directivos, "sin perjuicio de las funciones reservadas al secretario del Pleno"[19], y que tiene encomendadas funciones de asesoramiento jurídico y de representación y defensa en juicio del ayuntamiento. Su titular deberá contar con la doble condición de estar en posesión del título de licenciado en Derecho y tener la condición de funcionario de carrera de una Administración pública, para cuyo ingreso se exija el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente o ser un FHN, también licenciado en Derecho, de cualquiera de las subescalas y categorías.

3.7.– El órgano encargado de la gestión económico-financiera y presupuestaria, que, sin estar expresamente configurado como órgano directivo, realiza las funciones de presupuestación, contabilidad, tesorería y recaudación. Este órgano genérico, a modo de efecto acordeón, es susceptible de división en varios órganos, independientes entre sí, en los que se puede trocear la gestión económico-financiera y presupuestaria; y sus titulares, con excepción del que desarrolle la función de presupuestación, han de tener la condición de FHN. Llama la atención que el titular o titulares de este órgano u órganos, de manera deliberada, no figuren expresamente en la relación de órganos directivos que contiene el artículo 130 de la LBRL, ya que esta circunstancia fue objeto de un amplio debate, suscitado, en su día, por el Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local. No obstante la "omisión" a la que nos referimos, en principio, pudiera clarificarse en el propio reglamento orgánico municipal que concrete "la determinación de los niveles esenciales de la organización municipal, entendiendo por tales las grandes áreas de gobierno, los coordinadores generales, dependientes directamente de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordinación de las distintas Direcciones Generales u ór-

de gran población, no es aplicable a los de régimen común, en los que el interventor (artículo 4 del Real Decreto 128/2018, por el que se regula el régimen jurídico de los FHN) asume tanto la función de control y fiscalización interna como la de contabilidad.

19. Así lo expresa literalmente el artículo 129 de la LBRL. Sin embargo, en cuanto a la función de asesoramiento legal preceptivo —es decir, el exigido en una disposición de carácter general— que la normativa vigente atribuye al secretario municipal —por ejemplo, en la aprobación, modificación y derogación de convenios, o en las aprobaciones de instrumentos de planeamiento y gestión urbanística (artículo 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los FHN)—, cuando la aprobación corresponde a la junta de gobierno local, el conflicto o la interferencia no se produce con el secretario general del pleno, sino entre el secretario técnico de la junta de gobierno local y el titular de la asesoría jurídica, ya que es a este a quien el artículo 129 de la LBRL atribuye la responsabilidad del asesoramiento jurídico a la junta de gobierno local.

ganos similares que culminen la organización administrativa"[20]. La cuestión, sin embargo, no es baladí, dado que la Dirección General de Estabilidad Presupuestaria y Gestión Financiera Territorial, dependiente del Ministerio de Hacienda, viene denegando en los últimos meses, en contra de una práctica anterior, la autorización previa, a la que se refiere el artículo 92 bis de la LBRL, para la provisión por el sistema de libre designación de puestos del área económica reservados a los FHN, al considerar que no aparecen configurados, de forma expresa, como órganos directivos en la LMMGL[21].

3.8.– El órgano de gestión tributaria, concebido como un órgano de carácter voluntario, de naturaleza directiva, que se crea por acuerdo plenario y tiene por finalidad la gestión eficiente, suficiente, ágil y unitaria del sistema tributario municipal, a modo, por decirlo así, de una especie de agencia tributaria. Su instauración implica que las competencias en materia de recaudación, inicialmente atribuidas al órgano encargado de la gestión económico-financiera y presupuestaria, quedarán adscritas, así como su titular, al órgano de gestión tributaria; quien, además, tendrá encomendada la gestión, liquidación y revisión de actos de naturaleza tributaria, el análisis y diseño de la política global de ingresos tributarios, y la propuesta de elaboración e interpretación de las normas municipales en la materia de referencia.

El artículo 135 de la LBRL no establece requisito alguno para el nombramiento del titular de este órgano, con lo que cabría entender que su provisión debería realizarse —al igual que ocurre con los coordinadores y directores generales— atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera de una Administración pública, incluidos los FHN, que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1; salvo que el pleno, al determinar, mediante reglamento orgánico, los niveles esenciales de la organización municipal, permita, en atención a las características del puesto, que su titular no sea funcionario público[22].

20. Artículo 123.1.c), párrafo séptimo. La referencia final a los órganos similares que culminen la organización administrativa es la que, en virtud de la potestad de autoorganización del municipio, daría pie a que, mediante reglamento orgánico, se pudiera configurar como directivo el órgano u órganos de la gestión económico-financiera y presupuestaria.

21. Sirva de ejemplo la Resolución de 11 de marzo de 2021 de la referida Dirección General —recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y pendiente de sentencia—, en la que se manifiesta que se resuelve "no autorizar la provisión del puesto [...] por libre designación", con el argumento de "que no consta que el puesto de trabajo de Director de Gestión Económica Financiera y Presupuestaria entre los calificados como órganos directivos por la legislación vigente, no cabría colegir tal condición al titular de dicho puesto de trabajo, aunque figure con esa denominación en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico del Ayuntamiento de Santander".

22. Por ejemplo, el Reglamento Orgánico de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración del Municipio de Santander, en su artículo 59, referido al órgano de gestión tributaria, tras atribuir la función de recaudación al titular del órgano de gestión tributaria, establece que "el titular de dicho órgano, que recibirá la denominación de

El Tribunal de Cuentas, para los casos en los que el titular del órgano de gestión tributaria asume directamente la función de recaudación, al estar reservada esta función a los FHN de la subescala de intervención-tesorería, entiende que "en aquellos municipios que se rigen por el régimen de organización del título X de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local, y de no haberlo hecho con anterioridad, debería formalizarse en reglamento orgánico la adaptación de su estructura organizativa al citado régimen; en caso de haber optado por la constitución de un órgano de gestión tributaria, debería crearse en su estructura un puesto reservado a funcionarios con habilitación nacional con la finalidad de hacer efectiva la adscripción al mismo [de] la gestión recaudatoria municipal; y asimismo, deberían adoptarse las medidas necesarias para garantizar la adecuada segregación del ejercicio de las funciones de gestión recaudatoria y de contabilidad de las operaciones resultantes de la misma"[23].

3.9.– El órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, ideado como un órgano obligatorio, y compuesto por un número impar de miembros, con un mínimo de tres, designados, entre personas con reconocida competencia técnica, por acuerdo plenario adoptado por la mayoría absoluta legal de sus integrantes. Sus funciones son el conocimiento y la resolución de las reclamaciones contra los actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos y otros ingresos de derecho público de la competencia municipal; así como el dictamen de los proyectos de ordenanzas fiscales y la emisión de estudios y propuestas en materia tributaria que les sean requeridos por los órganos municipales competentes.

La naturalización de las reclamaciones económico-administrativas ante un órgano municipal supone, por un lado, una novedad no prevista en el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales que, incluso, entra en conflicto con la regulación establecida en su artículo 14.2, que señala que contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de derecho público "solo" podrá interponer-

Director de Ingresos Públicos Municipales, será nombrado libremente por la Junta de Gobierno Local, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada. No obstante, las funciones de recaudación, deberán ser desempeñadas por un funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional". Boletín Oficial de Cantabria. Núm. 207, de 26 de octubre de 2004.

23. Recomendación Séptima del Informe núm. 1182 del Tribunal de Cuentas, de fiscalización de la gestión recaudatoria en ayuntamientos de municipios con población comprendida entre los 5000 y 100 000 habitantes de las comunidades autónomas sin órgano de control externo, aprobado por Resolución de 26 de junio de 2017 por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas. BOE núm. 187, de 7 de agosto de 2017. Entre los municipios objeto del informe figuran los de Lorca, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara, Talavera de la Reina y Toledo, todos ellos configurados como de gran población.

se recurso de reposición[24]; y, por otro, supone que los ciudadanos de los municipios a los que resulta aplicable el título X de la LBRL —posiblemente contraviniendo el principio de igualdad, constitucionalmente protegido— cuentan con el privilegio o regalía de disponer de una doble vía de recurso en sede municipal, de tal manera que podrán formular recurso de reposición ante el órgano que dictó el acto, antes de interponer la reclamación económico administrativa, que es la que, en estos municipios, pondría fin a la vía administrativa, al contrario de lo que ocurre en los municipios de régimen común, en los que (dejando aparte los supuestos excepcionales, por razón de la materia, en los que cabe recurso ante los tribunales económico-administrativos autonómicos, dependientes de la Administración del Estado)[25] el recurso de reposición es obligatorio y su resolución pone fin a la vía administrativa.

La concreción de la organización y funcionamiento de los tribunales económico-administrativos municipales, sin perjuicio de su obligatoria adaptación a lo establecido en la Ley General Tributaria y su desarrollo reglamentario, corresponde a los reglamentos orgánicos que aprueben los respectivos plenos municipales, y su funcionamiento deberá basarse en criterios de independencia técnica, celeridad y gratuidad.

3.10.– Los coordinadores generales de cada área o concejalía, y los directores generales u órganos similares que culminan la organización administrativa dentro de esas grandes áreas o concejalías. Concebidos como órganos directivos, en número variable y no obligatorios, su nombramiento deberá efectuarse, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, las comunidades autónomas, las entidades locales, incluidos los FHN, que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1; salvo que el pleno, al determinar los niveles esenciales de la organización municipal, permita, en atención a las características específicas del puesto directo, que su titular no sea funcionario: en cierto modo, estos órganos directivos no son ajenos a la regulación tradicional del régimen local, ya que el pretérito Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, ya preveía, para los supuestos de gestión directa de servicios sin órgano es-

24. La LMMGL introdujo en la LBRL una disposición adicional undécima, estableciendo que "las disposiciones contenidas en el título X para los municipios de gran población prevalecerán respecto de las demás normas de igual o inferior rango en lo que se opongan, contradigan o resulten incompatibles", lo que disipa, es este caso, cualquier duda interpretativa en la controversia que pudiera plantear la norma general frente a la especial.

25. El apartado 6 del artículo 137 de la LBRL, para disipar toda clase de dudas al respecto, aclara que "las reclamaciones reguladas en el presente artículo se entienden sin perjuicio de los supuestos en los que la ley prevé la reclamación económico administrativa ante los Tribunales Económico-Administrativos del Estado".

pecial, el nombramiento de administradores, entre funcionarios de plantilla, y de gerentes, entre personas especialmente capacitadas; planteamiento que continúa vigente, con una regulación parecida, en los municipios de régimen común, según establece el artículo 85 bis de la LBRL, introducido también por la LMMGL; aunque, en el pequeño municipio, no están configurados como órganos directivos.

3.11.– El consejo social de la ciudad, integrado por representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos, que es de carácter obligatorio y que, además de las funciones que pueda encomendarle el Pleno del ayuntamiento, a través del correspondiente reglamento orgánico, emitirá informes, estudios y propuestas en materias de desarrollo económico del municipio, la planificación estratégica de la ciudad y sobre los grandes proyectos urbanos.

3.12.– La comisión especial de sugerencias y reclamaciones, concebida como órgano obligatorio en los municipios de gran población, que facultativamente, según establece el artículo 20 de la LBRL, también pueden crear los restantes municipios mediante acuerdo plenario, adoptado por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, o cuando así lo disponga expresamente su reglamento orgánico. La comisión estará formada por representantes de todos los grupos municipales, en proporción al número de sus integrantes. Su función es la defensa de los derechos de los vecinos, pudiendo supervisar la actividad de la Administración municipal, y deberá elaborar un informe anual sobre las quejas presentadas y las deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios municipales, especificando las sugerencias y recomendaciones que no hayan sido aceptadas por la Administración municipal. También podrá realizar informes extraordinarios por razón de la urgencia o la gravedad de los hechos. Los órganos de gobierno y de la Administración municipal tienen el deber de colaborar con esta Comisión Especial en el desarrollo de sus funciones.

3.13.– Los distritos, planteados como divisiones territoriales obligatorias, dotadas de órganos desconcentrados, sin perjuicio de la unidad de gobierno en la gestión del municipio, para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales. Su creación corresponde al pleno de la corporación, quien concretará en una norma de carácter orgánico el porcentaje mínimo de recursos presupuestarios cuya gestión corresponderá a los distritos. La presidencia recaerá en un concejal, con el alcance y las delegaciones que, en cada caso, concrete el alcalde.

4
Otras particularidades organizativas de los municipios de gran población establecidas con posterioridad a la entrada en vigor de la LMMGL

Junto a las peculiaridades organizativas concretadas en la LMMGL, diferentes disposiciones legales han seguido completando el régimen de los municipios de gran población, aunque, en líneas generales, los extremos introducidos carecen de verdadera relevancia organizativa, o incluso su vigencia resultó efímera. Sin entrar en el análisis de las referencias a los grandes municipios en las distintas normas autonómicas, en la normativa estatal destacan las siguientes:

4.1.– Por Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, se modificó —aunque por razón de la materia nada tenía que ver— el artículo 53 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, posibilitando que por acuerdo plenario, en los grandes municipios, pudieran asignarse las funciones de ordenación, señalización y dirección del tráfico en el casco urbano a agentes distintos de los miembros de los cuerpos de Policía Local, subordinados a estos y no integrados en las fuerzas y cuerpos de seguridad.

4.2.– El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, modificó el artículo 38 de la hoy derogada Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, estableciendo que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podían presentarse, entre otros, "en los registros de los Ayuntamientos de los Municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985". Esta medida tuvo una aplicación muy limitada en el tiempo, y tras la publicación y entrada en vigor de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, todos los registros electrónicos del sector público constituyen oficinas válidas para la presentación de documentos[26].

26. El párrafo final del artículo 16.4 de la LPCAP concreta, además, que "los registros electrónicos de todas y cada una de las Administraciones, deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros".

4.3.– Por último, 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 (LCSP), estableció, en su artículo 46.4, la posibilidad de que los ayuntamientos a los que resulta aplicable el título X de la LBRL puedan crear órganos para la resolución del recurso especial en materia de contratación, y concretó, en sus disposiciones adicionales segunda y tercera, una regulación específica para estos municipios; estableciendo, por un lado, que las contrataciones, con independencia de la cuantía y la duración del contrato, a diferencia de lo señalado para los municipios de régimen común, son de la exclusiva competencia de la junta de gobierno local; y, por otro, que corresponde al titular de la asesoría jurídica, además de formar parte de las mesas de contratación, la emisión de los informes para la aprobación de los expedientes de contratación, de modificación de los contratos, de revisiones de precios y de prórrogas, del mantenimiento del equilibrio económico, y sobre la interpretación y resolución de los contratos; atribuciones, todas ellas, reservadas al secretario municipal en los municipios de régimen común. Igualmente, estas disposiciones adicionales, por un lado, residencian en el pleno del ayuntamiento de los grandes municipios, únicamente, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales, y por otro, atribuyen al titular del órgano de apoyo al concejal secretario de la junta de gobierno local la coordinación de las obligaciones de publicidad e información establecidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

5
Las particularidades organizativas que plantean disfunciones y dificultades pragmáticas en los municipios de tamaño intermedio a los que resulta de aplicación el título X de la LBRL

Del conjunto de especialidades o particularidades organizativas de los municipios de gran población, descritas en los dos apartados anteriores (que, se insiste, nunca fueron concebidas para su implantación en ayuntamientos con población inferior a 500 000 habitantes), no presentan mayor conflictividad en los municipios de tamaño poblacional y/o territorial intermedio las siguientes: la figura del máximo regidor, desapoderado competencialmente; la junta de gobierno local, concebida como verdadero órgano ejecutivo; el pleno, transformado en órgano al que compete poco más que la aprobación de las normas reglamentarias y el control de los órganos de natura-

leza ejecutiva; las comisiones, que pueden asumir delegaciones resolutivas efectuadas por el pleno; el reparto de competencias entre la intervención general, el/los órgano/s encargados de la gestión económico-financiera y presupuestaria y el órgano de gestión tributaria (acertadamente concebido este último como órgano voluntario); los coordinadores y los directores generales, con claros antecedentes en la pretérita regulación de los servicios locales; la comisión especial de sugerencias y reclamaciones; o que, finalmente, puedan convivir con los miembros de los cuerpos de Policía Local otros agentes con funciones específicas y no exclusivas en materia de ordenación del tráfico urbano.

Sin embargo, sí es de matizar que, junto a la desaparecida excentricidad de que pudieran ser miembros de la junta de gobierno local personas carentes de la condición de concejal (planteamiento claramente contrariado con el principio constitucional de que el gobierno y la administración del municipio corresponden al alcalde y los concejales), en los municipios de tamaño intermedio (piénsese en ayuntamientos de poco más de cincuenta mil habitantes en los que el número de concejales asciende a 25) carece de sentido que el alcalde pueda delegar la presidencia del pleno en un concejal, o que el pleno, en relación con un asunto delegable, haga lo propio en una comisión.

En cambio, y sobre todo por la inflexibilidad de la norma, sí tienen difícil encaje en los municipios de tamaño intermedio —y en mayor medida cuantos menos habitantes, extensión territorial y recursos humanos y económicos tengan— la coexistencia de dos secretarios municipales y un asesor jurídico; un órgano complejo para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas; los distritos y, en menor medida, el consejo social de la ciudad.

5.1.– Acerca del triunvirato asesor. Plantear como órganos obligatorios —todos ellos necesarios y con carácter directivo— el de asesoramiento legal al pleno y sus comisiones (FHN), el de apoyo a la junta de gobierno local y al concejal secretario (FHN) y el de asistencia jurídica al alcalde, a la junta de gobierno local y a los órganos directivos, supone, al menos en los municipios de tamaño intermedio, recargar innecesariamente el aparato administrativo con órganos cuya distribución competencial resulta, en muchos casos, sinuosa, y plantea, dada la escasez de habilitados nacionales, problemas en relación con su provisión.

Así, el director jurídico asesora al alcalde, y, a su vez, tanto el secretario técnico de la junta de gobierno local como el secretario del pleno también le asisten cuando el alcalde actúa como presidente de esos órganos. O el concejal-secretario cuenta con el doble asesoramiento del director jurídico y del secretario técnico; a la vez que el director jurídico ostenta la "representación y defensa en juicio del ayuntamiento", siendo un cargo cuyo nombramiento

corresponde a la junta de gobierno local. O por qué la nueva normativa reguladora de los contratos de las Administraciones públicas deja al secretario técnico al margen de la formación de los expedientes de contratación, y atribuye al director jurídico la emisión de informes y la participación en las mesas de contratación. Todas esas cuestiones, y tantas otras que se pueden plantear, suscitan la doble pregunta de por qué son necesarios los tres órganos, y por qué no se posibilitó que, en virtud del principio de autoorganización, el secretario técnico pudiera, por ejemplo, acumular las funciones del director jurídico, o que el secretario del pleno también pudiera serlo, a su vez, de la junta de gobierno local. A mi juicio, más allá del anhelo de los grandes municipios de configurar la organización municipal en base a una división real entre un órgano de debate al que corresponde adoptar las grandes decisiones estratégicas (presupuestos, planeamiento urbanístico y normas reglamentarias) y un órgano de gobierno de naturaleza claramente ejecutiva, no hay razón técnico-jurídica alguna que justifique la obligatoria existencia del triunvirato asesor y su reparto competencial. Así las cosas, y máxime en determinadas circunstancias, la pregunta cuya contestación queda finalmente en el aire es por qué un ayuntamiento de 75 000 habitantes cuyo funcionamiento se rige por el título X de la LBRL ha de contar con un secretario del pleno y otro de apoyo al concejal secretario del órgano ejecutivo, mientras que en el organigrama de un ayuntamiento de régimen común que cuenta con una población de 150 000 habitantes, es decir, el doble del otro, solo figurará el secretario general del ayuntamiento, que lo es tanto del pleno como de la junta de gobierno; y máxime cuando en ambos casos, por estar incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 111 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, la provisión de esos puestos podría realizarse por el sistema de libre designación, en cuyo caso la convocatoria y la resolución del procedimiento corresponderían siempre al presidente de la corporación[27].

Posibilitar que el secretario técnico asuma las funciones del asesor jurídico, o que el secretario del pleno acumule las raquíticas funciones que el apartado 4 del artículo 126 de la LBRL atribuye al referido secretario técnico de apoyo al concejal-secretario, son alternativas que, además de redundar en la potestad de autoorganización del municipio, facilitarían la aplicación práctica del régimen jurídico establecido en la LMMGL en los municipios de tamaño intermedio. Igualmente, la carga burocrática que comporta la emisión de informes en la preparación, adjudicación, ejecución, modificación, suspensión, extinción o cesión de los contratos no parece encontrar el adecuado encaje

27. Artículo 6 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los FHN, en relación con el apartado 6 del artículo 92 bis de la LBRL y el 111 de la LRHL.

en el órgano de asesoramiento jurídico al alcalde, la junta de gobierno local y los órganos directivos; en cambio, sí lo tendría en la figura del secretario técnico de apoyo al concejal-secretario, habilitado nacional que, de manera natural, interviene en la supervisión final de los expedientes administrativos, constatando que están completos y resulta procedente elevarlos a la consideración del órgano ejecutivo. Esta solución, a la postre, sería coincidente con la establecida en la propia LCSP para los municipios de régimen común.

5.2.– Sobre los tribunales económico-administrativos locales (TEA). Amén de la dudosa constitucionalidad de que los habitantes de los municipios a los que resulta aplicable la LMMGL, a diferencia de quienes tienen su vecindad en un ayuntamiento de régimen común, cuenten, en sede administrativa, con una vía adicional para la formulación de recursos en materia tributaria —extremo nunca analizado por el Tribunal Constitucional desde el punto de vista de la posible vulneración del principio de igualdad, ya que, en las sentencias recaídas en los diferentes recursos de inconstitucionalidad planteados contra la LMMGL, lo que se analizó y declaró ajustado al reparto constitucional de competencias en materia de régimen local se limitó a señalar que la creación, por ley estatal, del órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas no invade las competencias de las comunidades autónomas—, lo cierto es que este novedoso tribunal administrativo local implica la selección de, al menos, tres personas de "reconocida competencia técnica" y, por razones prácticas, sus respectivos suplentes, a fin de poder formar sala en los supuestos de enfermedad, ausencia o concurrencia de causa de abstención legal de alguno de sus miembros[28]. Con este número de integrantes, además del aparato burocrático necesario para la tramitación de los recursos[29], no resulta inexplicable que muchos de los municipios incluidos en el ámbito de aplicación de la LMMGL, veinte años después de la entrada en vigor de esta norma, aún no hayan creado el órgano de referencia[30].

28. La regulación de la composición del TEA del Ayuntamiento de Santander se encuentra en los artículos 64 y 65 del Reglamento Orgánico de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración del Municipio de Santander (Boletín Oficial de Cantabria núm. 207, de 26 de octubre de 2004). Establecen esos preceptos que el Tribunal estará integrado por tres miembros, de los que el presidente y el secretario habrán de ser licenciados en Derecho, y que se podrán designar hasta un máximo de tres suplentes que actuarán en supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, siendo obligatorio que, en todo caso, actúe un miembro titular.

29. El TEA del Ayuntamiento de Logroño (151 000 habitantes), en los años 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022, admitió a trámite, respectivamente, 298, 209, 124, 149 y 73 reclamaciones. Por su parte, el del Ayuntamiento de Toledo (87 000 habitantes), en el mismo periodo, recibió 162, 161, 51, 103 y 152 reclamaciones (datos obtenidos de las memorias anuales que aparecen en las páginas web de los respectivos ayuntamientos).

30. En el Ayuntamiento de Santander se creó formalmente el TEA por acuerdo plenario de 28 de abril de 2022. Previamente, la Sentencia 191/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santander anuló una providencia de embargo, al considerar —aun ha-

Las dificultades técnico-económicas de los ayuntamientos de tamaño intermedio para la formación de este órgano aconsejan la revisión de la obligatoriedad de su existencia; pero es más, desde la consideración de que su finalidad es la limitación, en cuanto sea posible, de supuestos litigiosos en sede judicial, podría resultar operativa la generalización de los tribunales económico-administrativos siguiendo el acertado ejemplo de la regulación de los tribunales administrativos para la resolución de recursos contractuales: un Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC); posibilidad de que las comunidades autónomas los creen para su ámbito territorial, o atribuir, mediante convenio, la resolución de los recursos al propio TACRC; regulación autonómica, cuando así se crea oportuno, sobre creación de estos tribunales en el ámbito local; y posibilidad directa de su implantación en las diputaciones provinciales y en los municipios de gran población[31]. Esta propuesta, además de contribuir a la reducción de la conflictividad en sede judicial, al generalizar el recurso económico-administrativo en materia tributaria local, disiparía cualquier duda sobre la posible vulneración del principio de igualdad que actualmente, al estar limitada la facultad de su interposición a los habitantes de los grandes municipios, planea sobre la vigente regulación, y al mismo tiempo posibilitaría que los municipios de tamaño intermedio sigan el proceder de su respectiva comunidad autónoma, obviando, si lo consideran oportuno, la implantación de los tribunales económico-administrativos de ámbito municipal.

5.3.– La desconcentración del municipio en distritos. Concebida esta división territorial, según reza la exposición de motivos de LMMGL, como "instrumento esencial para el desarrollo de políticas de proximidad y participación en los municipios altamente poblados, tanto desde la perspectiva de la desconcentración de funciones como desde la de la participación ciudadana", su carácter necesario decae en el municipio de tamaño intermedio por la propia definición que se hace de los distritos, vinculándolos de manera expresa "a los municipios altamente poblados". Y es cierto, es precisamente en estas grandes urbes y no en los medianos municipios, donde, sin lugar a dudas, encuentran razón de ser los distritos como divisiones territoriales para el impulso de la participación ciudadana en los asuntos públicos y para la aproximación de los servicios municipales a quienes son sus perceptores[32];

biéndose puesto de manifiesto que no se había creado el Tribunal— que "lo cierto es que es una previsión legal de obligado cumplimiento y omitir el derecho al recurso al recurrente en vía administrativa es determinante de la nulidad solicitada, debiendo la administración haber facilitado el mismo".

31. Regulación concretada en los artículos 45 y 46 de la LCSP.

32. Las juntas municipales de distrito ya aparecían reguladas en los artículos 128 y 129 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales

piénsese que en Madrid hay un concejal por cada, aproximadamente, 55 000 habitantes, mientras que en Gandía, ya citado anteriormente como municipio de gran población con unos 75 000 habitantes, la proporción baja a un concejal por cada 3200 ciudadanos. Esta notable diferencia es la que justifica que en las grandes urbes resulte más que conveniente el acercamiento de las instituciones a los ciudadanos, posibilitando y estimulando su participación en el asociacionismo vecinal, profesional, cultural, deportivo y de cualquier otra forma de la actividad humana, con el fin último de instituirse en cauce de participación en los asuntos públicos. Es por ello —salvo que existan razones geofísicas evidentes, como ocurre en el caso de Vélez-Málaga[33] (80 000 habitantes), que cuenta con varios núcleos de población y cuyo término municipal, además, está partido en dos, existiendo otro municipio entre ambas franjas territoriales— que los distritos en la gran mayoría de municipios de tamaño intermedio resultan ser divisiones artificiosas.

Los distritos —no debe olvidarse—, por establecerlo imperativamente el artículo 128.2 de la LBRL, han de gestionar, entre todos ellos, un porcentaje, a concretar en una norma de carácter orgánico, de los recursos presupuestarios de la corporación, y ello implica que necesariamente tienen que contar con un órgano de gobierno y una administración del distrito, encargada, al menos, de la gestión de las partidas presupuestarias que les sean asignadas, así como de las competencias que tengan delegadas. Sin embargo, la realidad práctica evidencia que los distritos en los municipios de tamaño intermedio son una mera ficción; así, en el Ayuntamiento de Logroño, cuyas actas se publican en la web municipal, se puede comprobar que en el orden del día de las convocatorias, generalmente, únicamente figuran traslados de información, iniciativas y proposiciones que de manera sistemática "no se presentan", y ruegos y preguntas, en cuyo apartado sí aparecen reflejadas las demandas e inquietudes de las asociaciones de vecinos y de los comerciantes. En el caso del Ayuntamiento de Santander, cuyas actas no se publican, los consejos de distrito se reúnen una vez al año, con un orden del día parecido al anteriormente referenciado. En ambos casos, la regulación establecida por cada ayuntamiento evidencia que no existe una verdadera desconcentración de la gestión de los servicios, y que únicamente se da respuesta al mandato legal de la obligatoria creación de los distritos, atribuyéndoles simples funciones de participación ciudadana en los asuntos municipales. Llama la atención

(Real Decreto 2468/1986) como "órganos territoriales de gestión desconcentrada y cuya finalidad será la mejor gestión de los asuntos de la competencia municipal y facilitar la participación ciudadana en el respectivo ámbito territorial".

33. Fue declarado municipio al que se aplica el título X de la LBRL por Acuerdo de 21 de febrero de 2012, del Pleno del Parlamento de Andalucía, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 48, de 9 de marzo de 2012.

que, en los dos ayuntamientos de referencia, las reuniones de los consejos de distrito se realizan en la casa consistorial, lo que pone de manifiesto que carecen de dependencias adscritas y que las funciones del personal municipal de apoyo al secretario del consejo se limitan a realizar las convocatorias, custodiar las actas, o canalizar las solicitudes de entrevistas con las autoridades municipales.

Caso curioso, y probablemente no único, aun tratándose de un municipio de mayor tamaño que los anteriormente referidos, es el del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, en el que conviven 61 concejos o entidades locales menores con 7 "auzogunes" o consejos territoriales, cuya única finalidad es "promover, canalizar y proponer una reflexión conjunta de las entidades y ciudadanía en torno a los diferentes temas que afectan a la vida de su zona/barrio, informar o llevar propuestas concretas de forma periódica a la comisión política de participación para la deliberación por los diferentes grupos municipales, haciendo así posible una mayor corresponsabilización de los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos del municipio"[34].

A la vista de lo expuesto, y en evitación de divisiones artificiosas, que únicamente pretenden dar cumplimiento a una obligación legal, en los municipios de tamaño intermedio la creación de distritos debería ser facultativa y responder, según se considere oportuno, a una simple fórmula para la participación de los ciudadanos, agrupados en asociaciones reconocidas, en los asuntos públicos; a una verdadera desconcentración de los servicios y competencias municipales; o a ambas finalidades.

5.4.– Sobre el consejo social de la ciudad. Aunque este órgano pudiera parecer novedoso, la realidad es que en muchos ayuntamientos y diputaciones, con bastante anterioridad a la publicación de la LMMGL, se crearon consejos económicos y sociales al amparo de los artículos 69 y 72 de la LBRL, referidos a la información y la participación ciudadana en los asuntos municipales, y 130 y 131 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (Real Decreto 2568/1986), reguladores de los denominados consejos sectoriales.

Las diferencias fundamentales entre el consejo social de los municipios de gran población y los consejos sectoriales son que el primero es de obligatoria creación en todos los municipios incluidos en el ámbito de aplicación del título X de la LBRL y tiene como funciones la emisión de informes, estudios y propuestas en materias de desarrollo urbano, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos; mientras que los segundos son una

34. Artículo 65 del Reglamento de Participación Ciudadana. Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava, núm. 54, de 11 de mayo de 2022.

creación facultativa de los plenos de todos los ayuntamientos, y solo tienen funciones informativas en relación con las iniciativas municipales sectoriales que sean sometidas a su consideración, y además, si así se previera, de elaboración de propuestas. Es esa diferente regulación —es decir, la obligatoriedad de su creación y el ámbito específico de su actuación, referido a la actividad de transformación de la ciudad— la que plantea ciertos problemas, aunque de menor índole, en los municipios de tamaño intermedio, ya que integrar en su composición a representantes de las organizaciones sociales, económicas y profesionales en los núcleos que no cuentan con sedes universitarias, cámaras de comercio o colegios profesionales, parece una labor que entraña ciertas dificultades. La prueba es que siguen existiendo municipios[35], como puede ser el caso de Lugo[36], en los que aún no se ha creado el consejo social de la ciudad y, en cambio, siguen existiendo los consejos sectoriales económico-sociales. La reticencia a su creación no solo deriva de la dificultad que entraña la localización de integrantes con el perfil adecuado, sino también de la carga burocrática y presupuestaria que todo órgano conlleva. Al respecto, no debe olvidarse que muchos órganos similares o equivalentes de las diputaciones provinciales y las comunidades autónomas fueron suprimidos como medida para paliar los efectos de la última crisis económica[37].

6
Conclusión

Tras una larga experiencia, ya cercana a los veinte años, el título X de la LBRL debería ser objeto de revisión, presidida por una regulación más flexible, eliminando los corsés que dificultan su aplicación en los municipios de tamaño intermedio.

35. Véase Barba y Martínez (2004).
36. Artículos 25 a 29 del Reglamento de Participación Ciudadana. Boletín Oficial de la Provincia de 24 de abril de 2000.
37. Medida adoptada, con mayor o menor intensidad, dependiendo de que se haya dispuesto la suspensión o directamente la supresión, al menos, en las comunidades autónomas de Asturias, Cantabria, Islas Baleares y La Rioja. Sirva de ejemplo la Ley 8/2017, de 27 de octubre, de supresión del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 256, de 6 de octubre de 2017. En su Preámbulo se pone de manifiesto que "las actuales circunstancias económicas determinan la necesidad de avanzar hacia una adecuación del sector público, con una mayor austeridad y eficiencia, que conlleva una racionalización y redimensionamiento de las instituciones y organismos públicos, sin que esto suponga una merma del mandato del artículo 9.2 de la Constitución a los poderes públicos de promover las condiciones para facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social".

Por otro lado, dado que, tras la tramitación parlamentaria del proyecto de la LMMGL, el régimen de los grandes municipios se extendió artificiosamente a ayuntamientos muy diversos —extremo que, hoy por hoy, no parece que se pudiera reconsiderar—, debería analizarse la posibilidad de extender el régimen especial (disposición adicional sexta de la LBRL) del que gozan los municipios de Madrid y Barcelona a otros que, por sus cifras poblacionales, pudieran ser considerados verdaderas grandes urbes; manteniendo, para estos nuevos casos, una mayor rigidez organizativa, propia del régimen de "carta".

7
Bibliografía

Ballesteros Fernández, A. (coord.). (2004). *Modernización del Gobierno Local*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Barba Ramos F. J. y Martínez López, F. J. (2004). Los consejos económicos y sociales locales. *Temas Laborales*, 77, 125-169.

De los Mozos Touya, I. (2013). El principio corporativo-representativo en la legislación local: otra relativización constitucional. *Revista General de Derecho Administrativo*, 34.

Galofré Crespi, J. (2004). Génesis y directrices de la Ley. En AA. VV. *La Ley de modernización del gobierno local* (*Estudis*, 17, 9-22). Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals.

Rodríguez Álvarez, J. M. (2002). La política sobre grandes ciudades y áreas metropolitanas en España o el temor a la diversidad. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 24, 107-126.

— (2004). Génesis y directrices de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En AA. VV. *La Ley de modernización del gobierno local* (*Estudis*, 17, 23-36). Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals.

Salanova Alcalde, R. (2004). La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local: un comentario crítico. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 24.

II.
Sección general

Contratos con prestaciones de carácter intelectual

Carme Sibina Vidal
Doctora en Derecho.
Letrada de la Dirección de Servicios de Secretarías Delegadas de la Diputación de Barcelona.
Profesora asociada de Derecho Administrativo de la UB

1. Introducción

2. Regulación de las prestaciones de carácter intelectual en la legislación contractual, especialmente en la LCSP

2.1. Antecedentes

2.2. Las directivas europeas de contratación pública

2.3. La legislación de contratación pública

2.3.1. *El reconocimiento expreso del carácter intelectual de determinadas prestaciones*

2.3.2. *Las reglas especiales aplicables a los servicios que contienen prestaciones de carácter intelectual*

2.3.3. *La regulación de los derechos de propiedad intelectual en la legislación contractual*

3. Los contratos de carácter intelectual: cuáles son y qué criterios permiten identificarlos

3.1. ¿Son siempre, y en todo caso, intelectuales los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo reconocidos expresamente en las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020?

3.2. ¿Qué criterios permiten identificar las prestaciones incluidas en los servicios de las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020?

3.3. ¿Algún servicio no incluido en las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020 puede tener carácter intelectual a efectos de la legislación contractual?

3.4. ¿Qué criterios permiten identificar los demás servicios intelectuales?

4. Conclusiones

5. Bibliografía

6. Anexo: informes, resoluciones y sentencias

Artículo recibido el 28/06/2023; aceptado el 25/07/2023.

Resumen

La LCSP establece unas normas específicas y singulares para la contratación de prestaciones de carácter intelectual vinculadas, sobre todo, con el peso de los criterios de adjudicación y con los procedimientos a utilizar. Ahora bien, la falta de definición legal de las prestaciones de carácter intelectual ha provocado fuertes controversias e inseguridades jurídicas, ya que no existe claridad sobre los servicios que reúnen estas características a efectos de aplicar dichas previsiones legales.

El presente estudio se centra en el análisis de las prestaciones de carácter intelectual, diferenciando estas prestaciones de los derechos de propiedad intelectual, y estableciendo los criterios para determinar qué contrataciones pueden —o deben— ser calificadas de intelectuales.

Palabras clave: *contratación pública; prestaciones de carácter intelectual; derechos de propiedad intelectual; procedimientos de adjudicación; criterios de adjudicación; criterios para determinar el carácter intelectual*.

Public contracts of an intellectual nature

Abstract

The LCSP establishes specific and singular rules for contracting services of an intellectual nature related, particularly, to the award criteria and the procedures to be used. However, the lack of a legal definition of the contracts of an intellectual nature has caused strong controversies and has led to legal uncertainties: there is no clarity about the services that have these characteristics and, therefore, for applying the legal provisions of the LCSP.

This article focuses on the analysis of contracts of an intellectual nature, differentiating these contracts from intellectual property rights, and it is aimed to establishing the criteria to determine which contracts can —or should— be classified as intellectual.

Keywords: public procurement; contracts of an intellectual nature; intellectual property rights; award procedures; award criteria; criteria for determining the intellectual nature of the contract.

1
Introducción

La contratación de prestaciones de carácter intelectual se encuentra rodeada de fuertes controversias y de inseguridades jurídicas, provocadas, sobre todo, por la falta de definición legal.

En efecto, 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), no contiene una conceptualización ni una definición de lo que son las prestaciones de carácter intelectual[1] para el ámbito de la contratación pública general[2], como tampoco lo hace el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, RDL 3/2020), para el ámbito de los llamados "sectores especiales".

Ambas normas se limitan a reconocer la intelectualidad de determinados servicios (arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo), pero sin que con ello quede fijado el tipo de servicios que reúnen estas características a efectos de aplicar las previsiones legales. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico indeterminado[3] que, como veremos, ha sufrido diversas interpretaciones. Además, queda abierta la cuestión de si existen otras prestaciones de carácter intelectual más allá de las que expresamente se mencionan en los textos legales y de si estas prestaciones se pueden dar exclusivamente en el seno de un contrato de servicios (como parece desprenderse del artículo 145.3.g], segundo párrafo, de la LCSP).

Esta falta de concreción, unida a que la LCSP y el RDL 3/2020 establecen unas normas específicas y singulares para la contratación de las prestaciones de carácter intelectual —sobre todo en lo que se refiere al peso de los criterios de adjudicación y a los procedimientos a utilizar—, hace que sea necesario establecer los criterios para determinar qué contrataciones pueden —o deben— ser calificadas de intelectuales. La conflictividad de esta cuestión se ve claramente al analizar el número de recursos interpuestos ante los tri-

1. En este mismo sentido, Rodríguez Zapatero (2020).
2. De hecho, la regulación de la consultoría, la ingeniería, la arquitectura y el urbanismo se ha descrito como "uno de los aspectos peor regulados de la Ley de contratos del sector público". González García (2021).
3. Así lo reconoce expresamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el informe 6/2019, de 29 de octubre (CJ II).

bunales administrativos de recursos contractuales y el número de informes que las juntas consultivas de contratación le han dedicado (*vid.* en el anexo con la recopilación de estas resoluciones).

Otra cuestión conflictiva es la relación de la legislación contractual con las previsiones del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, TRLPI). Más concretamente, no es pacífico si es necesario acudir o no a las previsiones de la normativa en materia de propiedad intelectual para determinar qué prestaciones pueden ser calificadas de intelectuales en el ámbito de la contratación pública.

2
Regulación de las prestaciones de carácter intelectual en la legislación contractual, especialmente en la LCSP

2.1
Antecedentes

La mención del carácter intelectual de determinadas prestaciones no es una innovación de la vigente LCSP. Por el contrario, la intelectualidad ya se encontraba presente en la regulación de los desaparecidos contratos de "consultoría y asistencia" realizada por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP) (artículo 197), y, posteriormente, por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP) (artículo 196). Como es bien sabido, estos contratos constituían una categoría diferenciada del resto de contratos de servicios[4].

Estas normas establecían que el elemento diferenciador y que singularizaba los contratos de consultoría y asistencia, en relación con los contratos de servicios, era justamente que en los de consultoría y asistencia predominaban las prestaciones de carácter intelectual[5]. Es decir, la frontera entre las dos categorías se establecía en función del predominio del elemento intelectual[6]. De hecho, tal como detalla Menéndez Sebastián, los contratos de consultoría

4. Sobre los contratos de consultoría y asistencia, por todos: Menéndez Sebastián (2002); Tolivar y Menéndez (2008).
5. Tolivar y Menéndez (2008: 57-58).
6. Así se reconoce expresamente en el Informe 36/1998, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (CJ 2).

y asistencia provenían de los llamados "contratos de prestaciones intelectuales" del derecho francés[7], que en Francia se calificaban como contratos de "materia gris", para resaltar el carácter intelectual de la actividad a desarrollar[8].

Si bien los contornos y la delimitación de los contratos de consultoría y asistencia en relación con los contratos de servicios en nuestra legislación no estuvieron nunca del todo claros[9], compartimos la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que afirma que se sigue apreciando una diferencia de contenido entre los antiguos contratos de consultoría y asistencia y los demás servicios (Informe 6/2019, de 29 de octubre, CJ III). Por ello, no parece desacertado, a los meros efectos indiciarios, analizar la definición que se efectuaba en estas normas de ambas categorías.

Así, eran contratos de consultoría y asistencia, de conformidad con el artículo 196 del TRLCAP, por una parte, los que tenían por objeto "estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos". Y, por otra, los que realizaban en colaboración con la Administración, y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: (i) investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico; (ii) asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter; (iii) estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos; y finalmente (iv) cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones públicas.

En cambio, eran considerados contratos de servicios —y, por tanto, se les negaba el predominio del carácter intelectual—, entre otros, los contratos de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación[10].

7. Tal como destaca Menéndez Sebastián, en los contratos de prestaciones intelectuales del derecho francés generalmente surgían derechos de propiedad industrial, intelectual, literaria o artística. Menéndez Sebastián (2002: 103).

8. Sobre el origen francés de los contratos de consultoría y asistencia, y la denominación de contratos de materia gris, Menéndez Sebastián (2002: 78-96, 103-104).

9. Blanco López detalla la inoperancia de la existencia de ambas categorías, y es especialmente crítico con esta distinción en base a la intelectualidad de las prestaciones. Blanco López (2003).

10. Informe 36/1998, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (CJ 2).

Como se desprende del artículo 196 del TRLCAP, entre los contratos de consultoría y asistencia se encuentran muchas prestaciones vinculadas con los contratos de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, a los que hoy la LCSP reconoce expresamente el carácter de prestaciones intelectuales (por ejemplo, la elaboración de proyectos de arquitectura)[11]. Sin embargo, estos contratos no eran los únicos a los que se reconocía el predominio intelectual (se reconocía también, por ejemplo, al asesoramiento para la gestión de bienes públicos).

Por tanto, la legislación contractual, desde muy pronto, admitió diferencias en las prestaciones donde predomina el carácter intelectual. Ahora bien, el principal problema era —y sigue siendo— la determinación de qué concretas prestaciones merecen ser calificadas de intelectuales, ya que, como destacaba Blanco López, la Administración no contrata exclusivamente proyectos de obras y servicios de limpieza (por poner dos prestaciones ejemplares en las que se ve claramente la presencia y la ausencia del elemento intelectual), sino que la gama de prestaciones contratadas por las Administraciones es muy compleja y diversificada, y no siempre se puede afirmar o descartar claramente la intelectualidad de la prestación contratada[12].

2.2
Las directivas europeas de contratación pública

La actual regulación de la contratación de prestaciones de carácter intelectual se encuentra, en primer lugar, en las directivas europeas de contratación. Concretamente en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE), y en la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante, Directiva 2014/25/UE).

A efectos del presente estudio, de la Directiva 2014/24/UE destacan las siguientes previsiones:

— Considerando 43: establece la conveniencia de utilizar procedimientos con negociación para los servicios intelectuales (por ejemplo, algunos servicios de consultoría, arquitectura o ingeniería, o

11. En igual sentido, Rodríguez Zapatero (2020).
12. Blanco López (2003).

grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).

— Considerando 67: advierte de la inadecuación de la utilización de las subastas electrónicas para la contratación de contratos de servicios públicos, cuyo contenido implique el ejercicio de funciones de carácter intelectual (como la elaboración de proyectos de obras). Sin embargo, el apartado segundo advierte que las subastas electrónicas pueden utilizarse en los procedimientos de contratación relacionados con la adquisición de derechos específicos de propiedad intelectual.
— Considerando 94: habilita a utilizar como criterio de adjudicación la organización, calificación y experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato. La Directiva pone como ejemplo de este supuesto los contratos relativos a servicios intelectuales (como la asesoría o los servicios de arquitectura).
— Considerando 107: establece que es obligatorio realizar un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen cambios fundamentales en el contrato inicial, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial.
— Artículo 32: prevé la utilización del procedimiento negociado sin publicidad cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto porque deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.
— Artículo 35.1: determina que no pueden ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos públicos de servicios y de obras que, debido a que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual (como la elaboración de proyectos de obras), no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados.
— Artículo 42: prevé que las especificaciones técnicas también pueden especificar si se exige la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial.

Estas previsiones se encuentran reguladas de forma mimética en la Directiva 2014/25/UE, en los considerandos 76, 99 y 113, y en los artículos 50, 53 y 60, respectivamente.

Como se desprende de los preceptos descritos, las directivas europeas de contratación no efectúan una definición de qué contratos o qué prestaciones deben ser considerados de carácter intelectual, sino que enumeran algunos de forma ejemplificadora (la consultoría, la arquitectura, la ingeniería, la elaboración de proyectos de obras, la asesoría y los grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y las comunicaciones —TIC—).

Y, a su vez, estas directivas contemplan diversas prescripciones especiales para la adjudicación de estos servicios intelectuales (entre las que destacan la inadecuación de la utilización de las subastas electrónicas y la habilitación para utilizar como criterio de adjudicación la organización, calificación y experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato). Tal como ha destacado la doctrina, estas previsiones responden al objetivo esencial de obtener la mejor calidad de la prestación. Así, la razón del reconocimiento de determinados servicios como prestaciones de carácter intelectual no es otra que buscar su calidad[13].

Por último, conviene remarcar que las directivas europeas de contratación contemplan la posibilidad de que los contratos sometidos a su régimen contengan derechos de propiedad intelectual (tal como se desprende claramente del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE).

2.3
La legislación de contratación pública

Lo primero que conviene hacer notar es que la LCSP utiliza dos expresiones diferenciadas. Por un lado, en determinados artículos se refiere a las "prestaciones de carácter intelectual", y, por otro, en otros artículos regula los "derechos de propiedad intelectual". Esta diferente terminología no es una cuestión sin importancia, sino que nos indica que se están regulando cuestiones diferenciadas[14], por lo que en este trabajo analizaremos de forma separada las previsiones específicas de cada una de estas categorías.

Concretamente, dedicaremos los dos apartados siguientes al análisis de las prestaciones de carácter intelectual (al reconocimiento expreso del carácter intelectual de determinadas prestaciones y a las reglas especiales aplicables a los servicios que contienen prestaciones de carácter intelectual), y, finalmente, el tercer apartado lo dedicaremos al examen de la regulación de la LCSP de los derechos de propiedad intelectual.

13. Rodríguez Zapatero (2020).
14. Pone el acento sobre estas dos expresiones Rodríguez Zapatero (2020).

2.3.1
El reconocimiento expreso del carácter intelectual de determinadas prestaciones

Las normas estatales que han traspuesto las directivas analizadas en el apartado anterior parten del reconocimiento del carácter intelectual de los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, que han sido incluidos de forma expresa en la disposición adicional 41 de la LCSP y en la disposición adicional 17 del RDL 3/2020, que respectivamente detallan lo siguiente: "Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley [en este Real Decreto-ley]".

Además, a lo largo del articulado de la LCSP, se alude de forma reiterada a las prestaciones intelectuales, y, a menudo, esta expresión se acompaña a título ejemplificativo de la mención de los "servicios de ingeniería y arquitectura" (por ejemplo, artículos 143.2, 145.3.g], 159.1.b] y 160.4 de la LCSP).

Conviene destacar —tal como lo ha hecho Vázquez Matilla— que esta disposición adicional y las diversas menciones a los servicios de ingeniería y arquitectura a lo largo del articulado responden, más que a un objetivo didáctico, al efecto de la participación de los colegios y las asociaciones profesionales de los sectores de la arquitectura y la ingeniería[15].

De hecho, la influencia de la intervención de estos colegios y asociaciones profesionales es tal que se ha llegado a sostener que la actual inseguridad en torno a las prestaciones de carácter intelectual está relacionada, en parte, con su participación en la redacción de la LCSP, ya que la mayor parte de los preceptos se incluyeron en el texto durante el debate parlamentario del Proyecto de ley[16].

En concreto, la disposición adicional 41 de la LCSP tiene su origen en una enmienda del Grupo Socialista que recogía una propuesta del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España[17]. La motivación de la enmienda detallaba lo siguiente: "La Directiva Comunitaria 2014/24/UE que se traspone mediante el Proyecto de Ley, destaca el carácter singular que tienen las licitaciones públicas en las que se adjudican servicios sobre Arquitectura, Ingeniería, Consultoría o Urbanismo, al tratarse de prestaciones de carácter intelectual, tanto por los profesionales que intervienen, como por el objeto de las ofertas y propuestas". De modo que una adecuada trasposición normativa comunita-

15. Vázquez Matilla (2019).
16. Así se afirma expresamente en el Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares.
17. Rodríguez Zapatero (2020); Sanmartín Mora (2018).

ria requiere contemplar de manera específica la regulación de estos servicios profesionales para "asegurar el cumplimiento de los criterios de calidad de las ofertas y correcta realización de la prestación, en beneficio de los consumidores y usuarios y del interés público para garantizar una utilización eficiente de los recursos y ahorros en los costes de inversión y conservación. A tal efecto, las especialidades propias de estos servicios profesionales, han de tener el correspondiente tratamiento normativo en la propia Ley de Contratos del Sector Público, y en la Ley sectorial que se refiera a la Arquitectura"[18].

Como se desprende de la motivación de la enmienda, lo que se quería asegurar era la preponderancia de los criterios de calidad en la contratación de estos servicios técnicos cualificados o, en otras palabras, acabar con las subastas y con las adjudicaciones en las que el criterio preponderante era el precio más bajo[19]. Ahora bien, la participación de estos colegios y asociaciones profesionales de arquitectura e ingeniería no se limita exclusivamente a la tramitación legislativa, sino que, como veremos, son los promotores de la mayoría de recursos especiales de contratación en los que se ha discutido el alcance del concepto de prestaciones de carácter intelectual y que han marcado el estado actual de la cuestión.

2.3.2 Las reglas especiales aplicables a los servicios que contienen prestaciones de carácter intelectual

La LCSP prevé una serie de particularidades y de previsiones específicas aplicables a los contratos que contienen prestaciones de carácter intelectual[20], que se pueden agrupar en dos categorías: (i) reglas relativas a los procedimientos de adjudicación, y (ii) reglas relativas a los criterios de adjudicación.

Como veremos, y tal como ya se ha destacado en relación con la regulación de las directivas, las previsiones específicas aplicables a los contratos

18. Enmienda 794 (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 2017, p. 601). El texto de la propuesta era el siguiente:
"Disposición adicional cuadragésima segunda. Normas específicas de contratación pública de servicios de Arquitectura, Ingeniería, Consultoría y Urbanismo.
Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de Arquitectura, Ingeniería, Consultoría y Urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.
El Gobierno remitirá a las Cortes Generales en el plazo de seis meses el correspondiente Proyecto de Ley sobre el sector de la Arquitectura que regulará, entre otros aspectos, las singularidades propias de la contratación pública de dichos servicios profesionales".
19. Sobre estas prácticas *vid*. Carrillo y Benítez (2021).
20. Estas reglas específicas han sido descritas por algún autor como un verdadero régimen de contratación particular. Rodríguez Zapatero (2020).

que contienen prestaciones de carácter intelectual responden al objetivo de obtener la mejor calidad de la prestación[21].

a) Reglas relativas a los procedimientos de adjudicación

Dentro de las normas generales para la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas, el artículo 143.2 de la LCSP prohíbe la utilización de la subasta electrónica cuando las prestaciones que constituyen el objeto del contrato tengan carácter intelectual (poniendo como ejemplo los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura).

En relación con los procedimientos de adjudicación, la LCSP efectúa las siguientes precisiones:

En primer lugar, establece que la utilización del procedimiento restringido es especialmente adecuada para la contratación de servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso —según la propia LCSP— de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería (artículo 160.4 de la LCSP). No obstante, debe recordarse que el procedimiento restringido es uno de los procedimientos ordinarios (junto con el abierto), por lo que no es necesario justificar su utilización[22]. Además, la LCSP deja en manos de los poderes adjudicadores la determinación de qué servicios deben calificarse de especial complejidad.

En caso de que el contrato que se pretende celebrar sea la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería o de urbanismo de especial complejidad, y cuando, además, se contraten conjuntamente los trabajos complementarios y la dirección de obras, se tendrán que aplicar las normas del concurso de proyectos[23] (artículo 183.3 de la LCSP)[24]. A lo que seguirá la tramitación de un procedimiento negociado sin publicidad con el ganador o los ganadores del concurso (artículo 168.d] de la LCSP)[25].

En concreto, algún autor ha destacado que toda la regulación del concurso de proyectos en la LCSP (artículos 183 a 187) se basa en la consideración de prestaciones intelectuales de los proyectos de arquitectura, ingeniería y urbanismo. Así se desprende de que, por ejemplo, la valoración de las propuestas se refiere a la calidad de las mismas y sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales (artículo 184.3); de que la composición del jurado impone que al menos dos tercios de los

21. Rodríguez Zapatero (2020); Díaz Fernández (2018); Mendoza Jiménez (2019).
22. Tal como detalla Delgado Piqueras, este procedimiento es ordinario debido a que no limita la concurrencia. Delgado Piqueras (2018: 101).
23. Hay que recordar que en Cataluña las previsiones de la LCSP deben completarse con lo establecido en la Ley 12/2017, de 6 de julio, de la arquitectura.
24. Sobre esa previsión *vid*. Díaz Fernández (2018: 5).
25. En ese mismo sentido, Sanmartín Mora (2018).

miembros deberán tener calificación profesional cuando esta se exija para participar en el concurso (artículo 187.3), y de que la decisión del jurado tenga carácter vinculante (artículo 187.8)[26].

Y, en segundo lugar, se prohíbe la utilización del procedimiento abierto simplificado sumario para la contratación de los servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual (artículo 159.6 de la LCSP). Esta prohibición se explica por el hecho de que en este procedimiento todos los criterios de adjudicación deben ser automáticos, puesto que —tal como detallan los órganos administrativos consultivos— los criterios relacionados con la calidad a veces son difíciles de valorar mediante fórmulas[27]. De hecho, como hemos visto, la Directiva 2014/24/UE especifica que las prestaciones de carácter intelectual no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados (artículo 35.1).

Ahora bien, en este extremo, la Directiva y, consecuentemente, la LCSP parecen confundir y mezclar dos conceptos diferentes: los criterios automáticos y los criterios de calidad. Como se ha destacado reiteradamente, los criterios de calidad no necesariamente deben ser criterios sometidos a un juicio de valor; por el contrario, es perfectamente posible que un criterio automático sea un criterio relacionado con la calidad. Es más, los órganos administrativos consultivos han recordado la conveniencia de objetivar la valoración de los criterios vinculados con la calidad[28].

b) Reglas relativas a los criterios de adjudicación

El punto de partida de la LCSP, en relación con los criterios de adjudicación de los contratos de servicios que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual, es que el precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación. Y, en consecuencia, se impone la utilización de varios criterios de adjudicación (artículo 145.3.g] de la LCSP).

Más aún, especialmente en estos contratos, los órganos de contratación deben velar por establecer criterios de adjudicación que permitan obtener prestaciones de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades (artículo 145.4, primer párrafo, de la LCSP). Esto se concreta en la obligación de que los criterios relacionados con la calidad representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación (artículo 145.4, segundo párrafo, de la LCSP).

26. Rodríguez Zapatero (2020).
27. Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares.
28. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en el Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020.

Al margen de estas reglas de carácter general, se contemplan unas reglas específicas para los criterios de adjudicación de los procedimientos abiertos simplificados. Concretamente, si se utiliza este procedimiento para la contratación de servicios que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios sometidos a juicio de valor pueden llegar a representar el 45 por ciento del total (mientras que en el resto de servicios no pueden superar el 25 por ciento del total) (artículo 159.1.b] de la LCSP). Esta previsión vuelve a poner de relieve la confusión de la LCSP entre los criterios automáticos y los criterios de calidad, tal como ya se ha detallado *supra*.

Cabe destacar que —a diferencia de la Directiva 2014/24/UE— la LCSP, al regular la posibilidad de valorar como criterio de adjudicación la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que lo ejecutará —siempre que la calidad del personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución— (artículo 145.2 de la LCSP), no incluye ninguna mención expresa a los contratos que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual. Esto, evidentemente, no excluye la posibilidad de utilizar dicho criterio en estos contratos[29]. Por el contrario, tal como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, de conformidad con la Directiva 2014/24/UE, este criterio es especialmente adecuado para la adjudicación de los contratos de servicios de carácter intelectual (Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020).

2.3.3
La regulación de los derechos de propiedad intelectual en la legislación contractual

La LCSP contiene cuatro previsiones explícitas sobre los derechos de propiedad intelectual (artículos 122, 177.1, 168 y 308 de la LCSP) y una implícita (artículo 9.2 de la LCSP), que se pueden agrupar en las siguientes categorías: (i) previsiones de los pliegos, (ii) procedimiento de adjudicación, y (iii) contratos excluidos.

a) Previsiones de los pliegos

La LCSP, al regular las previsiones de los pliegos de cláusulas administrativas particulares aplicables a todas las tipologías contractuales (artículo

29. Esta posibilidad ha sido expresamente reconocida —siempre que se cumpla con los requisitos legalmente establecidos— en el Informe 6/2019, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (CJ II).

122), prevé la posibilidad de que en este documento se especifique si se exige la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial (sin perjuicio de lo establecido específicamente respecto de los contratos de servicios).

Esta posibilidad, que con carácter general es potestativa, se convierte en obligatoria en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del procedimiento de asociación para la innovación. En este caso, el órgano de contratación debe definir imperativamente en este documento, entre otros extremos, las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 177.1 de la LCSP). Como veremos, esta obligatoriedad de prever el régimen de los derechos de propiedad intelectual puede tener consecuencias —probablemente no buscadas por la LCSP— en relación con la apreciación del carácter intelectual o no de una prestación (*vid. infra* apartado 3.4.2).

A su vez, en la regulación específica del contrato de servicios (Capítulo V del Título II), la LCSP establece que los contratos de esta tipología que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión del mismo a la Administración contratante. Esta previsión general puede alterarse previendo otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual. Ahora bien, en cualquier caso —aunque se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual—, el órgano de contratación podrá autorizar siempre el uso del producto correspondiente a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público (artículo 308 de la LCSP).

b) Procedimiento de adjudicación

La LCSP prevé la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad en los casos en que las obras, los suministros o los servicios solo puedan encomendarse a un empresario determinado debido a que sea procedente la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 168.a]2.° de la LCSP)[30].

Es bien sabido que la adjudicación de contratos públicos a través del procedimiento negociado sin publicidad es —y ha sido— excepcional, y solo

30. Conviene destacar que el apartado a) 2.° del artículo 168 de la LCSP ha sido modificado recientemente por la disposición final 27.8 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, en el sentido de eliminar la referencia a que la no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o un sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

puede utilizarse cuando concurren las causas previstas taxativamente en la LCSP (el artículo 168 de la LCSP tiene carácter de *numerus clausus*)[31].

Si bien el análisis pormenorizado de esta previsión se escapa del objeto del presente estudio, a nuestros efectos conviene señalar que la LCSP se refiere a "la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial"; es decir, parte de la existencia de estos derechos con anterioridad a la ejecución del contrato. De modo que la habilitación para utilizar el negociado sin publicidad se dará cuando el empresario que debe ejecutar la prestación ya sea el titular —exclusivo— de los derechos de propiedad intelectual, no cuando estos derechos surjan de la propia ejecución del contrato ni cuando el objeto del contrato sea la propia adquisición de dichos derechos.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la creación artística, se ha afirmado que se da la circunstancia prevista en el citado artículo 168.a) 2° de la LCSP en los supuestos en que el contratista es el titular de los derechos de propiedad intelectual de la creación artística o su representante exclusivo. Mientras que, si existen distintos representantes no exclusivos del titular de los derechos de propiedad intelectual de la creación artística, es necesario acudir a los procedimientos ordinarios de contratación (abierto o restringido)[32].

c) Contratos excluidos

El último precepto de la LCSP a analizar no hace referencia expresa a los derechos de propiedad intelectual, sino que se refiere a los contratos sobre propiedades incorporales, que, tal como se ha destacado[33], incluyen derechos de propiedad intelectual.

Nos referimos a la exclusión prevista en el artículo 9.2 de la LCSP según la cual los contratos sobre propiedades incorporales tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial (salvo que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios). La relación de esta exclusión con los derechos de propiedad intelectual es una cuestión mal resuelta y a la que la doctrina ha dedicado poca atención —con destacadas excepciones—[34].

Concretamente, la cuestión conflictiva es el alcance de esa exclusión.

A meros efectos ilustrativos del estado de la cuestión —y de la controversia que genera este precepto—, podemos acudir a tres interpretaciones —de-

31. Reconoce expresamente este carácter excepcional y tasado, entre otros, el Informe núm. 57/03 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (CJ 4).
Sobre este procedimiento *vid*. Vázquez Matilla (2022).
32. Estrada López (2020: 101).
33. Gimeno Feliu (2018b, 2020, 2018a, 2019); González García (2021).
34. Destaca especialmente la atención recibida por Gimeno Feliu (2018b, 2020, 2018a, 2019).

fendidas cada una de ellas por reputados administrativistas— que sostienen un alcance distinto de la exclusión:

A) Hay autores que sostienen que las prestaciones de carácter intelectual encuentran su acomodo en el artículo 9 de la LCSP como contratos de propiedad intelectual y que, por tanto, son contratos excluidos de la LCSP[35].

Así, según González García, la LCSP no ha logrado realizar una armonización entre el artículo 9 de la LCSP (que considera que los contratos de propiedad intelectual están excluidos de la LCSP) y los preceptos del Proyecto de ley, que —a pesar de no incluir el reconocimiento expreso del carácter intelectual de determinados contratos— marcaba ciertas pautas para valorar la calidad de la prestación y, por tanto, los consideraba contratos incluidos en la LCSP. Y esta falta de armonización ha comportado que acabemos teniendo dos regímenes jurídicos[36].

En consecuencia, en opinión de este autor "hay dos mecanismos de adjudicación del contrato perfectamente válidos los dos y que constituyen [...] una oferta a la entidad del sector público para determinar cuál es más adecuada para sus circunstancias". Así, el procedimiento de adjudicación del contrato puede no estar sometido a las reglas de la LCSP, permitiendo la adjudicación directa. No obstante, fruto de esta dualidad de regímenes jurídicos, la entidad licitadora del contrato puede adjudicarlo de acuerdo con las reglas de la LCSP (debiendo aplicar, en este caso, las reglas especiales de los artículos 143.2, 145.3, 145.4, 159.1.b], 159.6 y 160.4 de la LCSP)[37].

En el presente trabajo, no podemos compartir la opinión de que la exclusión o inclusión de determinadas prestaciones en la LCSP sea una cuestión disponible para los poderes adjudicadores. En nuestra opinión, en este caso, se utilizan erróneamente como sinónimas las expresiones "prestaciones de carácter intelectual" y "derechos de propiedad intelectual", que, como ya hemos dicho, en la LCSP designan cuestiones diferenciadas.

B) Hay autores que defienden que en los casos en que los negocios jurídicos consistan en la adquisición de obras originales (*ex* artículo 10 del TRLPI), siempre que tengan por finalidad (causa) la creación de propiedad intelectual, nos encontramos en presencia de contratos privados excluidos de la LCSP[38].

En este sentido, Gimeno Feliu sostiene que algunos negocios jurídicos, "en tanto creación, serán de resultado de contenido de propiedad incorporal y no un mero o simple servicio técnico en régimen de mercado"[39].

35. González García (2021).
36. González García (2021).
37. González García (2021).
38. Gimeno Feliu (2018b, 2020, 2018a, 2019).
39. Entre otros, Gimeno Feliu (2018a: 315).

De modo que, para conocer el alcance de la exclusión del artículo 9 de la LCSP, es necesario acudir al concepto de obra del artículo 10 del TRLPI. Este artículo, en su apartado primero, establece lo siguiente:

"Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

b) Las composiciones musicales, con o sin letra.

c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.

d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.

e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.

h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.

i) Los programas de ordenador".

Siguiendo a Gimeno Feliu, de la lectura del precepto se deduce que el objeto de los derechos de autor es la obra artística, literaria o científica, y el listado del artículo 10 (que no es exhaustivo, sino que tiene carácter de *numerus apertus*) permite afirmar que diversas prestaciones que se adquieren habitualmente por las Administraciones Públicas entran dentro del concepto de obra.

Así, los negocios jurídicos que cumplan los requisitos para su protección como obra con derechos de autor tendrán la consideración de propiedad intelectual[40]. Según Gimeno Feliu, encajan en el concepto de obra protegida por el TRLPI la transferencia de conocimiento por parte de las universidades públicas (en esta categoría se incluirían la emisión de infor-

40. Estos requisitos son, según Gimeno Feliu, primeramente, la originalidad, que tiene una vertiente objetiva y una vertiente subjetiva. En el sentido objetivo, debe entenderse como novedad en la forma de expresión y la singularidad o diferenciación de la obra. En el sentido subjetivo, es el reflejo o el sentido de la personalidad del autor, lo que significa que la obra está marcada por la individualidad de su autor. Y el segundo requisito es su creatividad, en la medida en que es el resultado de la actividad humana. Gimeno Feliu (2018a: 316-317).

mes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que impliquen creación original y donde es relevante el elemento cualitativo de quién realiza la actividad)[41], los servicios audiovisuales (en tanto que creación original)[42] y, en opinión de Gimeno Feliu de forma más discutible, la contratación de servicios jurídicos de defensa en un juicio, que estarán excluidos de la aplicación de la LCSP siempre que se pueda justificar que existen derechos de propiedad intelectual (como lo están, *ex* artículo 10.1.a] del TRLPI, los informes forenses)[43].

C) Otros autores han defendido que la referencia del artículo 9.2 LCSP a los contratos sobre propiedades incorporales no abarca cualquier contrato cuyo objeto constituya una obra en el sentido del TRLPI.

Tal como destaca Huergo Lora, existen muchos contratos que tienen por objeto una obra y que, no obstante, se encuentran sujetos a la LCSP; es el caso, por ejemplo, de los contratos de servicios de redacción de proyectos[44]. De hecho, precisamente por ello la LCSP prevé la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares previsiones relativas a los derechos de propiedad intelectual o industrial sobre los resultados del contrato (con carácter obligatorio en el procedimiento de asociación para la innovación), sin que por este hecho pasen a convertirse en contratos sobre propiedades incorporales[45].

Según este autor la referencia de la LCSP a contratos sobre propiedades incorporales "se refiere más bien a contratos sobre el derecho en sí, a diferencia de los contratos para la elaboración de un objeto susceptible de ser protegido como propiedad intelectual o industrial. Así, la cesión de una patente o marca, o la concesión de una licencia, sí serían típicos contratos sobre propiedades incorporales"[46].

Por tanto, esta posición sostiene una interpretación más restrictiva de la exclusión prevista en el artículo 9 de la LCSP[47], ya que, para aplicar dicha

41. Gimeno Feliu (2018b, 2020).
42. Gimeno Feliu (2018a). En el mismo sentido, Lada Ferreras (2019: 33-38).
Avala esta tesis el Informe de la Junta Consultiva de las Islas Baleares núm. 4/2012, de 31 de enero de 2013. Sobre este informe *vid*. Mellado Ruiz (2018).
43. Gimeno Feliu (2019: 74). Sobre el carácter intelectual de los servicios jurídicos *vid*. Rubio Beltrán (2019).
44. Concretamente lo que discute Huergo Lora es la posibilidad de que los contratos de transferencia de conocimiento por parte de las universidades públicas se encuentren excluidos de la LCSP. Huergo Lora (2020: 333-334).
45. Huergo Lora (2020: 333-334).
46. Huergo Lora (2020: 333-334).
47. En este mismo sentido, Mellado Ruiz hace hincapié en que "los supuestos de exclusión de la normativa de contratos han de interpretarse de forma restrictiva o estricta, y en ningún caso pueden encubrir negocios jurídicos que, por su objeto o su causa, encajen en alguna de las figuras contractuales de la Ley. Como dice por ejemplo el reciente Informe JCCAAr 2/2016, de 25/02/2016, desde la premisa fundamental del análisis funcional de la prestación —más allá

exclusión, no es suficiente con que con el contrato se adquieran derechos intelectuales *ex* artículo 10 del TRLPI, sino que el objeto del contrato debe ser el propio derecho.

3
Los contratos de carácter intelectual: cuáles son y qué criterios permiten identificarlos

Tal como ya hemos detallado, la LCSP y el RDL 3/2020 reconocen expresamente el carácter intelectual de determinadas prestaciones (arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo) en las disposiciones adicionales 41 y 17, respectivamente.

No obstante, estas previsiones, en lugar de ofrecer claridad a la cuestión, han abierto nuevos interrogantes, ya que no queda claramente definido si son las únicas prestaciones a las que cabe atribuir tal carácter (es decir, si la lista de prestaciones de las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020 son un *numerus clausus*), ni, en caso de que no sean las únicas, qué criterios se deben seguir para concluir que una prestación tiene carácter intelectual a efectos de la legislación contractual. A su vez, ha sido objeto de debate si todas las prestaciones propias de los servicios de arquitectura, de ingeniería, de consultoría y de urbanismo son siempre intelectuales y cómo deben identificarse estos servicios.

Por tanto, hay que analizar los siguientes extremos:

a) En relación con los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, reconocidos expresamente en las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020, hay que determinar:
   (i) si siempre, y en todo caso, son intelectuales;
   (ii) qué criterios permiten identificar las prestaciones incluidas en estas categorías.

b) En relación con el resto de servicios:
   (i) si algún servicio no incluido en las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020 puede tener carácter intelectual a efectos de la legislación contractual;
   (ii) en caso de que existan otros servicios intelectuales, qué criterios permiten identificarlos.

de su calificación, configuración o predeterminación formal— 'no existe posibilidad de acudir a las figuras de negocios excluidos en los casos de relaciones de carácter y contenido contractual', aun cuando existan concurrentes 'intereses patrimoniales'". Mellado Ruiz (2018).

3.1
¿Son siempre, y en todo caso, intelectuales los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo reconocidos expresamente en las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020?

Esta cuestión es la que ha estado rodeada de más controversias, y en la que los cambios legislativos han tenido mayor incidencia. El análisis de la evolución de la posición de los tribunales administrativos de recursos contractuales y los órganos consultivos administrativos no puede desligarse de la evolución normativa, por lo que es necesario distinguir un primer bloque de resoluciones, las emitidas en aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2007), del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), y de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, LCSE). Y un segundo bloque de decisiones, las emitidas en aplicación de la LCSP y del RDL 3/2020.

3.1.1
Resoluciones emitidas en aplicación de la LCSP 2007, del TRLCSP y de la LCSE

En la LCSP 2007 y el TRLCSP las prestaciones de carácter intelectual se regulaban únicamente en dos artículos, que establecían la siguiente configuración: (i) se prohibía la utilización de la subasta electrónica (artículos 132 LCSP 2017 y 148 TRLCSP), y (ii) se habilitaba la utilización del procedimiento negociado bajo determinadas condiciones (artículos 158 LCSP 2007 y 174 TRLCSP). A su vez, los derechos de propiedad intelectual aparecían mencionados en un único artículo, donde se establecía que los contratos de servicios que tuvieran por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarían aparejada la cesión de este a la Administración contratante (a menos que los pliegos establecieran otra cosa) (artículos 277 LCSP 2007 y 301 TRLCSP).

En cuanto a los sectores especiales, la LCSE solo nombraba las prestaciones de carácter intelectual en el artículo 2, prohibiendo la utilización de subastas electrónicas en contratos de obras y de servicios cuyo contenido

implique el ejercicio de funciones de carácter intelectual (como la elaboración de proyectos de obras).

De hecho, durante la vigencia de estas normas, el principal motivo de impugnación de los expedientes de contratación es, justamente, la utilización de la subasta en contratos que, según los promotores de los recursos (TECNIBERIA, Asociación Española de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos, y AEDIP, Asociación Española de Dirección Integrada de Proyecto), debían ser considerados intelectuales.

Tal como se desprende del marco legal descrito, no existía previsión alguna que reconociera expresamente el carácter intelectual a ninguna prestación. De modo que las resoluciones de esta etapa se plantean en qué casos y mediante qué criterios se puede considerar que un contrato debe considerarse intelectual. Para ello acuden, por un lado, a las directivas europeas de contratación, y, por otro, al TRLPI.

De las directivas europeas extraen la conclusión de que, *a priori*, el elemento distintivo de una prestación intelectual está ligado a la existencia de elementos no cuantificables (es decir, sujetos a criterios subjetivos por la propia naturaleza de la prestación, que no pueden ser sometidos a una evaluación automática), ya que así se detalla al establecer la inadecuación de la utilización de subasta electrónica. Concretamente, el artículo 53, tercer párrafo, de la Directiva 2014/25/UE se pronuncia de forma taxativa en este sentido: "Dado que determinados contratos de servicios y determinados contratos de obras que tienen por objeto prestaciones intelectuales, como la elaboración de proyectos de obras, no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automáticos, no podrán ser objeto de subastas electrónicas"[48].

Del TRLPI extraen la conclusión de que la prestación debe estar dotada de originalidad, puesto que el artículo 10.1 de esta norma exige que se trate de creaciones originales. Esta originalidad, según la jurisprudencia

48. En el mismo sentido se pronuncia el considerando 76 de la Directiva 2014/25/UE: "Debe señalarse que las subastas electrónicas no son normalmente adecuadas para determinados contratos de obras y contratos de servicios cuyo contenido implica el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, ya que solo los elementos que pueden ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación de la entidad adjudicadora, es decir, solo los elementos que son cuantificables, de modo que pueden expresarse en cifras o en porcentajes, pueden ser objeto de subasta electrónica".

Previsión que ya contenía la Directiva anterior —Directiva 2004/17/CE— en el considerando 22: "[...] aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas. Por consiguiente, no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras y determinados contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras".

del Tribunal Supremo, debe permitir diferenciarla de obras preexistentes. En concreto, el alto tribunal afirma que "prevalece una conceptuación objetiva de la originalidad, que conlleva la exigencia de una actividad creativa que, con independencia de la opinión que cada uno pueda tener sobre los logros estéticos y prácticos del autor, dote a la obra arquitectónica de un carácter novedoso y permita diferenciarla de otras preexistentes" (STS 253/2017, de 26 de abril, Sala Primera, de lo Civil, Rec. 2012/2014, FJ 9.3).

Así, las resoluciones que se dictan en aplicación de este cuerpo legislativo determinan que, para poder considerar que una prestación tiene carácter intelectual, es necesario que exista un elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos y, además, que implique el uso de las más altas facultades intelectivas humanas, especialmente, las que supongan innovación o un cierto grado de creatividad[49].

Por tanto, para poder considerar que una prestación tiene carácter intelectual es necesario que tenga componentes innovadores, creativos u originales que permitan diferenciarlos de otros preexistentes, de conformidad con el TRLPI. En consecuencia, no todos los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo tienen la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual, sino que será necesario realizar dicho análisis.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en dos resoluciones que, como veremos, marcarán buena parte de los pronunciamientos posteriores: la Resolución 964/2017, de 19 de octubre, y la Resolución 544/2018, de 1 de junio (confirmada por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 25 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, Rec. 700/2018); ambas referidas a un servicio de asistencia técnica de *Project management*.

En el ámbito jurisdiccional la citada Sentencia de la Audiencia Nacional, de 25 de junio de 2019, hace suyos los argumentos de la resolución del TACRC y de la Administración codemandada, y confirma los dos extremos que venimos analizando.

Por un lado, confirma los elementos que permiten identificar que una prestación tiene carácter intelectual: (i) el elemento inmaterial no cuantifi-

49. Expresión extraída de la Resolución 964/2017, de 19 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se afirma que, "siendo que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, debe interpretarse que la Directiva se refiere a aquellos contratos con prestaciones análogas al proyecto de obras; es decir, que impliquen una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos, y, además, implique el uso de las más altas facultades intelectivas humanas; destacadamente, aquellas que suponen innovación o un cierto grado de creatividad".

cable, y (ii) la necesidad de que existan innovación y creatividad. En concreto, la sentencia afirma lo siguiente:

> "Resulta así que como se indica por la Administración, es innegable que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, por lo que la interpretación de la Directiva objeto de debate debe ser, como señala el TACRC, referida a contratos en los que haya una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos. A esto debe sumarse la concurrencia de los elementos señalados de innovación y creatividad" (FJ 4).

Por otro lado, ratifica que no todos los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo tienen la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual, ya que:

> "[...] no cabe confundir creación intelectual, que es objeto de protección, con mera actividad intelectiva: 'la protección intelectual tiene como objeto el producto generado por la actividad intelectual, y no la simple actividad intelectual. Lo contrario nos llevaría a proteger cualquier actividad intelectiva, con independencia de que genere una creación innovadora'. No puede concluirse como se pretende por la parte actora que los servicios de ingeniería, arquitectura y consultoría de cualquier tipo son siempre prestaciones de carácter intelectual" (FJ 4).

Para realizar esta afirmación la Audiencia Nacional se fundamenta en la jurisprudencia de la jurisdicción civil del Tribunal Supremo, que, al interpretar el artículo 10 del TRLPI, afirma que "ni todo proyecto arquitectónico está dotado *per se* de creatividad, ni el hecho de que el edificio sea de mayor o menor tamaño, o esté destinado a hotel, presupone esa creatividad. No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual" (STS 253/2017, de 26 de abril, Sala Primera, de lo Civil, Rec. 2012/2014, FJ 4)[50].

3.1.2
Resoluciones emitidas en aplicación de la LCSP y del RDL 3/2020

La posición que han seguido los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales y de los órganos administrativos consultivos ha estado

50. Sobre el concepto de originalidad utilizado por la STS 253/2017, de 26 de abril, citada en el texto —que aparece de forma reiterada en la argumentación de los tribunales administrativos de recursos contractuales—, *vid.* Rogel Vide (2023: 57-61).

muy condicionada por las tesis defendidas por el TACRC, que ha sostenido dos posturas diferenciadas.

En una primera etapa —cuando ya estaban vigentes la LCSP y el RDL 3/2020—, el TACRC siguió manteniendo la postura emitida durante el marco legal anterior; es decir, sostenía que no todos los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría, urbanismo tienen naturaleza de prestaciones de carácter intelectual, sino que solo tendrán esta naturaleza los que impliquen una actividad en la que predomine el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos y que, además, cumplan con los requisitos del TRLPI; esto es, que tengan componentes innovadores, creativos u originales, que les confieran un carácter nuevo y permitan diferenciarlos de otros preexistentes[51].

Posteriormente, el TACRC realiza un cambio de criterio —que se inicia con la Resolución 1300/2021, de 29 de septiembre (relativa a un servicio de asistencia técnica para la redacción de un proyecto)—, motivado por el cambio legislativo[52] y que se ha mantenido hasta la actualidad[53]. En esta segunda etapa, se afirma que los contratos previstos en la DA 41 LCSP y en la DA 17 RDL 3/2020 son prestaciones de carácter intelectual *ex lege* y, por tanto, no es necesario comprobar ni motivar elementos de innovación y de creatividad.

Este criterio ha sido seguido por buena parte de los tribunales administrativos de recursos contractuales[54] y de órganos administrativos

51. En este sentido se pronuncia el TACRC en las resoluciones 1250/2019, de 4 de noviembre (relativa a un servicio de coordinación de seguridad y salud), 1449/2019, de 11 de diciembre (relativa a un servicio de coordinación de seguridad y salud), y 637/2011, de 28 de mayo (relativa a un servicio de dirección de obra y de coordinación de seguridad y salud).

52. En la Resolución 1300/2021 del TACRC, de 29 de septiembre, se dice expresamente que "la doctrina establecida bajo la vigencia de la normativa anterior a la actual LCSP no puede mantenerse en la actualidad". Y en relación con las resoluciones anteriores, se afirma que "los recursos previos en los que este Tribunal trató la cuestión no aplicaron la nueva ley de contratos de 2017, ni, lógicamente, el Real Decreto Ley 3/2020, que es la norma aplicable para resolver la cuestión suscitada. Por ello, resulta esencial tener en consideración las novedades legislativas que introdujo en la materia la Ley 9/2017, que también ha recogido literalmente el R.D. Ley 3/2020". Si bien esta afirmación no es exacta, tal como hemos señalado en el apartado anterior (*vid*. resoluciones TACRC 1250/2019, de 4 de noviembre, 1449/2019, de 11 de diciembre, 637/2011, de 28 de mayo).

53. *Vid*. resoluciones 1366/2021, de 14 de octubre (relativa a un servicio de redacción de proyecto, dirección facultativa y de seguridad y salud), 1595/2021, de 12 de noviembre (relativa a un servicio de asistencia técnica para la redacción de pliegos e informes), y 1768/2021, de 2 de diciembre (relativa a un servicio de asistencia técnica de *Project management* y asistencia técnica de control y vigilancia de las obras y la dirección de obra).

54. Defienden este criterio el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Vizcaya, en acuerdo de 9 de septiembre de 2020; el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en acuerdo 86/2020, de 30 de octubre; y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en resoluciones 70/2019 y 71/2019, ambas de 1 de abril (si bien este Tribunal posteriormente cambia de criterio y afirma que no todas las prestaciones de la DA 41 LCSP son siempre intelectuales, sino que deben ser innovadoras, creativas y originales —resoluciones 221/2021, de 30 de julio, y 177/2022, de 20 de julio—).

A su vez, el Tribunal del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, en distintas resoluciones, considera intelectuales diversas prestaciones incluidas en la DA 41 de

consultivos[55]. Para defender este criterio se aducen los siguientes argumentos:

(i) El poder legislativo no ha establecido ninguna limitación ni ningún requisito para considerar como prestaciones de carácter intelectual las previstas en las disposiciones adicionales 41 de la LCSP y 17 del RDL 3/2020, y además el tenor literal de los preceptos es claro y no existe ninguna laguna. De modo que, si se admite una distinción del carácter intelectual para cualquiera de los servicios a los que aluden las citadas disposiciones adicionales, se estaría diferenciando donde la ley no distingue "entre prestaciones de la misma naturaleza". Y "donde la ley no distingue no le es lícito distinguir a su intérprete"[56].

(ii) El legislador no solo señala expresamente que son prestaciones de carácter intelectual las propias de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, sino que insiste en su decisión, al utilizar estos servicios a título ejemplificativo en otros lugares del articulado de la LCSP (artículos 143.2, 145.3.g], 159.1.b] y 160.4) y en la exposición de motivos (ejemplos que se recogen en los mismos términos en los artículos 66.3, 83.5 y 97.2 del RDL 3/2020)[57].

(iii) De conformidad con el artículo 3 del Código Civil, las normas deben interpretarse de acuerdo con el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas, atendiendo, fundamentalmente, a su espíritu y finalidad. Desde esta perspectiva se ha afirmado:

(i') Que la finalidad perseguida por el legislador es premiar la calidad sobre el precio[58]. Así que la configuración restrictiva de las presta-

la LCSP, sin realizar ninguna valoración sobre la originalidad, pero en ninguno de los casos las partes discutieron el carácter intelectual de las prestaciones (Resolución 122/2018, relativa a un servicio de redacción del proyecto de ejecución, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras; Resolución 123/2018, relativa a un servicio de actualización del proyecto de ejecución y dirección facultativa, y Resolución 124/2018, relativa a servicio de redacción del proyecto básico, de ejecución y la dirección facultativa).

55. Defienden este criterio la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en Informe 21/2018, de 25 de septiembre; la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, en Informe 1/2022, de 29 de abril (si bien anteriormente había sostenido el criterio contrario —Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020—), y la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, en Informe 8/2022, de 17 de noviembre.

56. Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Vizcaya, en acuerdo de 9 de septiembre de 2020, FJ 4, y Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en acuerdo 86/2020, de 30 de octubre, FD 2.

57. TACRC, en Resolución 1300/2021, de 29 de septiembre, FD 3, y Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, en Informe 8/2022, de 17 de noviembre, CJ I.

58. Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Vizcaya, en acuerdo de 9 de septiembre de 2020, FJ 4.

ciones de carácter intelectual no puede cohonestarse con el impulso que el legislador persigue dar a la calidad, no solo en la fase de adjudicación del contrato, sino también en momentos anteriores y posteriores; tal como se desprende, entre otros, de los artículos 62, 89, 90, 93 y 145 de la LCSP[59].

(ii') Que, si se analizan los antecedentes legislativos, el texto de la DA 41 de la LCSP fue introducido expresamente durante la tramitación parlamentaria por una enmienda que fue promovida por el impulso, precisamente, del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España[60].

(iv) No tiene explicación que el concepto de intelectualidad de una prestación en la LCSP deba regirse por el concepto de innovación, creatividad y originalidad que el TRLPI protege, ya que la regla general en la contratación pública —*ex* artículo 308.1 de la LCSP— es la cesión de los derechos de propiedad intelectual a la Administración, y es la excepción que estos derechos se mantengan en la esfera jurídica de su autor[61].

(v) Desde la doctrina se ha criticado la utilización de los criterios propios del TRLPI para determinar cuáles son las prestaciones intelectuales en el ámbito de la contratación pública, por el hecho de que ambas normas persiguen fines distintos. Por un lado, el TRLPI protege la originalidad de las obras y las producciones artísticas, literarias y científicas, y precisamente por ello la originalidad constituye el fundamento para proteger la autoría de la obra. En cambio, estos derechos de propiedad intelectual no son —ni deben confundirse con— las "prestaciones de carácter intelectual" de las disposiciones adicionales 41 LCSP y 17 RDL 3/2020. Y esta es la cuestión determinante; el reconocimiento de dichos servicios como prestaciones de carácter intelectual no se hace en base a la legislación de propiedad intelectual, sino singularizando los contratos que tienen por objeto estos servicios, porque la LCSP, con la finalidad esencial de valorar la calidad de la prestación, ha establecido unas particularidades normativas[62].

No obstante, conviene destacar que este criterio no es unánime. En concreto, y tomando en consideración únicamente las resoluciones poste-

59. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en acuerdo 86/2020, de 30 de octubre, FD 2.
60. TACRC, en Resolución 1300/2021, de 29 de septiembre, FD 3.
61. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en acuerdo 86/2020, de 30 de octubre, FD 2.
62. Rodríguez Zapatero (2020).

riores al 29 de septiembre de 2021 (fecha de la resolución en la que el TACRC cambia de criterio)[63], el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias —en las resoluciones 221/2021, de 30 de julio, y 177/2022, de 20 de julio— afirma que no todos los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo tienen la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual, sino que deben estar revestidos del necesario carácter innovador, creativo u original que se requiere para entender que tienen la condición de intelectuales a efectos de la LCSP, modificando así su criterio anterior, donde afirmaba la intelectualidad de las prestaciones de la DA 41 de la LCSP por imperativo legal (resoluciones 70/2019 y 71/2019, ambas de 1 de abril). El cambio de criterio del Tribunal canario se fundamenta en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, Rec. 700/2018, antes analizada (la cual, como sabemos, aplica normativa anterior; en concreto, la LCSE).

Por último, debe remarcarse que los órganos jurisdiccionales se encuentran divididos.

Por un lado, en dos resoluciones de tribunales superiores de justicia que, si bien son anteriores al 29 de septiembre de 2021 (fecha de la resolución en la que el TACRC cambia de criterio), aplican la LCSP, se exige la originalidad de la prestación para apreciar el carácter intelectual. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 187/2020, de 18 de septiembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Rec. 7415/2019, interpuesto por AGEINCO, la Asociación Gallega de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Técnicos (relativa a un servicio de coordinación de seguridad y salud), y a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 181/2021, de 26 de abril, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Rec. 558/2020, interpuesto por el Colegio Oficial de

63. Con anterioridad a esta fecha encontramos, por una parte, dos resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en las que, pese a aplicar la LCSP, se afirma que no todos los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo tienen la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual, sino que deben tener componentes innovadores, creativos u originales, que les confieran un carácter nuevo y permitan diferenciarlos de otros preexistentes (con cita de la Resolución 964/2017, de 19 de octubre, del TACRC). Dichas resoluciones son la 388/2019, de 14 de noviembre, relativa a un servicio de mantenimiento de los sistemas de información, y la 1/2020, de 10 de enero, relativa a un servicio de coordinación de seguridad y salud.

Y por otra parte, y en el mismo sentido, encontramos el Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares. Sin embargo, esta Junta Consultiva posteriormente cambia de criterio a raíz de la Resolución del TACRC 1300/2021, de 29 de septiembre, dado que —tal como detalla la propia Junta— es previsible que el criterio del TACRC se aplique a los recursos especiales en materia de contratación que le planteen en el futuro los órganos de contratación de las Islas Baleares, puesto que la competencia para resolver estos recursos la tiene atribuida el TACRC por convenio (Informe 1/2022, de 29 de abril).

Arquitectos de Extremadura (relativa a un servicio de dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud). Ambas sentencias se adhieren expresamente a las tesis que el TACRC sostenía durante el marco legal anterior y en la primera etapa del vigente marco legal (con cita de las resoluciones núm. 946/2017, 554/2018, 1111/2018 y 1141/2018) y a las tesis de las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional antes analizadas (STS 253/2017, de 26 de abril, Sala Primera, de lo Civil, Rec. 2012/2014, y SAN, de 25 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, Rec. 700/2018).

Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) ha dictado dos sentencias en las que se afirma el carácter intelectual *ex lege* de las prestaciones reconocidas en la DA 41 de la LCSP, en base al cambio de criterio del TACRC (con cita expresa de la Resolución 1300/2021). Nos referimos a la Sentencia núm. 796/2022, de 23 de junio, Rec. 33/2022, interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de León (relativa a un servicio de redacción de proyecto), y a la Sentencia núm. 930/2022, de 20 de julio, Rec. 13/2022, interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de León (relativa a un servicio de asistencia técnica para la redacción de un instrumento de planeamiento urbanístico).

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 26 de abril de 2021, ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo por el Colegio Oficial de Arquitectos de Extremadura y el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, y el alto tribunal ha admitido a trámite el recurso (Auto de 3 de marzo de 2022, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Rec. 4379/2021). En concreto, el Tribunal Supremo ha apreciado que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en determinar el alcance de la disposición adicional 41 de la LCSP, donde se asigna a las prestaciones de arquitectura la naturaleza de actividad intelectual, y en concreto, en relación con el artículo 145.4 de la LCSP, en qué casos los pliegos deben contener criterios relacionados con la calidad que representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

En conclusión, en la actualidad podemos distinguir dos posiciones diferenciadas:

a.- La seguida mayoritariamente por los tribunales de recursos contractuales y por los órganos administrativos consultivos (y por las resoluciones jurisdiccionales más recientes), que afirma que los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo previstos en la disposición adicional 41 de la LCSP y en la disposición adicional 17 del RDL 3/2020 son prestaciones de carácter intelec-

tual *ex lege* y, por tanto, no es necesario acudir al TRLPI; es decir, no es necesario comprobar ni motivar elementos de innovación y creatividad.

b.- La seguida minoritariamente por los tribunales de recursos contractuales y por los órganos administrativos consultivos, que sostiene que, para saber cuáles de los contratos previstos en la disposición adicional 41 de la LCSP y en la disposición adicional 17 del RDL 3/2020 tienen carácter intelectual, es necesario acudir al TRLPI; es decir, es necesario comprobar que incorporan componentes innovadores, creativos u originales, que les confieren un carácter nuevo y permiten diferenciarlos de otros preexistentes.

Ahora bien, la cuestión quedará finalmente decidida en el momento en que el Tribunal Supremo resuelva el recurso de casación pendiente.

3.2 ¿Qué criterios permiten identificar las prestaciones incluidas en los servicios de las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020?

Otro aspecto que no está claramente definido en la legislación contractual, y sobre el que la opinión doctrinal y la posición de los tribunales administrativos de contratación y de los órganos administrativos consultivos no es unánime, son los criterios o mecanismos a utilizar para determinar cuáles son los contratos de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo a los que la disposición adicional 41 de la LCSP y la disposición adicional 17 del RDL 3/2020 reconocen el carácter de prestaciones de carácter intelectual.

Es decir, la legislación contractual no contiene ninguna definición sobre lo que debe entenderse por servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, ni qué prestaciones contienen dichos servicios (por ejemplo, no queda claro si prestaciones como la dirección de obra, la coordinación en materia de seguridad o la redacción de un proyecto son prestaciones incluidas en los servicios de arquitectura y, en consecuencia, son intelectuales). Esta indefinición se ve de forma muy clara en el contrato de consultoría, ya que se puede manifestar de formas muy diversas (por ejemplo, estudios, análisis, informes, redacción de pliegos, consultas, etc.)[64]. De modo que es

64. Reconoce expresamente estas formas del contrato de consultoría la Resolución del TACRC 1595/2021, de 12 de noviembre, FJ 2.

necesario establecer los criterios o mecanismos para discernir cuáles son los contratos incluidos en las disposiciones adicionales 41 de la LCSP y 17 del RDL 3/2020.

Del análisis de las resoluciones y los informes de los tribunales administrativos de recursos contractuales y de los órganos administrativos consultivos, podemos distinguir tres criterios que, como veremos, en algunos casos llevan a distintas conclusiones.

3.2.1
Analizar el objeto contractual y el cuadro de características

El primero de los criterios o mecanismos es el análisis del objeto contractual y el cuadro de características. De modo que, básicamente, es necesario valorar si las prestaciones descritas en la documentación contractual se pueden incluir en las propias de los contratos de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Este criterio es utilizado por el TACRC en la Resolución 1595/2021, de 12 de noviembre[65], y en la Resolución 1768/2021, de 2 de diciembre[66], ambas relativas a un servicio de asistencia técnica.

3.2.2
Acudir a los tres primeros dígitos del CPV

El segundo criterio o mecanismo es acudir a los tres primeros dígitos del CPV (*Common Procurement Vocabulary*)[67] del contrato que se está analizando.

Esta posición se fundamenta en la regla prevista en el artículo 90.1.a) de la LCSP, que establece que, para determinar que un trabajo o servicio es de

65. En esta resolución el TACRC afirma: "En el presente caso, visto el objeto del contrato descrito en cláusula 3 del PPT y el clausulado del Cuadro de características, no puede negarse que nos encontramos ante servicios de consultoría en distintas formas: estudios, análisis, informes, redacción de pliegos, consultas, los cuales tienen naturaleza de servicios intelectuales por disposición legal".

66. En esta resolución el TACRC afirma: "Las prestaciones del contrato objeto del presente análisis son de carácter intelectual por constituir su objeto un servicio de ingeniería".

67. La nomenclatura CPV —aprobada por el Reglamento (CE) núm. 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV) (en adelante, Reglamento 2195/2002)— es un sistema de clasificación y categorización de todas las actividades susceptibles de ser contratadas mediante una licitación pública en la Unión Europea, y tiene como principal función la de permitir identificar licitaciones y adjudicaciones sin necesidad de realizar traducciones.

En este sentido, la propia LCSP prevé (artículo 2.4) que, para identificar las prestaciones objeto de los contratos típicos regulados en la citada Ley, se utiliza el "vocabulario común de contratos públicos" (CPV) o la normativa comunitaria que lo sustituya.

naturaleza igual o similar a lo que constituye el objeto del contrato, a efectos de apreciar la solvencia técnica o profesional de los licitadores, puede acudirse a los tres primeros dígitos de los códigos del CPV.

Así, por ejemplo, en un contrato de servicios de asistencia técnica para la dirección de unas obras, al que corresponde el CPV "71311300-4: servicios de consultoría en infraestructura", deberíamos tomar los tres primeros dígitos (en nuestro caso, 713) e ir a buscar así el CPV de la categoría genérica (la correspondiente al grupo)[68], que en este caso sería el CPV "71300000-1 Servicios de ingeniería". Como se desprende claramente del nombre del CPV del grupo, se trata de un servicio de ingeniería.

Siguiendo con los ejemplos, en un contrato de servicio de redacción de proyecto y estudio de seguridad y salud al que corresponde el CPV "71242000-6: Elaboración de proyectos y diseños, presupuestos", acudiríamos a los tres primeros dígitos (en este caso, 712), lo que nos daría la categoría genérica CPV "71200000-0: Servicios de arquitectura y servicios conexos". De modo que el contrato de servicio de redacción de proyecto sería un servicio de arquitectura.

Este criterio es utilizado inicialmente por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias en las resoluciones 70/2019 y 71/2019, ambas de 1 de abril, y ambas relativas a un servicio de asistencia técnica para la dirección de las obras (si bien, tal como se ha detallado *supra*, posteriormente este Tribunal cambia de criterio, en aplicación de la tesis de la Audiencia Nacional). A su vez, este criterio también lo defiende el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el

68. En la actualidad, el vocabulario CPV principal está organizado en divisiones, grupos, clases y categorías, de conformidad con el Anexo I del Reglamento 2195/2002. Según lo establecido en este Anexo:

"El vocabulario principal se basa en una estructura arborescente de códigos de hasta nueve dígitos, que corresponden a un enunciado que describe los suministros, obras o servicios objeto del contrato. El código numérico incluye ocho dígitos y se subdivide en:

— divisiones, identificadas por los dos primeros dígitos del código (XX000000-Y);
— grupos, identificados por los tres primeros dígitos del código (XXX00000-Y);
— clases, identificadas por los cuatro primeros dígitos del código (XXXX0000-Y);
— categorías, identificadas por los cinco primeros dígitos del código (XXXXX000-Y)".

Tal como se detalla en el apartado 5.1 del Manual del CPV publicado por la Comisión Europea: "El vocabulario se estructura en códigos de nueve dígitos, el último de los cuales es un dígito de control. Los dos primeros dígitos forman un bloque y corresponden a un total de 99 divisiones. Cada uno de los seis dígitos siguientes representa un nivel distinto de clasificación, de forma que en cada nivel no puede haber más de nueve grupos. Salvo en el caso de los dos primeros dígitos, al final de cada código se colocan ceros que indican el nivel de precisión del código (cuantos más ceros tiene este, más general es). En este sentido, cuando un nivel dado de clasificación no tiene más subdivisiones, se coloca un '0' en el puesto que correspondería al siguiente nivel de clasificación" (Manual disponible en: https://simap.ted.europa.eu/documents/10184/36234/cpv_2008_guide_es.pdf).

Acuerdo 86/2020, de 30 de octubre, relativo a un servicio de redacción de proyecto y estudio de seguridad y salud[69].

3.2.3
Atender al título o denominación del código CPV

El tercer criterio o mecanismo es tomar en consideración el título del código CPV, de modo que, si este título incluye alguno de los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría o urbanismo, el objeto constituye una prestación de carácter intelectual a efectos de la LCSP[70].

Esta interpretación parte de la base de que, a efectos de juzgar si la nomenclatura asignada es correcta, es necesario que el contrato quede descrito con la referencia escogida. En este sentido, tal como ha indicado el TACRC en varias resoluciones —y así se indica expresamente en el apartado 6.2 del Manual del CPV publicado por la Comisión Europea—, "las entidades adjudicadoras deben buscar el código que responda a sus necesidades con la mayor precisión posible". Lo que no excluye que "se puede, desde luego, utilizar más de un código en los formularios normalizados destinados a la publicación de los anuncios de contratos públicos [...]. Esto será necesario, por ejemplo, si no hay ningún código específico que resulte adecuado. En tales casos, sin embargo, el primero de los códigos utilizados deberá considerarse el título y será, por tanto, algo más general (con más ceros al final) que los otros códigos"[71].

Este criterio es utilizado por la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña en el Informe 8/2022, de 17 de noviembre, que en la conclusión primera establece que "tienen que calificarse, *ex lege*, como prestaciones de carácter intelectual y con los efectos que establece la LCSP, todos los objetos

69. Este Tribunal determina que, "ante la indefinición legal del concepto de prestación intelectual, el párrafo segundo del precepto recién transcrito [el artículo 90.1.a) de la LCSP] ofrece una pauta para determinar la naturaleza igual o similar del servicio al que constituye el objeto contractual, y que atiende a las tres primeras cifras del código CPV. Tal regla, en el supuesto aquí analizado, confirma la conclusión de que son objeto de la presente licitación servicios de arquitectura".

70. Expresión extraída de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña en el Informe 8/2022, de 17 de noviembre, CJ II, que dice: "[...] en tanto que son prestaciones de carácter intelectual las de los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo por disposición legal, y teniendo en cuenta que, como ya se ha indicado, en materia de contratación pública el sistema de identificación y de categorización de las actividades económicas es el CPV establecido por el Reglamento (CE) nº 2195/2002, de manera que la determinación de todos los objetos contractuales tiene que efectuarse tomándolo en consideración, procede concluir que los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo son aquellos contenidos en los CPV de estos servicios, y todos ellos deben tener la consideración de prestaciones intelectuales a los efectos de la LCSP. Así, la determinación de estos objetos hay que hacerla tomando en consideración el título del código CPV, de manera que si incluye alguno de estos servicios, el objeto constituye una prestación de carácter intelectual a efectos de la LCSP [...]".

71. Entre otras, Resolución del TACRC 543/2022, de 13 de mayo de 2022.

contractuales incluidos en los CPV de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo que el Reglamento (CE) nº 2195/2002, modificado por el Reglamento (CE) nº 213/2008 clasifica con esta denominación".

Debe destacarse que, si tomamos el segundo ejemplo utilizado anteriormente, esto es, un contrato de servicio de redacción de proyecto y estudio de seguridad y salud al que corresponde el CPV "71242000-6: Elaboración de proyectos y diseños, presupuestos", siguiendo el criterio que acabamos de detallar no se consideraría *automáticamente* un contrato intelectual, por no incluir en el título o en la denominación del CPV ninguno de los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo (lo que no excluiría la posibilidad de considerarlo intelectual, por el carácter de *numerus apertus* de la lista de servicios incluidos en las disposiciones adicionales 41 de la LCSP y 17 del RDL 3/2020, pero habría que realizar un análisis del carácter intelectual en base a los criterios del TRLPI; es decir, valorar su originalidad).

En cambio, sí que se considerarían intelectuales, de conformidad con el presente criterio, contratos a los que corresponda el CPV "71221000-3 Servicios de arquitectura para edificios" o el CPV "71222000-0 Servicios de arquitectura para instalaciones al aire libre", por incluir en ambos casos el servicio de arquitectura en la descripción del correspondiente CPV.

3.3 ¿Algún servicio no incluido en las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020 puede tener carácter intelectual a efectos de la legislación contractual?

Existe unanimidad —tanto en la doctrina[72] como en los órganos consultivos[73] y tribunales administrativos de recursos contractuales[74]— al afirmar que la lista de servicios de las disposiciones adicionales 41 de la LCSP y 17 del RDL 3/2020 no

72. Entre otros, Díaz Fernández (2018: 3); Rubio Beltrán (2019).

73. Se pronuncian expresamente en este sentido la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Informe 20/19; la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, en el Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020; la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el Informe 6/2019, de 29 de octubre; y la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, en el Informe 8/2022, de 17 de noviembre.

74. El TACRC ha admitido la posibilidad de que contratos no vinculados con la arquitectura, la ingeniería, la consultoría y el urbanismo tengan carácter intelectual, pero lo ha hecho en resoluciones anteriores a la LCSP y al RDL 3/2020. En concreto, en la Resolución 1111/2018, de 30 de noviembre (relativa a un servicio de asistencia técnica y colaboración en materia de gestión, recaudación e inspección de tributos), y en la Resolución 1141/2018, de 7 de diciembre (relativa a un servicio de representación y defensa jurídica en los distintos órdenes jurisdiccionales). Conviene destacar que en ambos casos se niega el carácter intelectual al contrato concreto.

son necesariamente las únicas prestaciones con carácter intelectual a efectos de la legislación contractual. No obstante, conviene destacar que esta cuestión ha recibido mucha menos atención, y a menudo la afirmación del carácter de *numerus apertus* de la lista de servicios incluidos en las citadas disposiciones adicionales se hace de pasada y sin fundamentación o argumentación.

El principal argumento para defender la tesis del *numerus apertus* es el tenor literal de la LCSP y del RDL 3/2020, que, tal como se ha ido detallando en los apartados anteriores, a lo largo de su articulado enumeran los servicios de arquitectura, ingeniería y consultoría a título meramente ejemplificativo de las posibles prestaciones de carácter intelectual, pero sin que, consecuentemente, sean las únicas que potencialmente pueden tener ese carácter. Esto es perfectamente coherente con el hecho de que, de las muchas prestaciones de carácter intelectual que pueden existir, se reconozca expresamente este carácter a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo en las disposiciones adicionales 41 de la LCSP y 17 del RDL 3/2020. Así pues, en palabras de Díaz Fernández, los servicios con prestaciones intelectuales "son todos los que están en la Disposición Adicional, pero no están todos los que son"[75].

De hecho, tal como han apuntado algunos autores, las prestaciones de carácter intelectual no necesariamente deben restringirse al contrato de servicios (como parece apuntar la LCSP), sino que una interpretación más alineada con los principios de la Ley aconseja ampliar esta concepción e incluir determinados suministros, que podrían licitarse mediante un procedimiento de asociación para la innovación (por ejemplo, el suministro de nuevos medicamentos en que en la fase de diseño o investigación se realiza una verdadera tarea intelectual y no, en cambio, en la fabricación)[76]. No obstante, en el presente trabajo nos centraremos exclusivamente en el análisis de los contratos de servicio.

Ahora bien, reconocida la posibilidad de considerar prestaciones intelectuales a otros servicios más allá de los expresamente detallados en la LCSP y en el RDL 3/2020, la cuestión relevante —y no resuelta— es determinar cuáles pueden ser estos servicios; cuestión que abordamos en el siguiente apartado.

75. Díaz Fernández (2018: 3).
76. Díaz Fernández (2018: 2).
En el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el Informe 6/2019, de 29 de octubre (CJ II), afirma que, aunque del artículo 145.3.g) de la LCSP parece desprenderse que los contratos de servicios serían los únicos que contienen prestaciones de carácter intelectual, es posible afirmar que las tengan otros contratos como, por ejemplo, un contrato de suministro de bienes nuevos realizado a través del procedimiento de asociación para la innovación en que en la fase de diseño se ha realizado una clara labor intelectual y científica de investigación.

3.4
¿Qué criterios permiten identificar los demás servicios intelectuales?

Lo primero que llama la atención, al abordar qué contratos pueden considerarse prestaciones intelectuales, es la falta de regulación y la desatención de esta cuestión por parte de la doctrina —más allá de algún supuesto concreto (por ejemplo, los servicios jurídicos)[77]—; sobre todo debido a que las especialidades previstas en la LCSP para las prestaciones de carácter intelectual (en especial, las previstas en el artículo 145.4 de la LCSP) son de aplicación obligatoria (y, en consecuencia, su incumplimiento conlleva un vicio de validez). Esta desatención solo puede explicarse por el hecho de que, como se ha dicho, el análisis de las prestaciones de carácter intelectual en la legislación contractual ha estado absolutamente condicionado por la actuación de unas determinadas asociaciones vinculadas con la arquitectura y la ingeniería.

Ahora bien, la mayor dificultad radica en que —como han destacado de forma reiterada la doctrina[78] y los órganos administrativos consultivos[79]— en buena parte de las prestaciones que contratan los poderes adjudicadores mediante el contrato de servicios intervienen procesos humanos intelectuales, lo que dificulta trazar una línea entre los contratos de servicios que deben considerarse intelectuales y los que no.

Así, aunque no es posible realizar una lista cerrada de posibles servicios de carácter intelectual, sí es factible apuntar algunos criterios que nos permiten identificarlos, a efectos de aplicar las especialidades previstas en la LCSP.

En concreto, podemos distinguir dos criterios que, como veremos, son complementarios entre sí.

3.4.1
Valorar la originalidad de la prestación

El principal criterio para poder considerar que un contrato es intelectual a efectos de la legislación contractual es la originalidad de la prestación.

Tal como hemos detallado *supra* (ver apartado 3.1.1), ante la falta de criterios propios en las normas de contratación pública, se ha acudido a las previsiones del TRLPI (artículo 10.1), que, como ha establecido el Tribunal Su-

77. Rubio Beltrán (2019).
78. Blanco López (2003).
79. Informe 6/2019, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, CJ II.

premo, exige que la prestación tenga componentes innovadores, creativos u originales que permitan diferenciarlos de otros preexistentes (STS 253/2017, de 26 de abril, Sala Primera, de lo Civil, Rec. 2012/2014, FJ 9.3).

Así pues, aunque un determinado servicio implique el desarrollo de un trabajo intelectual profesional, si no predomina un carácter innovador y original, no tiene carácter intelectual a efectos de aplicar las especialidades previstas por la legislación contractual. Será necesario, por tanto, realizar un análisis caso por caso sobre la base de la normativa de propiedad intelectual[80].

Por tanto, la originalidad, la innovación y la creatividad nos deben permitir diferenciar los trabajos de tipo rutinario —en los que puede existir un proceso humano intelectual, pero en grado más limitado— de las tareas propias del asesoramiento más complejo e individualizado en las que predomina el componente intelectual[81].

Desde esta perspectiva, el TACRC ha negado el carácter intelectual de un servicio de asistencia técnica y colaboración en materia de gestión, recaudación e inspección de tributos (Resolución 1111/2018, de 30 de noviembre) y de un servicio de representación y defensa jurídica en los diversos órdenes jurisdiccionales (Resolución 1141/2018, de 7 de diciembre).

3.4.2
Apreciar si del contrato surgen derechos de propiedad intelectual

Un segundo criterio, que es complementario —o consecuencia— del primero, es el análisis de si el objeto del contrato es susceptible de generar un producto protegido por un derecho de propiedad intelectual[82].

Tal como se ha detallado en el apartado anterior, el elemento que permite apreciar la intelectualidad de una prestación a efectos de la legislación contractual se ha hecho coincidir con el elemento que permite apreciar la existencia de un derecho de propiedad intelectual en el TRLPI: la originalidad. Por tanto, cuando de la ejecución del contrato se genere un derecho de propiedad intelectual, la prestación cumple con el requisito de originalidad exigido por el TRLPI. Y, correlativamente, cumple con el requisito de originalidad exigido para apreciar que es una prestación intelectual a efectos de la legislación contractual.

80. En estos mismos términos se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña en el Informe 8/2022, de 17 de noviembre, CJ III.
81. En un sentido similar, Informe 6/2019, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, CJ II.
82. En el mismo sentido, Mendoza Jiménez (2019).

En otras palabras, en caso de que de la ejecución del contrato se genere un derecho de propiedad intelectual nos encontraremos ante una prestación innovadora, creativa y dotada de la originalidad exigida por el TRLPI y, en consecuencia, se cumplirá con el requisito de originalidad exigido para ser considerada una prestación intelectual en la legislación contractual.

Siguiendo a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (Informe 6/2019, de 29 de octubre, CJ II), "la clave para la designación o no de una prestación como de carácter intelectual debe estar en la creatividad (concepto cuanto menos abstracto) y en el papel que juegue la propiedad intelectual, es decir, si de los trabajos que se realicen en el marco del contrato se derivaran productos o subproductos que pudieran encuadrarse en este ámbito".

Así, cuando en los pliegos de cláusulas administrativas se prevea una cláusula en la que se detalle que el contrato tiene por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial (en los términos del artículo 308.1 de la LCSP), es posible afirmar que el contrato es intelectual a efectos de la legislación contractual. Este criterio ha sido sostenido por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias (Resolución 177/2022, de 20 de julio, FD 5), que afirma lo siguiente:

> "[...] en el supuesto que nos ocupa se da una circunstancia fundamental y decisiva a la hora de resolver el recurso interpuesto, cual es que la cláusula 25.6 del PCAP establece la siguiente condición de ejecución del contrato: '25.6. El contrato de servicios objeto de este pliego tiene por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial que llevará aparejada la cesión de este al Ayuntamiento de Santiago del Teide'. Consecuentemente, ha de concluirse que, siendo el servicio de arquitectura o ingeniería licitado susceptible de generar un producto protegido por un derecho de propiedad intelectual, no cabe duda alguna de que nos encontramos ante una prestación innovadora, creativa y dotada de tal originalidad que debe ser calificada como intelectual a los efectos contemplados la normativa vigente en materia de contratación pública".

Una de las consecuencias prácticas de la aplicación de este criterio se da en relación con el procedimiento de asociación para la innovación. En este procedimiento —tal como se ha detallado *supra*— la LCSP ha previsto como obligatorio que el órgano de contratación defina en los pliegos de cláusulas administrativas particulares las disposiciones aplicables

a los derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 177.1 de la LCSP). Esto nos permite afirmar que la utilización del procedimiento de asociación para la innovación es un indicio de la intelectualidad de la prestación.

No obstante, la valoración de qué servicios son susceptibles de generar derechos de propiedad intelectual es eminentemente casuística y deberá realizarse analizando la legislación en materia de propiedad intelectual. Si bien un análisis en profundidad de esta cuestión desbordaría el objeto del presente trabajo, resulta conveniente dejar apuntado el concepto de obra protegida establecido por el TRLPI y sus requisitos.

El Capítulo II del Título II del TRLPI, bajo el epígrafe "Objeto", regula en los artículos 10 a 13 las obras que son objeto de protección por los derechos de propiedad intelectual. En concreto, el artículo 10 del TRLPI dispone que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. Seguidamente el citado artículo enumera de forma ejemplificativa algunas de las categorías creativas que son susceptibles de ser protegidas, si bien el listado es *numerus apertus*, lo que conlleva que puede tener la consideración de obra protegida cualquier creación que cumpla con los requisitos establecidos en el TRLPI[83].

Los requisitos que deben cumplir las obras para estar protegidas por los derechos de propiedad intelectual son los siguientes (artículo 10 del TRLPI)[84]:

a) Creación: el TRLPI protege las creaciones del género literario, artístico y científico.
b) Originalidad: la obra debe ser algo nuevo en relación con lo existente. Esta originalidad puede ser objetiva, es decir, que permite diferenciar la obra de las otras, o subjetiva, cuando la creación tiene origen en una persona y es expresión de su personalidad[85].
c) Plasmación en un soporte: la obra debe ser perceptible por los sentidos, debe estar plasmada en un soporte tangible o intangible. Por tanto, no se protegen las "ideas desnudas", esto es, sin expresión material[86].

83. VV. AA. (2023: 71).
84. VV. AA. (2023: 71-72).
85. Sobre el concepto de originalidad y sus dos vertientes (objetiva y subjetiva), *vid.* Martín Salamanca (2017: 61-69).
86. Martín Salamanca (2017: 60-61).

4
Conclusiones

1.— La LCSP y el RDL 3/2020 no contienen una conceptualización ni una definición de lo que son las prestaciones de carácter intelectual, sino que se limitan a reconocer expresamente la intelectualidad de determinados servicios (arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo), sin detallar el tipo de servicios que reúnen estas características a efectos de aplicar las previsiones legales. Tampoco establecen si pueden existir otras prestaciones de carácter intelectual más allá de las expresamente mencionadas en la disposición adicional 41 de la LCSP y en la disposición adicional 17 del RDL 3/2020.

2.— La LCSP prevé unas normas específicas y singulares para contratar las prestaciones de carácter intelectual vinculadas con los procedimientos de adjudicación y con los criterios de adjudicación. Estas previsiones responden al objetivo de obtener la mejor calidad de la prestación.

Por una parte, las reglas especiales relativas a los procedimientos de adjudicación son: (i) la prohibición de la utilización de la subasta electrónica (artículo 143.2 de la LCSP); (ii) la consideración de que el procedimiento restringido es especialmente adecuado para la contratación de servicios intelectuales de especial complejidad (artículo 160.4 de la LCSP); (iii) la previsión de que se tendrán que aplicar las normas del concurso de proyectos para la contratación de la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería o de urbanismo de especial complejidad cuando, además, se contraten conjuntamente los trabajos complementarios y la dirección de obras (artículo 183.3 de la LCSP); y (iv) la prohibición de la utilización del procedimiento abierto simplificado sumario (artículo 159.6 de la LCSP).

Y, por otra parte, las reglas relativas a los criterios de adjudicación son: (i) la obligatoriedad de utilizar varios criterios de adjudicación (artículo 145.3.g] de la LCSP); (ii) la obligación de que los criterios relacionados con la calidad representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación (artículo 145.4, segundo párrafo, de la LCSP); y (iii) la posibilidad de que en los procedimientos abiertos simplificados los criterios sometidos a juicio de valor puedan llegar a representar el 45 por ciento del total (artículo 159.1.b] de la LCSP).

3.— La LCSP contiene también diversas previsiones sobre los derechos de propiedad intelectual, las cuales se pueden agrupar en las siguientes categorías: (i) previsiones de los pliegos; (ii) procedimiento de adjudicación; y (iii) contratos excluidos.

(i) En cuanto a las previsiones sobre los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la LCSP establece, con carácter general, la posibilidad de que en este documento se especifique si se exige la transferencia de

derechos de propiedad intelectual o industrial (artículo 122 de la LCSP). Posibilidad que resulta obligatoria en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del procedimiento de asociación para la innovación (artículo 177.1 de la LCSP).

Además, en relación con el contrato de servicios, la LCSP establece que los contratos de esta tipología que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante (a no ser que los pliegos excluyan expresamente la cesión) (artículo 308 de la LCSP).

(ii) La LCSP prevé la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad en los casos en que la prestación solo pueda encomendarse a un empresario determinado por el hecho de que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 168.a] 2.° de la LCSP). Se podrá utilizar este procedimiento cuando el empresario que debe ejecutar la prestación ya sea el titular —exclusivo— de los derechos de propiedad intelectual, pero no cuando estos derechos surjan de la propia ejecución del contrato, ni cuando el objeto del contrato sea la propia adquisición de dichos derechos.

(iii) La LCSP excluye de su ámbito de aplicación los contratos sobre propiedades incorporales (artículo 9.2 de la LCSP), que incluyen derechos de propiedad intelectual. La relación de esa exclusión con los derechos de propiedad intelectual es una cuestión mal resuelta en el texto legal. En particular, el alcance concreto de esta exclusión en los contratos que tienen por objeto una obra en el sentido del TRLPI es una cuestión controvertida y sobre la que no existe unanimidad doctrinal.

4.— Actualmente existen dos posiciones diferenciadas sobre si los servicios de arquitectura, de ingeniería, de consultoría y de urbanismo regulados expresamente por las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020 son siempre, y en todo caso, intelectuales.

La posición seguida mayoritariamente por los tribunales de recursos contractuales y por los órganos administrativos consultivos (y por las resoluciones jurisdiccionales más recientes) afirma que son prestaciones de carácter intelectual *ex lege*, y, por tanto, no es necesario acudir al TRLPI; es decir, no es necesario comprobar ni motivar elementos de innovación y creatividad.

La posición seguida minoritariamente por los tribunales de recursos contractuales y por los órganos administrativos consultivos sostiene que, para saber cuáles de los contratos previstos en la disposición adicional 41 de la LCSP y en la disposición adicional 17 del RDL 3/2020 tienen carácter intelectual, es necesario acudir al TRLPI; es decir, es necesario comprobar que

contienen componentes innovadores, creativos u originales, que les confieren un carácter nuevo y permiten diferenciarlos de otros preexistentes.

No obstante, la cuestión quedará finalmente aclarada en el momento en que el Tribunal Supremo resuelva el recurso de casación pendiente.

5.— Los criterios o los mecanismos para determinar cuáles son los contratos de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo a los que la disposición adicional 41 de la LCSP y la disposición adicional 17 del RDL 3/2020 reconocen el carácter de prestaciones intelectuales, utilizados por los tribunales administrativos de recursos contractuales y de los órganos administrativos consultivos, son tres: (i) analizar el objeto contractual y el cuadro de características; (ii) acudir a los tres primeros dígitos del CPV; y (iii) atender al título o la denominación del código CPV.

6.— Existe unanimidad al afirmar que servicios no incluidos en las disposiciones adicionales de la LCSP y del RDL 3/2020 pueden tener carácter intelectual a efectos de la legislación contractual (es decir, estas disposiciones adicionales son *numerus apertus*). No obstante, no está resuelta la cuestión de cuáles pueden ser estos servicios. La desatención de esta cuestión solo puede explicarse por el hecho de que el análisis de las prestaciones de carácter intelectual en la legislación contractual ha estado absolutamente condicionado por la actuación de unas determinadas asociaciones vinculadas con la arquitectura y la ingeniería.

7.— No es factible realizar una relación cerrada de los posibles servicios no incluidos en las disposiciones adicionales que pueden tener carácter intelectual, pero sí apuntar los criterios que nos permiten identificarlos. Estos criterios son: (i) la originalidad de la prestación, y (ii) el análisis de si el objeto del contrato es susceptible de generar un producto protegido por el derecho de propiedad intelectual.

El hecho de haber establecido la originalidad como criterio para apreciar la intelectualidad de una prestación a efectos de la legislación contractual conlleva la utilización del mismo elemento que permite apreciar la existencia de un derecho de propiedad intelectual en el TRLPI. Por tanto, cuando de la ejecución del contrato se genere un derecho de propiedad intelectual, la prestación cumple con el requisito de originalidad exigido por el TRLPI. Y, correlativamente, cumple también con el requisito de originalidad exigido para apreciar que es una prestación intelectual a efectos de la legislación contractual.

En consecuencia, cuando en los pliegos de cláusulas administrativas se prevea una cláusula en la que se detalle que el contrato tiene por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial (en los términos del artículo 308.1 de la

LCSP), es posible afirmar que el contrato es intelectual a efectos de la legislación contractual.

Es más, es posible afirmar que la utilización del procedimiento de asociación para la innovación es un indicio de la intelectualidad de la prestación, puesto que la LCSP ha previsto como obligatorio definir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial.

No obstante, la determinación de qué contratos son susceptibles de generar derechos de propiedad intelectual es eminentemente casuística y deberá realizarse analizando la legislación en materia de propiedad intelectual. En este sentido, el TRLPI protege las obras del género literario, artístico y científico, plasmadas en un soporte tangible o intangible, siempre que sean originales (la obra debe ser algo nuevo en relación con lo existente).

5
Bibliografía

Blanco López, F. (2003). Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios. *Contratación Administrativa Práctica*, 26, 40-51.

Carrillo Donaire, J. A. y Benítez Rufino, A. (2021). Revés al subasteo de servicios intelectuales. A propósito de la reciente Resolución del TACRC nº 1300/2021, de 1 de septiembre. *Observatorio de Contratación Pública*, 18-10-2021. Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/reves-al-subasteo-de-servicios-intelectuales-proposito-de-la-reciente-resolucion-del.

Delgado Piqueras, F. (2018). El procedimiento restringido en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. *Revista Vasca de Administración Pública*, 110, 97-116.

Díaz Fernández, J. (2018). Adjudicación y valoración de las prestaciones de carácter intelectual en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Actualidad Administrativa*, 10.

Estrada López, J. A. (2020). La contratación artística en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público: la necesidad del cambio para poder avanzar. *Periférica*, 21, 96-105.

Gimeno Feliu, J. M.ª (2018a). Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 48, 312-345.

— (2018b). La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos. Diferencias entre la transferen-

cia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorporales (derechos intelectuales). *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 18, 21-44.

— (2019). Seminario sobre Contratación Pública 2019: la Ley de Contratos de Sector Público 9/2017 como transposición del derecho europeo. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones. *V Seminari de contractació de l'Escola d'Administració Pública de Barcelona*, sessió de 13 de novembre de 2019.

— (2020). Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 19-60.

González García, J. V. (2021). Consultoría, ingeniería, arquitectura y urbanismo como prestaciones de carácter intelectual en la legislación de la contratación pública. *Observatorio de Contratación Pública*, 28-6-2021. Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/consultoria-ingenieria-arquitectura-y-urbanismo-como-prestaciones-de-caracter-intelectual.

Huergo Lora, A. (2020). La transferencia de conocimiento y los contratos del artículo 83 de la LOU. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 24, 301-343.

Lada Ferreras, A. (2019). Los contratos de producción en la contratación pública. *Contratación Administrativa Práctica*, 164, 33-38.

Martín Salamanca, S. (2017). Derecho de autor. En M. Ruiz Muñoz (dir.). *Derecho de la propiedad intelectual: derecho de autor y propiedad industrial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Mellado Ruiz, L. (2018). El ámbito objetivo de la LCSP. Tipos contractuales y negocios y contratos excluidos. En I. Gallego Córcoles y E. Gamero Casado (coords.). *Tratado de contratos del sector público* (pp. 555-616). Madrid: Tirant lo Blanch.

Mendoza Jiménez, J. (2019). Las prestaciones de carácter intelectual en la LCSP: una aproximación práctica. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, extraordinario marzo, 783-798.

Menéndez Sebastián, E. M. (2002). *El contrato de consultoría y asistencia*. Madrid: Civitas.

Rodríguez Zapatero, J. (2020). Los servicios de arquitectura y urbanismo en la LCSP, como prestaciones de carácter intelectual. La calidad como elemento determinante. *Contratación Administrativa Práctica*, 166, 103-121.

Rogel Vide, C. (2023). Las obras arquitectónicas en la Ley de Propiedad Intelectual. En C. Rogel Vide (coord.). *Obras arquitectónicas y propiedad intelectual* (pp. 47-64). Madrid: Reus editorial.

Rubio Beltrán, J. (2019). La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *REALA*, 11, 184-203.

Sanmartín Mora, M.ª A. (2018). La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la ley 9/2017 de contratos del sector público. *Observatorio de Contratación Pública*, 22-1-2018. Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/la-contratacion-de-prestaciones-de-caracter-intelectual-en-la-ley-92017-de-contratos-del.

Tolivar Alas, L. y Menéndez Sebastián, E. M.ª (2008). Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. *Revista de Administración Pública*, 176, 55-88.

Vázquez Matilla, J. (2019). La inseguridad en las prestaciones intelectuales. *Blog del Despacho de Javier Vázquez*, 7-2-2019. Disponible en: https://www.javiervazquezmatilla.com/la-inseguridad-en-las-prestaciones-intelectuales/.

— (2022). El negociado sin publicidad por exclusividad técnica y artística. Reforzamiento de la seguridad jurídica a través de los anuncios de transparencia previa voluntaria. *Contratación Administrativa Práctica*, 179, 69-88.

VV. AA. (2023). *Practicum Propiedad Intelectual 2023*. Pamplona: Aranzadi.

6
Anexo: informes, resoluciones y sentencias

6.1
Emitidas en aplicación de la LCSP 2007, del TRLCSP y de la LCSE, que afirman que no todos los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo son prestaciones de carácter intelectual, y que para saber si un servicio es intelectual es necesario comprobar que tenga componentes innovadores, creativos u originales

6.1.1
Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

- Resolución 964/2017, de 19 de octubre
  - Servicio de asistencia técnica de *Project management*.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
- Resolución 544/2018, de 1 de junio
  - Servicio de asistencia técnica de *Project management*.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.1.2
Audiencia Nacional

- Sentencia de 25 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, Rec. 700/2018
  - Confirma la Resolución 544/2018, de 1 de junio, del TACRC.
  - Servicio de asistencia técnica de *Project management*.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.2
Emitidas en aplicación de la LCSP y del RDL 3/2020, que afirman que no todos los contratos de la DA 41 LCSP y de la DA 17 RDL 3/2020 son prestaciones de carácter intelectual, y que para saber si un servicio es intelectual es necesario comprobar que tenga componentes innovadores, creativos u originales

6.2.1
Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

- Resolución 1250/2019, de 4 de noviembre
  - Servicio de coordinación de seguridad y salud.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
- Resolución 1449/2019, de 11 de diciembre
  - Servicio de coordinación de seguridad y salud.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
- Resolución 637/2021, de 28 de mayo
  - Servicio de dirección de obra y coordinación de seguridad y salud.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.2.2
Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

- Resolución 388/2019, de 14 de noviembre
  - Servicio de mantenimiento de los sistemas de información (CPV 72000000-5: Servicios TI: consultoría, desarrollo de *software*, internet y soporte).
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

- Resolución 1/2020, de 10 de enero
  - Servicio de coordinación de seguridad y salud.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.2.3
Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias

- Resolución 221/2021, de 30 de julio (cambio de criterio)
  - El Tribunal canario afirmaba la intelectualidad *ex lege* de los servicios de la DA 41 LCSP (resoluciones 70/2019 y 71/2019, de 1 de abril). El cambio de criterio se fundamenta en las resoluciones del TACRC núm. 544/2018, de 1 de junio, y núm. 637/2021, de 28 de mayo, y especialmente en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2019 (Rec. 700/2018).
  - Servicio de dirección de obra.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
- Resolución 177/2022, de 20 de julio
  - Servicio de redacción proyecto básico y de ejecución, dirección de la obra y coordinación en materia de seguridad y salud.
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.2.4
Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares

- Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020
  - La consulta se refiere a si todos los servicios de la DA 41 son intelectuales y si solo tienen tal consideración los servicios de la citada DA 41.

6.2.5
Tribunal Superior de Justicia de Galicia

- Sentencia núm. 187/2020, de 18 de septiembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Rec. 7415/2019
  - Servicio de coordinación de seguridad y salud.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.2.6
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

- Sentencia núm. 181/2021, de 26 de abril, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Rec. 558/2020
  - Servicio de dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
  - Pendiente de resolución de recurso de casación por el Tribunal Supremo (Auto de 3 de marzo de 2022, Rec. 4379/2021).

6.3
Emitidas en aplicación de la LCSP y del RDL 3/2020, que afirman que los contratos de la DA 41 LCSP y de la DA 17 RDL 3/2020 son prestaciones de carácter intelectual *ex lege*

6.3.1
Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

- Resolución 1300/2021, de 29 de septiembre (cambio de criterio)
  - Primera resolución del TACRC que admite el carácter intelectual *ex lege* de los contratos de la DA 41 LCSP y de la DA 17 RDL 3/2020, no siendo necesario, por tanto, comprobar ni motivar los elementos de innovación y creatividad.
  - Servicio de asistencia técnica para la redacción de un proyecto.
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
- Resolución 1366/2021, de 14 de octubre
  - Servicio de redacción de proyecto, dirección facultativa y de seguridad y salud.
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
- Resolución 1595/2021, de 12 de noviembre
  - Servicio de asistencia técnica de soporte al departamento de operaciones portuarias para la redacción de pliegos e informes (CPV 71356200-0 Servicios de asistencia técnica).
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
- Resolución 1768/2021, de 2 de diciembre
  - Servicio de asistencia técnica de *Project management* y asistencia técnica de control y vigilancia de las obras y la dirección de obra.
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.3.2
Tribunal del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi

- Resolución 122/2018, de 27 de septiembre
  - Servicio de redacción del proyecto de ejecución, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras.
  - Las partes no discuten el carácter intelectual de la prestación (ambas lo admiten).
- Resolución 123/2018, de 28 de septiembre
  - Servicio de actualización del proyecto de ejecución y dirección facultativa.
  - Las partes no discuten el carácter intelectual de la prestación (ambas lo admiten).
- Resolución 124/2018, de 28 de septiembre
  - Servicio de redacción del proyecto básico, de ejecución y la dirección facultativa.
  - Las partes no discuten el carácter intelectual de la prestación (ambas lo admiten).

6.3.3
Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Vizcaya

- Acuerdo de 9 de septiembre de 2020
  - Servicio de arquitectura, ingeniería y planificación (CPV 71240000-2: Servicios de arquitectura, ingeniería y planificación).
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.3.4
Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias

- Resolución 70/2019, de 1 de abril
  - Servicio de asistencia técnica para la dirección de las obras (CPV 71311300-4: Servicios de consultoría en infraestructura).
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

- Resolución 71/2019, de 1 de abril
  - Servicio de asistencia técnica para la dirección de las obras (CPV 71311300-4: Servicios de consultoría en infraestructura).
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.3.5
Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

- Acuerdo 86/2020, de 30 de octubre
  - Servicio de redacción de proyecto y estudio de seguridad y salud (CPV 71242000-6: Elaboración de proyectos y diseños, presupuestos).
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.3.6
Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

- Informe 21/2018, de 25 de septiembre
  - La pregunta se refiere a un contrato menor de servicios de dirección de obra; en lo que aquí interesa, si se puede fijar como único criterio de adjudicación el precio.
  - La Junta afirma que el contrato de servicios de dirección de obra está recogido de forma expresa en la DA 41 de la LCSP, y de esto infiere que se considera que los contratos de la DA 41 LCSP son prestaciones de carácter intelectual *ex lege*.

6.3.7
Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares

- Informe 1/2022, de 29 de abril (cambio de criterio)
  - La Junta afirmaba que no todos los contratos de la DA 41 LCSP son intelectuales (Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020). El cambio de criterio se fundamenta en la Resolución del TACRC 1300/2021, de 29 de septiembre.

- La consulta se refiere a si todas las prestaciones correspondientes a los servicios de arquitectura, construcción, ingeniería e inspección, detalladas en el CPV 71000000-8, pueden considerarse prestaciones de carácter intelectual; y si los servicios de asistencia técnica a la dirección de obras, coordinación de seguridad y salud, o vigilancia ambiental, estarían incluidos en la anterior categoría de contratos.

6.3.8
Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña

- Informe 8/2022, de 17 de noviembre
  - La consulta se refiere a si deben recibir la calificación de prestaciones de carácter intelectual todos los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo establecidos con esta denominación en el Reglamento (CE) núm. 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y, por tanto, incluidos en los CPV correspondientes; o solo aquellos servicios de estas categorías que son objeto de propiedad intelectual.
  - La Junta afirma que para saber si el contrato se encuentra incluido en la DA 41 LCSP debe atenderse al título del código CPV.

6.3.9
Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid

- Sentencia núm. 796/2022, de 23 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Rec. 33/2022
  - Servicio de redacción de proyecto.
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
- Sentencia núm. 930/2022, de 20 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Rec. 13/2022
  - Servicio de asistencia técnica para la redacción de un instrumento de planeamiento urbanístico.
  - Se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.4
Emitidas en aplicación de la LCSP y del RDL 3/2020 en relación con servicios no incluidos en la DA 41 LCSP y en la DA 17 RDL 3/2020 que afirman el carácter de *números apertus* de estas disposiciones, y que para saber si un servicio es intelectual es necesario comprobar que tengan componentes innovadores, creativos u originales

6.4.1
Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

- Resolución 1111/2018, de 30 de noviembre
  - Servicio de asistencia técnica y colaboración en materia de gestión, recaudación e inspección de tributos.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.
- Resolución 1141/2018, de 7 de diciembre
  - Servicio de representación y defensa jurídica en los distintos órdenes jurisdiccionales.
  - No se reconoce el carácter intelectual de la prestación.

6.4.2
Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

- Informe 6/2019, de 29 de octubre
  - Se analiza el alcance material del concepto de prestación de carácter intelectual a efectos de la LCSP.
  - La DA 41 LCSP es *numerus apertus*: para determinar el carácter intelectual de una prestación es necesario valorar la creatividad y el papel que juegue la propiedad intelectual.

6.4.3
Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

- Informe 20/2019, de 21 de octubre
  - La consulta se refiere a si debe considerarse como prestación de carácter intelectual un contrato de servicios de publicidad institucional (CPV 79341400-0: Servicios de campañas de publicidad).

— La DA 41 LCSP es *numerus apertus*: para determinar si un contrato es de carácter intelectual, se debe valorar el contenido de cada prestación por su importancia en el todo unitario que constituye el contrato.

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en materia de autonomía local*

Juan Antonio Xiol Ríos
Magistrado y vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional

1. **Panorama general**
2. **Autonomía local**
   2.1. Cooperación en materia de educación
   2.2. Urbanismo y medio ambiente
3. **Derechos constitucionales**
4. **Referencias a la ejecución de actos administrativos dictados por los entes locales**
   4.1. Libertad de empresa
   4.2. Derecho de manifestación
5. **Funcionarios y personal**
6. **Requisitos para la promoción de grupos de cuerpos o escalas**
7. **Medio ambiente**
8. **Procedimiento administrativo**
9. **Haciendas locales**
   9.1. Competencia en materia de Hacienda local
   9.2. Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana
10. **El Real Decreto-ley 26/2021**
11. **Régimen de las autoliquidaciones**
12. **Inflación y capacidad económica**

Resumen

En el presente artículo se ofrece una panorámica general de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al principio de autonomía

* El presente texto trae causa de la ponencia presentada, en julio de 2023, en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local "Josep Maria Esquerda" 2023, organizado por la Diputación de Barcelona, la Fundación Democracia y Gobierno Local, y la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

local y con incidencia en el estatuto jurídico de los Gobiernos locales emanada en el período comprendido entre junio de 2022 y junio de 2023. Como podrá comprobarse, las resoluciones de la jurisdicción constitucional seleccionadas para su reseña en esta contribución afectan a cuestiones variadas, pudiendo destacarse, entre otras, las referentes a la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para la atribución a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional de la competencia para conocer de la autorización o ratificación judicial de las medidas para la protección de la salud pública que impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente, o al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

Palabras clave: *Tribunal Constitucional; autonomía local; derechos constitucionales; empleo público; medio ambiente; procedimiento administrativo; Haciendas locales.*

Recent Constitutional Court's case law on local autonomy

Abstract

This article offers a general overview of the Constitutional Court's case law (June 2022 — June 2023) on the principle of local autonomy and its impact on the legal framework of local governments. In this regard, the selected judgments of the Constitutional Court are related to, inter alia, (i) the reform of Law 29/1998, of July 13, of the Contentious-Administrative Jurisdiction, which provides to the Contentious-Administrative Chambers of the Autonomous Communities High Courts and the National High Court the competence to review the authorization or, in other words, provides the judiciary with the power of ratifying the administrative measures for the protection of public health that imply a limitation or restriction of fundamental rights when their recipients are not individually identified, or (ii) the tax on the increase in the value of urban land.

Keywords: Constitutional Court; local autonomy; constitutional rights; public employment; environment; administrative procedure; financial local law.

1
Panorama general

En este trabajo me referiré a las novedades en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que afectan a la Administración local en el último año: desde junio de 2022 hasta la actualidad (junio de 2023).

Las novedades jurisprudenciales en materia de Administración local durante este ejercicio son escasas. La jurisprudencia sobre régimen local puede considerarse en este momento estabilizada, y la inexistencia, a diferencia de años anteriores, de importantes modificaciones legislativas, determina que la situación no haya experimentado cambios sustanciales.

En relación con la autonomía local el TC reitera su doctrina en relación con la cooperación de las entidades locales para la construcción y el mantenimiento de centros educativos y el respeto a las competencias exclusivas del Estado.

El tribunal insiste en su jurisprudencia en materia de funcionarios y Haciendas locales, para terminar, en relación con esta última materia, perfilando definitivamente la doctrina en relación con el impuesto sobre incremento de valor en las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana.

Asimismo, puede observarse cómo, al hilo de conflictos que no afectan directamente a entes locales, el Tribunal Constitucional hace declaraciones que tienen interés desde el punto de vista del régimen local, en cuanto este está informado por los principios generales en los que se traduce la aplicación del texto constitucional. Así ocurre en materia de inviolabilidad del domicilio, libertad de empresa y derecho de manifestación.

2
Autonomía local

2.1
Cooperación en materia de educación

La STC 49/2023, de 10 de mayo, desestima un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Grupo Popular contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOMLOE).

Desde el punto de vista de la autonomía local nos interesa la impugnación del artículo único, apartado 81 bis, LOMLOE.

Este precepto preveía hasta ahora la cooperación de los municipios con las Administraciones educativas, es decir, con las comunidades autónomas en la obtención de los solares necesarios para la construcción de "nuevos centros docentes". La LOMLOE circunscribe el alcance de la cooperación a nuevos centros docentes "públicos". Los recurrentes consideran que esta limitación es contraria a la libertad de creación y elección de centros docentes (arts. 27.3 y 6 CE) y a la libertad de empresa (art. 38 CE); y entienden que vulnera la autonomía local (arts. 137 y 140 CE).

El TC rechaza esta argumentación considerando que las distintas leyes educativas (la LODE/1985, la LOGSE/1990 y la LOE/2006) no han hecho sino reflejar lo que la Ley reguladora de las bases de régimen local reconoce desde 1985 como una competencia propia de los municipios: la cooperación con las Administraciones educativas en la construcción de nuevos centros docentes. Lejos de vulnerar la autonomía local, dicha responsabilidad municipal es una forma de ejercerla. Por tanto, no se infringen los arts. 137 y 140 CE.

Finalmente, el TC rechaza, invocando diversos precedentes, que la adición del término "públicos" suponga una discriminación respecto de la enseñanza concertada, pues, por una parte, la responsabilidad de las Administraciones educativas en la programación de nuevos centros alcanza a los "públicos" y, por otra, el precepto impugnado no prohíbe que los municipios puedan también ceder suelo para iniciativas docentes privadas como medida de fomento.

2.2
Urbanismo y medio ambiente

La STC 63/2023, de 24 de mayo, estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el presidente del Gobierno, contra el art. 173 de la Ley de las Corts Valencianes 7/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2022, mediante el cual se establece que para la implantación de sectores urbanísticos o actividades económicas cuya autorización corresponda a la Administración autonómica o local los tanques petrolíferos de más de 5000 metros cúbicos situados en el interior de recintos portuarios deben situarse al menos a 1000 metros de distancia de suelos calificados como residenciales, dotacionales educativos o sanitarios, y suelos de uso terciario especial.

El TC considera que este precepto invade competencias estatales, pues colisiona con la competencia estatal para fijar la delimitación de los espacios y usos portuarios en los puertos de interés estatal que prevé la Ley de

Puertos del Estado, aunque la inconstitucionalidad solo afecta a esta disposición en la medida en que se extiende a los puertos de interés general de titularidad estatal.

3
Derechos constitucionales

Durante el periodo posterior a la extinción de la primera declaración de estado de alarma, y antes de la declaración del segundo, se realizó una reforma de la LJCA para atribuir a los tribunales superiores de justicia la competencia de autorización o ratificación de las medidas sanitarias adoptadas por la Administración, "cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente" (art. 10.8), limitando el conocimiento por los jueces de lo contencioso-administrativo a las medidas ordenadas en actos administrativos singulares que afectasen únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada (art. 8.6).

La STC 70/2022, de 2 de junio (sobre autorización de medidas sanitarias, ponente Arnaldo), estimó una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el expresado art. 10.8 de LJCA. El TC, de acuerdo, sustancialmente, con propuestas doctrinales en este sentido, resolvió la cuestión argumentando que la exigencia, contenida en el cuestionado art. 10.8 LJCA, de autorización judicial para que puedan ser aplicadas las medidas generales adoptadas por las Administraciones competentes a fin de proteger la salud pública, supone atribuir a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia una competencia ajena a la potestad jurisdiccional que implica una conmixtión con la potestad reglamentaria, en relación con la cual corresponde a los tribunales el control de legalidad para anular o inaplicar los reglamentos cuando son impugnados; pero que no puede convertirse en una facultad ejercida de modo compartido con la Administración.

En virtud de ello se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los arts. 10.8 y 11.1.i) y del inciso "10.8 y 11.1.i)" del art. 122 quater, todos ellos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Consecuentemente a los argumentos utilizados por el tribunal, quedó incólume el art. 8.6 LJCA.

La sentencia, que fue dictada por mayoría de siete votos, cuenta con cuatro votos particulares, en los cuales se sostiene que las funciones de autorización o ratificación atribuidas a los tribunales ordinarios en la disposición cuestionada están comprendidas en las facultades que corresponden al legislador para atribuir a los tribunales funciones no jurisdiccionales en garantía de cualquier derecho al amparo del art. 117.4 CE.

4
Referencias a la ejecución de actos administrativos dictados por los entes locales

Lo que nos interesa, a efectos del régimen local, son ciertas declaraciones que hace el Tribunal Constitucional sobre el contenido y el alcance de la disposición legislativa cuya modificación se declara inconstitucional. Examinando los antecedentes de la disposición cuestionada, el TC afirma que "[l]as autorizaciones judiciales para la ejecución de actos administrativos fueron introducidas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), haciéndose eco de la doctrina sentada por la STC 22/1984, de 17 de febrero, en la que se declaró que el art. 18.2 CE no resultaba aplicable solamente a las entradas llevadas a cabo como consecuencia de un registro acordado durante la instrucción de una causa criminal, sino que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio protegía frente a cualquier intrusión llevada a cabo por una autoridad pública, como era, en el caso, una administración local que ejecutaba una orden de desalojo para llevar a efecto la demolición de una construcción ilegal, en aplicación de la legislación urbanística".

Consecuentemente con ello, la competencia para autorizar la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de su titular cuando proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración, atribuida inicialmente a los juzgados de instrucción, fue trasladada a los juzgados de lo contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio. En la actualidad, como recoge el TC, el art. 91.2 LOPJ (en la redacción de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) dispone que "[c]orresponde también a los juzgados de lo contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la entidad pública competente en la materia".

4.1
Libertad de empresa

La STC 7/2023, de 21 de febrero (transmisión de eventos deportivos, ponente Balaguer), desestima una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, contra el art. 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, en la redacción dada por el art. 2.2 del Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, en el cual se establece que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica dispondrán de libre acceso a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en ellos, a cambio de una compensación económica equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho.

El tribunal considera, en primer término, que el precepto no vulnera el derecho de propiedad, porque (i) las transmisiones no pueden ser consideradas protegidas por derechos de autor en tanto no lo disponga la ley; (ii) según esta, los organizadores de eventos deportivos son titulares de los derechos audiovisuales televisivos para su comercialización, pero el tratamiento que se ha dado a los derechos de retransmisión radiofónica ha sido más limitado que el referido a los derechos audiovisuales televisivos; (iii) la radiodifusión tiene una directa relación con el derecho a la libertad de información del art. 20 CE; (iv) el fútbol tiene gran interés público y social, que solo puede atenderse mediante la asistencia a los estadios; (v) la comunidad contribuye a los espectáculos deportivos, cosa que justifica el deber de corresponder de los organizadores; (vi) la protección que brinda el art. 33 CE a la organización de los espectáculos deportivos no puede suponer una equiparación de las transmisiones televisivas, que constituyen un verdadero espectáculo, en el que el peso de la publicidad es mayor, con las radiofónicas, en las que predomina la libertad de información y se impone el principio de igualdad entre los oyentes, y que redundan, además, en beneficio de los organizadores; (vii) la normativa europea y la interna distinguen el régimen de unas y otras transmisiones; (viii) no hay un despojo de los derechos de los organizadores, pues se prevé una compensación y no puede considerarse que se produzca una expropiación, sino una configuración de derechos valorados por el legislador.

Desde el punto de vista de la Administración local, revisten interés las observaciones que hace a continuación el tribunal cuando examina si el precepto cuestionado afecta a la libertad de empresa, pues se refieren con carácter general a las limitaciones que las Administraciones, entre ellas la local, pueden imponer para restringir el derecho reconocido en el art. 38 CE (FJ 6):

> "Por otra parte, según dijimos en la STC 111/2017, de 5 de octubre, FJ 4 a), '[e]l artículo 38 CE 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). 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)]. 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, sin que le corresponda a este tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política. En cambio, el canon ha de ser más incisivo si los requisitos o 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)'".

En resumen, el TC admite que las Administraciones, dentro de sus respectivas competencias, pueden introducir restricciones a la libertad de empresa (i) encaminadas, entre otros fines, a algunos especialmente significativos en el ámbito local, como preservar el medio ambiente, organizar el urbanismo o asegurar la adecuada utilización del territorio; (ii) siempre que su configuración legislativa se ajuste a un canon de razonabilidad; (iii) que se hallen encaminadas a un objetivo constitucionalmente legítimo; (iv) que sean idóneas o adecuadas para conseguirlo; y (v) cuya intensidad no llegue al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica; (vi) el tribunal no puede fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política; (vii) pero sí debe ser más incisivo si los requisitos o condiciones a la libertad de empresa afectan no ya a su desarrollo o ejercicio, sino al acceso mismo al mercado.

Tras esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional se oculta un propósito de mitigar la aplicación del principio de proporcionalidad en sus tres estadios de idoneidad del fin perseguido, necesidad de la restricción

del derecho fundamental y ponderación de los fines en una valoración de la proporcionalidad en sentido estricto. A mi juicio, sin embargo, no existe una diferencia relevante que impida considerar aplicable el principio de proporcionalidad con carácter general, pues la restricción de cualquier derecho, y también de la libertad de empresa, debe tener en cuenta, según la doctrina general de la proporcionalidad, la importancia del derecho, el grado de afectación y el grado de asequibilidad o de capacidad del tribunal para valorar las consecuencias económicas de las restricciones impuestas por el legislador.

La sentencia cuenta con un voto particular (Díez Bueso) en el que se rechaza la trascendencia de la materia para la libertad de información, y se considera mal realizado el juicio de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de la restricción introducida en la libertad de empresa de los organizadores de eventos deportivos.

4.2
Derecho de manifestación

La STC 61/2023, de 24 de mayo, desestima un recurso de amparo contra la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla, por delegación de la delegada del Gobierno en Andalucía, que prohíbe una manifestación convocada por el recurrente para el día 30 de abril de 2020 en Sevilla.

El TC toma en consideración como uno de los elementos para valorar la proporcionalidad de la medida adoptada el riesgo para la salud que suponía la convocatoria por la pandemia y la falta de aportación por parte de los promotores de datos suficientes para valorar su alcance.

Desde el punto de vista de la Administración local, interesa señalar que un elemento sustancial que toma en consideración el TC para considerar justificada la denegación es el informe de 22 de abril de 2020, emitido por la Policía Local, que recoge el informe del Servicio de Salud del Ayuntamiento de Sevilla, en el cual se advierte del riesgo sanitario para las personas, al no poder garantizar la seguridad sanitaria de los asistentes.

La argumentación utilizada por el TC, en suma, pone de manifiesto la importancia de la actuación de la Policía Local y, en este caso, del servicio municipal de salud para justificar una valoración acerca de la proporcionalidad de la medida de restricción de un derecho fundamental, en este caso el derecho de manifestación.

5
Funcionarios y personal

La STC 66/2022, de 2 de junio, contempla un supuesto de actuación de la Policía Local como Policía Judicial en ejecución de un internamiento hospitalario forzoso.

La sentencia desestima un recurso de amparo interpuesto contra una orden judicial de internamiento forzoso en un centro hospitalario para ser asistida durante el parto contra la voluntad de la madre de dar a luz en su domicilio.

El TC, reconociendo que la decisión de dar a luz en el propio domicilio se funda en la dignidad y la libertad personal de la madre, estima que concurre también un interés público en relación con la protección de la salud y la esperanza de vida del *nasciturus*, que, ponderado en el presente caso con las circunstancias de urgencia concurrentes, justificaba el internamiento forzoso.

Desde el punto de vista de régimen local destaca la afirmación de la sentencia de que la orden de internamiento fue dirigida por el juzgado a la Policía Local, que la ejecutó.

De los antecedentes de la sentencia y de los votos particulares se deduce que la Policía Local al entrevistarse con la gestante comunicó a la matrona el número de teléfono del juzgado y trató de convencer a la madre de la necesidad del internamiento que ordenaba el juzgado.

Estas circunstancias resultan especialmente relevantes. En efecto, el Tribunal Constitucional, para estimar que la ausencia del imprescindible trámite de audiencia de la madre no vulneró sus derechos fundamentales, no solo tiene en cuenta la urgencia de la necesidad del traslado apreciada por los servicios médicos, sino que valora que la gestante fue debidamente informada acerca del criterio mantenido por aquellos. Al conocimiento de esta circunstancia, como hemos visto, puede suponerse que contribuyó la Policía Municipal, puesto que se afirma que trató de convencer a la gestante de que aceptara voluntariamente el traslado.

En contra del fallo desestimatorio se manifiestan dos votos particulares formulados contra la sentencia, en los cuales se afirma que la ausencia de audiencia por el juzgado a la interesada, en llamativo contraste con el hecho de que se oyó al Ministerio Fiscal y a otras personas, implicó una lesión de sus derechos fundamentales y, en definitiva, una "cosificación" de la mujer, y que no fue suficiente la información procurada a esta sobre la urgencia de la necesidad del traslado apreciada por los servicios médicos.

Esta sentencia pone de manifiesto la importancia que tiene en la actuación de la Policía Local, en este caso como Policía Judicial que da cum-

plimiento a una orden judicial de internamiento hospitalario forzoso, dentro de un margen razonable de actuación en la ejecución de las órdenes recibidas, el respeto en todo momento de la dignidad de la persona y la protección de los derechos fundamentales.

6
Requisitos para la promoción de grupos de cuerpos o escalas

La STC 114/2022, de 26 de septiembre, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 2/2007, de 23 de marzo, de coordinación de policías locales.

La sentencia advierte que el caso enjuiciado suscita un problema análogo al resuelto por la STC 171/2020, que examinó la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de coordinación de policías locales de la Comunidad de Madrid, la cual, para la promoción de categoría, exigía la titulación académica correspondiente, y con ello desconocía una excepción prevista en la norma básica estatal.

En efecto la regulación de la CAM, decía el tribunal, se ajustaba al requisito establecido como básico por el legislador estatal, según el cual es necesario poseer la titulación correspondiente como condición de acceso a escalas o categorías superiores, y a la correlativa prohibición de que las comunidades autónomas dispensen de esta exigencia. Sin embargo —añadía—, se incumplía la específica previsión contenida en la disposición adicional vigésima segunda de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, la cual establece una dispensa de titulación para la promoción interna desde "cuerpos o escalas del grupo D" a "cuerpos o escalas del grupo C", pues la ley impugnada no preveía esta excepción. Según la excepción prevista en la norma estatal basta que el funcionario cuente con una antigüedad determinada. El carácter básico de la citada disposición de la Ley 30/1984 ya había sido constatado por la STC 200/2015, de 24 de septiembre, FJ 4, al resolver un caso análogo en relación con la Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de coordinación de las policías locales de Aragón.

Por tal motivo, la norma de la CAM se declaró inconstitucional, aunque "únicamente en su aplicación a la integración de los miembros de los cuerpos de policía local en el subgrupo C1 de clasificación", por ser el caso en que se contradecía la norma básica.

En la sentencia que se examina ahora, el TC llega a la conclusión de que en el caso de Asturias la norma impugnada es inconstitucional porque

permite la promoción sin titulación académica en más casos de los que autoriza la norma básica, pues dispensa siempre de la titulación, ofreciendo como alternativa la superación de un curso. En consecuencia, si la norma de la CAM incurría en inconstitucionalidad por defecto por no prever una excepción que establecía la norma estatal, el precepto enjuiciado en esta sentencia es inconstitucional por exceso, en cuanto generaliza la dispensa, sin acotarla al único caso en que procede, conforme a la norma básica.

El tribunal, finalmente, rechaza que pueda hacerse una "interpretación conforme" (con la Constitución), pues considera que esta no cabe cuando exige realizar una reconstrucción de la norma impugnada. En el terreno práctico, sin embargo, la "interpretación conforme", especialmente si se lleva al fallo, puede tener un valor equivalente al de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, puesto que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en la medida en que sea incompatible con la interpretación natural de la norma impugnada, y dado el carácter vinculante de los fallos del tribunal para todos los poderes del Estado, comenzando por el poder judicial, puede entenderse como una modificación, si no del texto del precepto impugnado, sí del objeto o ámbito de aplicación de este.

La STC 142/2022, de 14 de noviembre, estima, por vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), el recurso de amparo interpuesto contra la decisión judicial de confirmar el acuerdo de la mesa electoral en el proceso de la convocatoria de las elecciones a los órganos de representación de los funcionarios públicos en el centro de trabajo del Hospital El Bierzo de Ponferrada de SACYL (Salud de Castilla y León), de no proclamar definitivamente su candidatura al haberse visto reducida en el número suficiente de candidatos por bajas sobrevenidas desde su proclamación provisional.

El tribunal se reafirma en la jurisprudencia (SSTC 13/1997 y 200/2006) establecida en el sentido de que cuando el art. 8.1 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, y el art. 16.1 del Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado, establecen que la mesa, hasta la proclamación definitiva de los candidatos, podrá requerir la subsanación de los defectos observados, imponen que, en los supuestos en que se produce una reducción sobrevenida del número mínimo de candidatos antes de la proclamación definitiva de las candidaturas, resulta obligado para la mesa electoral requerir de oficio su subsanación previamente a adoptar una decisión sobre su proclamación definitiva.

Desde el punto de vista del régimen local resulta de interés la declaración que hace el TC en esta sentencia (FJ 3) cuando se refiere a lo previsto en el art. 1.5 del Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado, sobre su carácter supletorio no solo para la Administración de las comunidades autónomas, como ocurre en el caso enjuiciado, sino también para la Administración local.

7
Medio ambiente

La STC 76/2022, de 15 de junio, estima la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el art. 60.2 de la Ley de las Corts Valencianes 6/2014, de 25 de julio, de prevención, calidad y control ambiental de actividades en la Comunitat Valenciana, por posible infracción de los apartados 23 y 18 del art. 149.1 CE.

La citada ley somete a licencia ambiental determinadas actividades públicas y privadas no sometidas a autorización ambiental integrada, para cuya tramitación y resolución son competentes los ayuntamientos. Se regulan en el art. 60 los plazos de resolución y notificación de la licencia ambiental. En el apartado primero se dispone que el plazo máximo para resolver y notificar la licencia ambiental sea de seis meses, a contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del ayuntamiento competente para resolver. El apartado segundo, que es el que se declara inconstitucional, dispone que, transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado resolución expresa, podrá entenderse estimada la solicitud presentada, salvo que la licencia suponga conceder al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, tales como la utilización de la vía pública.

El TC recoge que, entre otras, en la STC 45/2015, de 5 de marzo, FJ 6, se declara que las bases medioambientales pueden alcanzar algún aspecto de procedimientos especiales si imponen criterios directamente vinculados a los objetivos sustantivos de la legislación estatal medioambiental sin descender a la previsión de trámites de pura gestión. En este ámbito las comunidades autónomas pueden adoptar normas complementarias o accesorias, pero respetando en todo caso las reglas del procedimiento administrativo común y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas adoptadas por el Estado en virtud del art. 149.1.18 CE.

Se llega a la conclusión de que, a la vista de la legislación estatal sobre evaluación ambiental, la norma estatal sobre efectos del silencio constituye una disposición procedimental esencial para garantizar la efectividad de la evaluación ambiental como instrumento de tutela preventiva evitando que, por la vía de la inactividad o el retraso del órgano administrativo, se pueda ignorar la existencia de efectos negativos en el medio ambiente. En efecto, el art. 10 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (en adelante, LEA) dispone que "[l]a falta de emisión de [...] la declaración de impacto ambiental o del informe de impacto ambiental, en los plazos legalmente establecidos, en ningún caso podrá entenderse que equivale a una evaluación ambiental favorable".

La conclusión es la de que existe una contradicción definitiva e insalvable entre la norma cuestionada y la regla de silencio administrativo desestimatorio establecida, sin más especificaciones, en el art. 24.1, párrafo segundo, LPACAP, que debe prevalecer como norma básica estatal.

La sentencia cuenta con un voto particular que, a los efectos de esta exposición, carece de interés, pues en él se argumenta que el requisito de la relevancia de la cuestión planteada ha sido defectuosamente evaluado por el TC, pues el órgano judicial de instancia debía haber desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto constatando la falta de declaración de impacto ambiental necesaria para otorgar la licencia ambiental.

8
Procedimiento administrativo

La STC 76/2022, de 15 de junio, que se cita en el apartado anterior, estima la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el art. 60.2 de la Ley de las Corts Valencianes 6/2014, de 25 de julio, de prevención, calidad y control ambiental de actividades en la Comunitat Valenciana, por infracción de los apartados 23 y 18 del art. 149.1. Allí se ha visto que el TC considera vulnerada la disposición básica estatal sobre silencio administrativo contenida en el art. 24.1, párrafo segundo, LPACAP.

Debe notarse, sin embargo, que el TC no reconoce un carácter básico a la norma sobre efectos del silencio de manera absoluta, sino que vincula este reconocimiento al hecho de que el art. 10 LEA atribuye a la evaluación de impacto ambiental un valor sustantivo para la protección del medio ambiente que es incompatible con un procedimiento administrativo que permita prescindir, por retraso o inactividad de la Administración, de la necesidad de una efectiva evaluación. Para llegar a esta conclusión el TC reitera

la doctrina contenida en la STC 45/2015, de 5 de marzo, FJ 6, según la cual en materia de evaluación ambiental las comunidades autónomas pueden adoptar normas complementarias o accesorias, pero respetando en todo caso las reglas del procedimiento administrativo común y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas adoptadas por el Estado en virtud del art. 149.1.18 CE.

9
Haciendas locales

9.1
Competencia en materia de Hacienda local

La STC 133/2022, de 25 de octubre, examina una cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del art. 6 bis, apartado 4, de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario en relación con el art. 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas. El artículo controvertido dispone que la conformidad de las Administraciones públicas consultadas o, en su defecto, el acuerdo favorable del Gobierno de Canarias respecto de determinados proyectos de instalaciones de generación, transporte y distribución tendrán el carácter de autorización especial equivalente a la licencia urbanística municipal con relación al devengo del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO).

El TC decide que, sentado en la jurisprudencia constitucional que la regulación de los tributos propios de los entes locales —entre los que se encuentra el ICIO— corresponde en exclusiva al Estado, la norma impugnada vulnera la normativa básica estatal, al introducir una regulación propia del hecho imponible del ICIO que modifica para la Comunidad Autónoma de Canarias el ámbito de supuestos sujetos a dicho tributo por comparación con lo previsto por el legislador estatal.

Para llegar a esta conclusión argumenta que la norma cuestionada, al prever que la autorización especial será equivalente a la licencia urbanística municipal a efectos de la liquidación del ICIO, altera el hecho imponible del impuesto al incluir en él las instalaciones y obras cuyo control previo corresponda no al municipio, sino a la Comunidad Autónoma, de donde resulta la invasión de la competencia estatal en materia de Hacienda general (art. 149.1.14 CE) en relación con el art. 133.1 CE.

Acompaña a la sentencia un voto particular concurrente en el que se discrepa de la declaración del TC sobre el alcance del fallo, pues dispone que no se revisarán las situaciones decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o por resolución administrativa firmes, a las que se equiparan, según el magistrado autor del voto, las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse la sentencia y las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada. En el voto particular se sostiene que la invocación de la seguridad jurídica, por sí misma, es insuficiente para justificar la inamovilidad de las situaciones administrativas firmes. Tampoco lo es, a su parecer, la invocación de los derechos de los titulares de las instalaciones o de los ingresos de los entes locales.

9.2
Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana

En el resumen jurisprudencial correspondiente al año pasado, se examinó la importante STC 182/2021, de 26 de octubre.

En ella se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Málaga respecto de los arts. 107.1, 107.2.a) y 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por posible vulneración del art. 31.1 CE.

El órgano judicial entiende que la aplicación de los preceptos legales impugnados, al establecer un sistema objetivo de cálculo de la base imponible del IIVTNU que no tiene en cuenta la capacidad económica del contribuyente, puede suponer una "carga fiscal excesiva" o "exagerada" que infrinja el principio constitucional de no confiscación en los supuestos en los que el importe de la cuota tributaria resultante, aun cuando no supera la plusvalía efectivamente obtenida con la transmisión del terreno urbano, sí representa una parte muy significativa de ella.

El TC razona lo siguiente:

(i) Los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 TRLHL establecen un único método de determinación de la base imponible del IIVTNU de carácter objetivo y de imperativa aplicación.

(ii) Como resolvió la STC 59/2017, FJ 3, a un impuesto de carácter real y objetivo como el IIVTNU, con un hecho imponible específico y no gene-

ral y sin constituir una figura central de la imposición directa, le es plenamente aplicable el principio de capacidad económica, lo que implica, en primer lugar, que quienes se sometan a tributación deban ser únicamente los que experimenten un incremento de valor del suelo urbano objeto de transmisión.

(iii) Quienes experimenten ese incremento deben ser sometidos a tributación, en principio, en función de la cuantía real de aquel, pues deben conectarse así el hecho y la base imponibles, dado que esta última no es más que la cuantificación del aspecto material del elemento objetivo del primero.

(iv) Debe matizarse la afirmación contenida en la STC 59/2017 de que, siendo el hecho imponible del tributo un índice de capacidad económica real (puesto que no pueden someterse a tributación situaciones de no incremento de valor), "es plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto" (FJ 3). En efecto, la renuncia a gravar según la capacidad económica (real) manifestada en el hecho imponible estableciendo bases objetivas o estimativas no puede ser arbitraria, sino que exige una justificación objetiva y razonable. Esta justificación debe ser más sólida cuanto más se aleje de la realidad el método objetivo elegido normativamente.

(v) Debe rechazarse que el método estimativo del incremento de valor gravado en el IIVTNU sea consecuencia del carácter extrafiscal de este tributo. Incluso el fundamento tradicionalmente asignado a este impuesto (art. 47 CE: "La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos") no hace sino confirmar su finalidad fiscal o recaudatoria. Tampoco puede aceptarse que los preceptos legales cuestionados establezcan una norma antifraude fiscal, al no pretender combatir conductas elusivas concretas del deber constitucional de contribuir. Debe rechazarse también que este método se base en la imposibilidad técnica del legislador de establecer otra forma de cálculo de las plusvalías del suelo urbano, puesto que no faltan ejemplos alternativos.

(vi) El método objetivo de medición del incremento de valor por referencia al valor catastral en el momento de la transmisión y a un coeficiente en función de la extensión del periodo de generación —elegido para agilizar la aplicación del tributo y reducir la conflictividad que supone acudir al incremento real— solo puede ser constitucionalmente

legítimo si no se erige en método único de determinación de la base imponible o bien grava incrementos medios o presuntos (potenciales); esto es, aquellos que previsiblemente o "presumiblemente se produce[n] con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana" (SSTC 26/2017, FJ 3; 37/2017, FJ 3; 59/2017, FJ 3; 72/2017, FJ 3, y 126/2019, FJ 3).

(vii) Esta última posibilidad pudo ser cierta con anterioridad a la caída del mercado inmobiliario, pero lo que resulta incontrovertido es que "la crisis económica ha convertido lo que podía ser un efecto aislado —la inexistencia de incrementos o la generación de decrementos— en un efecto generalizado" (STC 59/2017, FJ 3), y ha dado lugar a que tampoco sean excepcionales o "patológicos" los supuestos en los que el efectivo incremento de valor sea de importe inferior al incremento calculado según el art. 107 TRLHL.

(viii) En consecuencia, debe estimarse la cuestión de inconstitucionalidad, pues el mantenimiento del actual sistema objetivo y obligatorio de determinación de la base imponible vulnera el principio de capacidad económica como criterio de imposición (art. 31.1 CE). La materialización del incremento de valor del terreno urbano transmitido es condición *sine qua non* para el nacimiento de la obligación tributaria tras la STC 59/2017, FFJJ 3 y 5 a), y su cuantía real es determinante para la inexigibilidad del tributo en los supuestos en los que la cuota tributaria agote o supere el referido incremento efectivo tras la STC 126/2019, FJ 5 a). En suma, carece ya de sentido exigir obligatoriamente el gravamen en función de la cuantía de un incremento objetivo.

(ix) La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 TRLHL supone su expulsión del ordenamiento jurídico, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad. Debe ser ahora el legislador el que, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, lleve a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes.

(x) No pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la sentencia dictada aquellas obligaciones tributarias devengadas por impuesto que en la fecha en que se dicta hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. Tendrán también la consideración de situaciones consolidadas (a) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia, y (b) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada en aplicación del art. 120.3 LGT en dicha fecha.

10
El Real Decreto-ley 26/2021

Esta decisión del Tribunal Constitucional ha dado lugar al Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la expresada jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

El Real Decreto-ley, dictado al amparo del art. 149.1.14 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Hacienda general (disposición final primera), consta de un artículo único y una disposición transitoria única, además de las correspondientes disposiciones finales relativas a la habilitación normativa al Gobierno (segunda) y la entrada en vigor (tercera).

El artículo único tiene por objeto la modificación del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y está integrado por tres apartados:

(i) El apartado primero añade un apartado quinto al art. 104 TRLHL, por el que se establece la no sujeción al impuesto sobre el IIVTNU cuando se constate la inexistencia de incremento de valor por diferencia entre los valores de dichos terrenos en las fechas de transmisión y adquisición. Se fija, además, el sujeto obligado a su acreditación, los títulos que debe aportar, y el método de cálculo del valor del suelo cuando se produce la adquisición y transmisión del inmueble.

(ii) El apartado segundo modifica el art. 107 TRLHL dando una nueva redacción a la determinación de la base imponible. Esta se fijará "por el incremento del valor de los terrenos puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un periodo máximo de veinte años, y se determinará, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, multiplicando el valor del terreno en el momento del devengo calculado conforme a lo establecido en sus apartados 2 y 3, por el coeficiente que corresponda al periodo de generación conforme a lo previsto en su apartado 4". En el apartado 5 se dispone que "[c]uando, a instancia del sujeto pasivo, conforme al procedimiento establecido en el artículo 104.5, se constate que el importe del incremento de valor es inferior al importe de la base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, se tomará como base imponible el importe de dicho incremento de valor".

(iii) El apartado tercero modifica el apartado cuarto y añade un apartado octavo en el art. 110 TRLHL, relativos al régimen de autoliquidación, las

facultades de comprobación de valores, y la colaboración y el intercambio de información entre Administraciones tributarias para la aplicación del impuesto.

Por último, la disposición transitoria única prevé un plazo de seis meses para adaptar las ordenanzas fiscales, periodo durante el cual será de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto-ley, y se tomarán, para la determinación de la base imponible del impuesto, los coeficientes máximos establecidos en la redacción del art. 107.4 TRLHL dada por el Real Decreto-ley.

La STC 17/2023, de 9 de marzo, desestima un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra el Real Decreto-ley que acaba de reseñarse.

Los recurrentes alegan, en primer término, la falta de concurrencia del presupuesto habilitante de la facultad del Gobierno para dictar decretos leyes, consistente en la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad.

El TC constata, para desestimar este motivo de inconstitucionalidad, que en el preámbulo y en la memoria del Real Decreto-ley impugnado, así como en su presentación en el trámite parlamentario de convalidación, el Gobierno ha ofrecido, de forma explícita y razonada, una justificación para la adopción de las medidas aprobadas, cifrada en la declaración de nulidad por el TC, en la STC 182/2021, de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 TRLHL, cosa que afecta a los recursos financieros de los entes locales e incide en la suficiencia financiera local, el incremento del déficit público y la estabilidad presupuestaria, y causa distorsiones en el mercado inmobiliario.

Los recurrentes aducen que desde que se dictó la STC 126/2019 el Gobierno estaba en condiciones de iniciar el procedimiento legislativo para modificar la regulación declarada inconstitucional después en la STC 182/2021, de tal suerte que —sostienen— la situación de extraordinaria y urgente necesidad alegada por el Gobierno fue provocada por su propia inactividad.

El TC, sin embargo, estima que la única sentencia que produjo un vacío legislativo capaz de impedir la exigencia del IIVTNU fue la citada STC 182/2021.

Respecto del requisito de la llamada por el TC "conexión de sentido" con la situación de urgencia, la sentencia argumenta que, aunque no todos los entes locales han optado por el establecimiento del IIVTNU, lo cierto es que en los municipios de gran población constituye una importante fuente de ingresos, al ocupar la segunda o tercera posición, según los casos, en el *ranking* de impuestos por volumen de recaudación, por lo que, de no evitarse la pérdida recaudatoria por la imposibilidad de seguir exigiendo el

impuesto, podría llegar a comprometerse la suficiencia financiera e incrementarse el déficit presupuestario.

En segundo término, los recurrentes alegan el incumplimiento de los límites materiales impuestos a los decretos leyes por afectar, a su juicio, al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del art. 31.1 CE, al modificarse sustancialmente la base imponible del tributo.

El TC rechaza esta argumentación, considerando que el IIVTNU no constituye un pilar básico dentro del conjunto del sistema tributario ni tampoco lo es dentro de la imposición directa, de tal suerte que, aunque el Real Decreto-ley modifique la base imponible de este impuesto local, no ha alterado sustancialmente la posición de los obligados a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario, de manera que no ha afectado a la esencia del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE.

La STC 35/2023, de 18 de abril, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario VOX del Congreso de los Diputados contra el mismo Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, ratifica la decisión anterior.

11
Régimen de las autoliquidaciones

La STC 108/2022, de 26 de septiembre, estima un recurso de amparo interpuesto contra la desestimación de recurso contencioso-administrativo promovido en relación con la solicitud de devolución del IIVTNU.

A la vista de la jurisprudencia constitucional, y ante la existencia de una minusvalía por la diferencia entre los valores escriturados de adquisición (por compra) y transmisión (por donación), la recurrente presentó una solicitud de rectificación de la autoliquidación formulada dentro del plazo de cuatro años legalmente previsto para solicitar "las devoluciones de ingresos indebidos".

El TC considera que la desestimación del recurso contencioso-administrativo se funda en la aplicación de un régimen jurídico (el de las liquidaciones) y una doctrina jurisprudencial (la de la STC 45/989) que se refieren a un supuesto de hecho distinto (la solicitud de rectificación de una autoliquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana tras su declaración de inconstitucionalidad, sin limitación del alcance de la nulidad, por la STC 59/2017). En efecto, el Juzgado decidió que la STC 59/2017 era posterior a la fecha en

que se dictó la liquidación del IIVTNU —ejercicio 2014— y que se trataba de acto firme y consentido por el recurrente. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia, en una sentencia anterior invocada por el Juzgado, dictada en un caso análogo, había considerado que, al estarse ante una "actuación administrativa firme" (se había impugnado una "liquidación" firme y consentida), no era susceptible "de ser revisada como consecuencia de la declaración de nulidad que implica la inconstitucionalidad apreciada en la sentencia del Tribunal Constitucional".

El TC concluye que se ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva por existir un error judicial determinante de tal infracción cuando la resolución judicial no se corresponde con la realidad, por haber cometido el órgano judicial una equivocación manifiesta en la determinación y selección del presupuesto fáctico sobre el que se asiente su decisión, siempre que constituya su soporte único o básico. Explica que el Juzgado, por una parte, asumió como objeto del recurso contencioso-administrativo la impugnación de una "liquidación", cuando lo único cierto es que se estaba ante la rectificación de una "autoliquidación"; por otra parte, tomó como aplicable la limitación del alcance de los efectos derivados de la declaración de nulidad efectuada por la STC 45/1989 (relativa a otro impuesto), soslayando que la STC 59/2017 (única aplicable al supuesto de autos) no había introducido limitación alguna en cuanto a la nulidad declarada (en el impuesto cuya devolución se articuló administrativa y judicialmente). En suma, con fundamento en estos dos errores el órgano judicial calificó la "autoliquidación" (a la que denomina indistintamente como "liquidación") como un acto inimpugnable e irrevisable, por considerarla firme y consentida.

En definitiva, el TC anula las resoluciones judiciales impugnadas y ordena la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior, a fin de que en su lugar se dicte otra resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

12
Inflación y capacidad económica

La STC 67/2023, de 6 de junio, estima una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, que se planteó argumentando que la falta de previsión de coeficientes de corrección monetaria para la actualización del valor de adquisición de los bienes inmuebles, en el cálculo de las ganancias patrimoniales en el IRPF, implica

someter a tributación magnitudes ficticias, en contra del principio de capacidad económica del art. 31.1 CE.

El TC considera que esta situación no afecta al principio de capacidad económica, y, en lo que aquí interesa, explica que el TC tampoco apreció la afectación del principio de capacidad económica en el caso que enjuició la STC 221/1992, desestimando una duda de constitucionalidad equivalente referida al IIVTNU.

Los principios estructurales de la gobernanza local y el Tribunal Supremo*

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Magistrado del Tribunal Supremo

1. **Introducción: Los principios estructurales de la gobernanza local y la función constitucional del Tribunal Supremo**
2. **Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo sobre los principios constitutivos de la gobernanza local**
   2.1. Principio de democracia
   2.2. Principio de servicio público
   2.3. Principio de legalidad
   2.4. Principio de competencia
   2.5. Principio de transparencia
   2.6. Principio de eficacia
   2.7. Principio de sostenibilidad medioambiental
3. **Epílogo. La cooperación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con los tribunales nacionales en la resolución de los contenciosos en materia local**
4. **Bibliografía**

Resumen

En el presente trabajo se expone sintéticamente la manera en que el Tribunal Supremo ha proyectado los principios estructurales de la gobernanza local en la jurisprudencia emanada en el período comprendido entre septiembre de 2022 y marzo de 2023. Como podrá comprobarse, las resoluciones del alto tribunal seleccionadas para su reseña en esta contribución afectan a cuestiones de diversa índole, pudiendo destacarse, entre otras, las referentes a los límites aplicables a los pronunciamientos de los Gobiernos locales de carácter político, la

* El presente texto trae causa de la ponencia presentada, en julio de 2023, en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local "Josep Maria Esquerda" 2023, organizado por la Diputación de Barcelona, la Fundación Democracia y Gobierno Local, y la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

configuración de los servicios públicos o los principios de transparencia y sostenibilidad medioambiental.

Palabras clave: *Tribunal Supremo; gobernanza local; actividad declamatoria; servicio público; principio de legalidad; principio de competencia; transparencia; principio de eficacia; medio ambiente.*

The structural principles of local governance and the Supreme Court

Abstract

This article summarizes the way in which the Supreme Court has projected the structural principles of local governance in its case law (September 2022 — March 2023). In this regard, the selected judgments of the Supreme Court are related to, inter alia, (i) the limits applicable to the acts of local governments of a political nature, (ii) the configuration of public services, or (iii) the principles of transparency and environmental sustainability.

Keywords: Supreme Court; local governance; political acts; public service; principle of legality; competition principle; transparency; principle of effectiveness; environment.

1
Introducción: Los principios estructurales de la gobernanza local y la función constitucional del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo es una pieza central del sistema constitucional, por cuanto en la arquitectura institucional, diseñada en la Constitución Española de 1978, encarna la cúspide del poder jurisdiccional del Estado, tradicionalmente identificado como "tercer poder".

Al Tribunal Constitucional —que por su estructura orgánica y funcional no se integra en el poder judicial—, al Tribunal Supremo, así como al resto de los juzgados y tribunales, la Constitución les encomienda la función constitucional de hacer justicia. Específicamente, al Tribunal Supremo, la norma fundamental le atribuye la función de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, fijando la doctrina legal.

No hay Estado constitucional sin la articulación y plasmación orgánica del principio de separación de poderes.

No existe Estado de derecho sin juez. No hay derecho sin juez. No hay Estado de derecho si no se contempla en la Constitución la existencia del Tribunal Supremo, contrapreso de los otros poderes del Estado, competente para expresar el valor y la fuerza del derecho a través de la formación de jurisprudencia.

Estado de derecho significa imperio de la ley y del derecho, seguridad jurídica, igualdad en la aplicación administrativa y judicial del derecho, protección de la confianza legítima y recta impartición de justicia (García de Enterría, 1995).

La finalidad primordial del Estado de derecho es garantizar el mantenimiento del orden constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas establecido en la Constitución, promover el significado expansivo de los valores democráticos y asegurar la paz jurídica en la búsqueda de la realización y materialización de las ideas de libertad, igualdad y justicia como base de la convivencia política y social.

Nos hemos referido a la identidad constitucional del Tribunal Supremo, incoando las sentencias constitucionales 31/2010, de 28 de junio, y 37/2012, de 19 de marzo, significando su función de crear la doctrina legal, reduciendo a la unidad la disparidad de criterios jurídicos formulados por los distintos juzgados y tribunales en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico (Bandrés, 2010).

Al Tribunal Supremo le corresponde, en el ejercicio de su función casacional, ser garante del principio de juridicidad del Estado constitucional, hacer avanzar la democracia jurídica y consolidar el Estado de derecho.

Al Tribunal Supremo (mediante la intervención de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) le compete garantizar la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos frente al actuar administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, y el control de la legalidad de la actuación administrativa *ex* artículo 106 de la *prima Lex*, verificando que ningún acto o disposición emanados de los poderes públicos administrativos sean contrarios a la ley y al derecho.

El Tribunal Supremo asume, también, una función esencial tendente al despliegue del Estado social y democrático de derecho; asegurar la vigencia del principio constitutivo del cuerpo social, sustentado en los principios de libertad, igualdad y justicia en la observancia de la legalidad, que determina que ninguna autoridad pública pueda inmiscuirse arbitrariamente en el estatuto de libertad de los ciudadanos, actuando al margen del derecho.

En este sentido, el Tribunal Supremo debe contribuir, con sus resoluciones, al desarrollo de una conciencia cívica de responsabilidad democrática colectiva, que se fundamente en los ideales de libertad y pleno respeto a la diversidad ideológica o por otras circunstancias.

De la posición institucional del Tribunal Supremo *ex Constitutione* no se infiere que deba contribuir a promover o fomentar la judicialización del sistema de gobernanza a nivel estatal, regional o local.

En relación con el enjuiciamiento de aquellos recursos de casación en que concurren como parte recurrente o parte recurrida entes locales, cabe subrayar que la función del Tribunal Supremo no es la gobernanza de la Administración local, sino la de comprobar que la actuación de las autoridades locales se ha sujetado al principio de legalidad y no han ejercido sus potestades para fines no amparados por el ordenamiento jurídico.

No es cometido del Tribunal Supremo censurar el anquilosamiento de la política local, puesto que los jueces —como exponía el juez del Tribunal Supremo del Reino Unido Jonathan Sumption— no estamos para compensar las deficiencias de la política (Sumption, 2019).

Los jueces del Tribunal Supremo no debemos extralimitarnos en el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que nos atribuye la Constitución, ya que el control de la discrecionalidad administrativa no puede derivar en arbitrariedad judicial, como apuntaba el profesor Tomás-Ramón Fernández (Fernández, 2005).

No obstante, resulta incuestionable que la exégesis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, resolviendo recursos de casación en el ámbito local, permite visibilizar un extenso núcleo de directrices acerca de la "buena gobernanza local" y sobre el derecho a la buena administración referido a los entes locales, que conforma una valiosa guía de buenas prácticas dirigidas a autoridades y funcionarios de la Administración local.

La lectura de las recientes sentencias del Tribunal Supremo permite constatar que el alto tribunal ha acogido los principios de buen gobierno y buena administración como paradigmas inspiradores de su jurisprudencia relativa a la interpretación del derecho de régimen local.

Los principios de servicio público, competencia, eficacia, participación, transparencia, coordinación, descentralización, desconcentración, concertación, rendición de cuentas, que configuran los componentes esenciales del concepto de gobernanza, afloran, de forma nítida, en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (Bandrés, 2022).

Y, singularmente, las nociones y los principios constitucionales que configuran la estructura del poder municipal, según lo dispuesto en los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución —autonomía local, pluralismo institucional,

autoorganización y libre administración de los asuntos de interés local, deber de lealtad constitucional, sostenibilidad financiera—, son objeto de redefinición por el Tribunal Supremo, en consonancia con los postulados que informan el valor de "buena gobernanza institucional".

2
Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo sobre los principios constitutivos de la gobernanza local

2.1
Principio de democracia

El principio de democracia local no ampara la adopción por los ayuntamientos de decisiones de naturaleza estrictamente política que vulneren derechos fundamentales o contravengan, por sus efectos jurídicos, la legislación vigente.

Esta es la directriz jurisprudencial que fija la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de septiembre de 2022 (RC 5002/2020), de la que fue ponente la magistrada Celsa Pico Lorenzo, resolviendo el recurso de casación interpuesto por la Asociación Interpueblos contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que había estimado el recurso de apelación promovido por la Asociación Acción y Comunicación sobre Oriente Medio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Santander el 28 de noviembre de 2019, en el procedimiento abreviado 4/2019.

El caso enjuiciado por el Tribunal Supremo tenía su origen en la impugnación del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Reinosa de 7 de julio de 2016 que instaba al Gobierno municipal, en primer término, a manifestar su adhesión y apoyo a la resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2014 por la que se reconoce el Estado de Palestina; en segundo lugar, a mostrar solidaridad con la población de los territorios ocupados, instando a la ONU a garantizar su protección y obligar a Israel a cumplir la legalidad internacional; en tercer término, a declarar el municipio de Reinosa como Espacio Libre de Apartheid Israelí (ELAI), y difundirlo entre la ciudadanía, insertando el Sello Espacio Libre de Apartheid Israelí en la página web municipal, sello que recibirá de la Red Solidaria Contra la Ocupación de Palestina.

El Pleno corporativo apelaba, en cuarto lugar, a adoptar las medidas legales oportunas para que los procesos de contratación y compra incluyan

previsiones que impidan contratar servicios o comprar productos a empresas cómplices de violaciones del derecho Internacional y que no acaten el derecho de autodeterminación del pueblo palestino (Resolución 242 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Declaración de la Corte Internacional de Justicia de 9 de julio de 2004, Estatuto de Roma de la Corte Penal y Resolución 194 de la Asamblea General de la ONU), y en último término, a fomentar la cooperación con el movimiento BDS (Boicot, Desinversiones y Sanciones), articulado a nivel estatal por la Red Solidaria contra la Ocupación de Palestina y a nivel autonómico y local por el Comité de Solidaridad con la Causa Árabe.

Frente a la posición del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que había considerado que el acuerdo municipal era nulo en su integridad, por incurrir en "manifiesta falta de competencia", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución y el artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, lo que determinaba que resultase aplicable la causa de invalidez contemplada en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Tribunal Supremo estima que solo procede confirmar la declaración de nulidad de los apartados tercero, cuarto y quinto, coincidiendo de este modo solo en parte con el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Santander, que había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Acción y Comunicación sobre Oriente Medio, limitándose a declarar la nulidad de los apartados cuarto y quinto del acuerdo municipal.

El Juzgado santandereño había considerado que los pronunciamientos del Ayuntamiento de Reinosa (referidos a la prohibición de contratar servicios o comprar productos a empresas que vulneren el derecho internacional, y a fomentar la cooperación con el movimiento BDS) eran nulos, al entender que se vulneraba la legislación de contratos, competencia exclusiva del Estado conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución, e incidir en las relaciones internacionales, que competen al Estado, según el artículo 149.1.3.º CE, e infringiéndose el principio de igualdad garantizado por el artículo 14 de la Constitución, en el último caso, al crear discriminación respecto al Estado de Israel.

El Tribunal Supremo, tras resolver la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consistente en determinar si los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento que se impugnaron son, o no, susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos, concluye que son

susceptibles de control jurisdiccional atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos, lo que conduce a casar la sentencia del Tribunal de instancia de Cantabria, y, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Acción y Comunicación sobre Oriente Medio, anular los apartados 3, 4 y 5 del acuerdo municipal impugnado.

La decisión del Tribunal Supremo se sustenta en el análisis de la naturaleza y los efectos de las declaraciones de carácter político adoptadas por los ayuntamientos, que obligan a diferenciar aquellas declaraciones o pronunciamientos que no producen efectos jurídicos prácticos, en la medida en que se limitan a expresar una opción política como manifestación de la voluntad concorde de los miembros de la corporación, de aquellas declaraciones que producen efectos jurídicos y vulneran el orden público de los derechos fundamentales, o atentan directamente contra el orden constitucional.

Se recuerda, al respecto, el contenido del artículo 55 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, que dispone que los entes locales deben respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones públicas de sus competencias, y las consecuencias que del mismo se derivan para las propias.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, bajo este parámetro de enjuiciamiento, considera que no son objetables las declaraciones políticas contenidas en los apartados 1 y 2 del acuerdo plenario del Ayuntamiento de Reinosa, en cuanto carecen de transcendencia práctica y se alinean con las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Parlamento Europeo en favor del reconocimiento del Estado palestino:

> "El hecho de que hubiere resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que puedan vincular al Reino de España, como miembro de Naciones Unidas, y al Gobierno de España, como su representante exterior, en principio, no es óbice para que, dada la organización territorial del Estado en municipios, provincias y Comunidades Autónomas (artículo 137 CE), cada una de estas entidades territoriales gestione sus respectivos intereses y se atenga a las competencias establecidas en la Constitución.
>
> Mas también acabamos de señalar que cuando el acto municipal carece de efectos prácticos directos, nada obsta a su permanencia si no viola derechos fundamentales o de terceros.
>
> Pues bien, a juicio de la Sala carecen de eficacia administrativa y entran en el ámbito de las declaraciones políticas que se agotan en sí mismas sin trascendencia de aquella naturaleza estos dos puntos del acuerdo de 7 de julio de 2016".

Por lo contrario, no pueden ampararse en el principio de autonomía local, según el Tribunal Supremo, las declaraciones de los apartados 3, 4 y 5 del acuerdo municipal, porque en estos casos se está infringiendo el régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y los entes locales, que afecta a las relaciones internacionales y a la legislación contractual, y se están vulnerando derechos fundamentales, en la medida en que su plasmación en la actuación del Gobierno municipal sería lesiva del principio de no discriminación del artículo 14 de la Constitución:

> "Procede, pues, estimar el recurso de casación, anular la sentencia de la Sala de Santander, así como estimar el recurso de apelación de la Asociación Acción y Comunicación sobre Oriente Medio y desestimar el de la Asociación Interpueblos. La estimación de la apelación lleva a anular también la sentencia del Juzgado y a estimar en parte, en los términos que vamos a explicar el recurso contencioso-administrativo.
>
> Coincide, este Tribunal, con el fallo de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de los de Santander, de 28 de noviembre de 2019 (siguiendo lo dicho por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de los de Oviedo en un asunto similar sobre los dos primeros apartados del acuerdo de 7 de julio de 2016). Así que debemos confirmar su criterio.
>
> Mas debemos apartarnos de el en lo que atañe al tercer apartado que dice así:
>
> '3. Declarar el concejo de Reinosa Espacio Libre de Apartheid Israeli y difundirlo entre la ciudadanía, insertando el sello de Espacio Libre de Apartheid Israelí en la web municipal'.
>
> Este apartado tercero implica discriminación de terceros, esto es lesión de derechos fundamentales, por lo que debe recibir el mismo tratamiento anulatorio que los apartados cuartos a sexto del acuerdo de 7 de julio de 2016:
>
> '4— Adoptar las medidas legales oportunas para que los procesos de contratación y compra incluyan las previsiones que impidan contratar servicios o comprar productos a empresas cómplices de violaciones del Derecho Internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
>
> 5— No suscribir ningún convenio o acuerdo con instituciones públicas, empresas y organizaciones que participen, colaboren u obtengan beneficio económico de la violación del Derecho Internacional y de la Declaración de los Derechos Humanos.
>
> 6— Fomentar la cooperación con el movimiento BDS (Boicot, Desinversión y Sanciones) articulado a nivel estatal por la Red Solidaria contra la

Ocupación de Palestina y a nivel autonómico y local por el Comité de solidaridad con la Causa Árabe'.
SÉPTIMO. — La respuesta a la cuestión de interés casacional.
Los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento objeto de impugnación en la instancia son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos.
Justamente esa naturaleza, contenido y efectos dan lugar a la viabilidad o inviabilidad de los distintos apartados".

2.2
Principio de servicio público

Las Administraciones públicas (y por ende los entes locales), cuando actúan en la posición institucional de poder adjudicador, están sujetas a la legislación de contratos, así como al derecho de competencia, de modo que no puedan imponer cláusulas relativas a la prestación del servicio público que incluyan condiciones que obstaculicen o restrinjan la libre competencia, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperativa de interés general.

De forma más específica, en relación con el caso enjuiciado, cabe precisar que un ayuntamiento no incurre en abuso de posición de dominio, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, al negar a una sociedad mercantil el acceso a la plataforma municipal de gestión de cobros o al rechazar el acceso a los datos necesarios para desarrollar la actividad como operador de los servicios de cobro de estacionamiento regulado.

Estas son las directrices jurisprudenciales que formula la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de marzo de 2023 (RC 6491/2021; ponente Isabel Perelló Doménech), resolviendo el recurso de casación promovido por la mercantil Easypark España S.L.U. contra la sentencia de la Sección Tercera de refuerzo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 9 de junio de 2021, dictada en el recurso contencioso-administrativo n.º 410/2018.

Las circunstancias fácticas del caso que dan origen a la controversia casacional se explican de forma rigurosa en la sentencia del Tribunal Supremo: la mercantil "EasyPark" presentó un escrito ante el Tribunal de la Competencia de Aragón el día 7 de febrero de 2017, en el que se denunciaba la negativa del Ayuntamiento de Zaragoza al libre acceso a la plataforma

municipal o a los datos necesarios para poder prestar el servicio tecnológico *app* de pago de estacionamiento en áreas reguladas que consideraba de valor añadido, a elección del usuario y sin coste adicional para la Administración. Exponía en su escrito que el acceso para la prestación del servicio podría regularse en régimen de autorización administrativa, afirmando que este régimen no resulta incompatible con el servicio que pueden prestar las aplicaciones municipales propias o en régimen de concesión o licitación, pudiendo coexistir y competir en beneficio de los derechos de los usuarios. Sin embargo —continúa su alegato—, el Ayuntamiento de Zaragoza se niega a aportar la información solicitada, al considerar que el servicio que se pretende prestar por "EasyPark" se encuentra comprendido dentro del servicio público de estacionamiento cuya gestión fue adjudicada mediante concesión a otra sociedad: "Z+ MUTE Zaragoza", tras la correspondiente tramitación del procedimiento de contratación púbica. Añadió que sus servicios tecnológicos son prestados en ciudades de todo el mundo y en coexistencia con otros operadores de aplicaciones móviles, insistiendo en que el servicio que se ofrece no se trata de un servicio público esencial o que genere unos derechos sobre el dominio público susceptibles de ser prestados mediante concurso público, sino que se trata de otros servicios abiertos al mercado.

El Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón inició una fase de información reservada a fin de determinar si en la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza, en relación con la petición de acceso a datos realizada por la aludida sociedad, concurrían las circunstancias para la incoación de un procedimiento sancionador por la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Tras la realización de las actuaciones procedentes, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón dictó acuerdo en el que, tras un análisis de los hechos denunciados, resuelve no iniciar expediente sancionador, con base en el siguiente razonamiento:

> "De lo expuesto hasta aquí se deduce que la presunta actuación colusoria del Ayuntamiento de Zaragoza tiene su razón de ser en la licitación del contrato de concesión de gestión del servicio público de estacionamientos regulados en la ciudad de Zaragoza, dicha licitación es realizada por el Ayuntamiento en el ejercicio de su *ius imperii* como poder adjudicador de un contrato público, en el ejercicio de sus potestades administrativas otorgadas por el ordenamiento jurídico aplicable al supuesto concreto y recogidas en el anterior fundamento y no como operador económico o competidor en el mercado. Por todo ello, puede concluirse que en tanto que el Ayuntamiento de Zaragoza no ha estado actuando como operador económico en los

hechos denunciados, sino en el ejercicio del *ius imperii*, no le resulta aplicable la prohibición del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, a la licitación y adjudicación por parte del Ayuntamiento de Zaragoza del contrato de concesión de gestión del servicio público de estacionamiento regulado en la ciudad de Zaragoza".

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón desestimó el recurso contencioso-administrativo al considerar que la decisión del Tribunal de la Competencia de Aragón era ajustada a derecho, pues la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza se enmarcaba en el ámbito de la mejor gestión del uso del dominio público, con base en el ejercicio de las competencias y potestades que le son legalmente reconocidas, especialmente en lo referido al uso público viario, en el artículo 25.2.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y el artículo 42.2 de la Ley de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón.

Argumenta el Tribunal de Aragón que esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que la actuación municipal conlleve actividad económica y que esta se desarrolle por una sola empresa, pues en la medida en que la actividad económica está plenamente vinculada al servicio público a prestar, y que se ha ofrecido en régimen de concurrencia entre todas las empresas interesadas, conforme a la normativa administrativa a observar en el caso, es ajustada a derecho la acción del Ayuntamiento.

La tesis de la parte recurrente, expuesta en el escrito de interposición del recurso de casación, se centraba en mantener que el Ayuntamiento, como titular y prestador indirecto del servicio de cobro, es una *empresa* que presta esta *actividad económica* como *operador económico*, de modo que al denegar el acceso a "EasyPark" a la plataforma municipal, como a los datos, estaba sometido al derecho a la competencia, y cometió una infracción del artículo 2 LDC, de forma concurrente con la de su adjudicataria, pero por una conducta independiente y exclusivamente atribuible a la corporación municipal, por su propia negativa al acceso.

Sostenía que el Ayuntamiento no solo restringió la competencia como *operador económico*, sino que también *facilitó* que su adjudicataria pudiera hacerlo, por cuanto (i) desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia, teniendo "un papel activo" en el abuso sufrido por "EasyPark", y debía haber dado instrucciones a su adjudicataria para que permitiera el acceso; (ii) es responsable de la conducta aunque no forme parte del mercado principal afectado o no tenga un beneficio explícito directo, cuya presencia e intervención beneficia aun de forma indirecta (FD 6.° *Texpol*); y (iii) aunque se

produjese tal conducta en el ejercicio de las potestades administrativas, la misma es sancionable, porque, con arreglo al artículo 4.1 LDC, su actuación no resulta de la aplicación de una ley, y según el artículo 4.2 su conducta carece de amparo legal del artículo 25.2 LBRL, que solo confiere competencia en materia de tráfico, estacionamiento y movilidad, pero no en relación con los medios de pago generados.

El Tribunal Supremo, dando respuesta a la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, considera que en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa. Lo relevante no es el *status jurídico* 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. No obstante, aprecia que no es sancionable la conducta imputada al Ayuntamiento de Zaragoza porque, atendiendo a las circunstancias del caso, no actuó como operador económico, al limitarse a ejercer las facultades derivadas de su posición de poder adjudicador.

A fin de determinar la naturaleza de la actividad desarrollada por el Ayuntamiento de Zaragoza —se advierte en la sentencia—, es necesario recordar que dicha corporación acordó no prestar directamente el servicio de estacionamiento, al decidir la licitación de la gestión del servicio de estacionamiento regulado, optando por la gestión indirecta del servicio a través de una tercera empresa —una UTE— mediante el sistema de concesión administrativa.

Con la licitación del servicio, el Ayuntamiento no interviene en la prestación del servicio de estacionamiento, ni es proveedor del mercado; antes bien, actúa como "poder adjudicador" de una concesión local, en la terminología del artículo 6.1 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y sometido a la legislación de los contratos públicos (LCSP), siendo la empresa adjudicataria la que presta y gestiona el servicio de estacionamiento regulado. De lo anterior —concluye el Tribunal Supremo— se desprende que el Ayuntamiento de Zaragoza no ejerce una actividad económica, siendo la empresa concesionaria la que actúa en el mercado, cuya conducta no es objeto de este recurso de casación.

Lo que sí realiza la Administración como "poder adjudicador" es el diseño y la elaboración de las condiciones de la concesión de la gestión del servicio público de estacionamiento regulado que se tramita a través del procedimiento establecido en las normas administrativas. Y, en la medida en que las condiciones concesionales afectan a una actividad de naturaleza económica, debe atenerse tanto a las normas de derecho

administrativo como a la normativa de la competencia, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones por esta Sala. De forma que las condiciones de gestión del servicio licitado no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general. Criterios y principios del derecho de competencia que han de aplicarse a los mercados que pueden funcionar en condiciones competitivas. Y en el supuesto de que el contrato de concesión de gestión del servicio formalmente adjudicado por una Administración implique una restricción o una barrera a la competencia, dicha actuación administrativa que ejecuta o realiza prerrogativas públicas debe ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien corresponde el enjuiciamiento de los actos sujetos al derecho administrativo.

Por ello —razona el Tribunal Supremo—, no cabe imputar a la Administración pública de forma directa ni indirecta el abuso de posición de dominio *ex* artículo 2 LDC, por la mera razón de que no presta directamente el servicio de estacionamiento, ni realiza la actividad económica a la que se refiere la concesión, ni tampoco ha llevado a cabo alguna actuación material apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia que, en fin, haya contribuido de manera decisiva y activa a la práctica anticompetitiva. Sino que, por el contrario, actúa en el ejercicio de sus competencias como poder público dotado de *imperium* al adjudicar una concesión para la prestación del servicio de estacionamiento, incompatible con afirmar una pretendida existencia de un abuso de posición de dominio.

Y es que además, en el caso examinado, tal como se desprende del contenido de los pliegos de la concesión del servicio, la corporación municipal no promovió ni decidió la exclusividad de la concesionaria en la concreta prestación del servicio de pago mediante plataformas *app*; ante la solicitud de "EasyPark" de acceso a los datos se limitó a remitirse a las prescripciones técnicas de la concesión suscrita el 27 de octubre de 2010 por 10 años más 5 prorrogables, en la que no se contemplaba este tipo de pagos, y solo el pago mediante tique. Y es en la cláusula 6.2.1 del pliego de prescripciones técnicas donde se recoge la posibilidad de pago por móvil/web con arreglo al reglamento de estacionamiento del año 2014, sin que figure la exclusión de otros operadores en el servicio. Y cabe interpretar que el contenido de las condiciones de la concesión en sí mismas —que no regulan el servicio de pago mediante estas herramientas tecnológicas— no restringe de forma expresa o necesariamente la participación a otros operadores o plataformas que ofrecen el servicio de pago, apreciándose auto-

nomía en la empresa concesionaria en lo que se refiere al acceso a dicho servicio de gestión del cobro, conexo al del estacionamiento regulado.

Esto es, la configuración de la concesión no implica *per se* la creación de barreras o restricciones a la competencia, ni el cierre a la entrada de otros operadores potenciales, en condiciones de igualdad y no discriminación, al mercado del servicio de pago del estacionamiento mediante dichas tecnologías, y aunque hubiera sido conveniente una mayor especificidad y claridad, cabe entender que, en la medida en que no incorpora expresamente la exclusividad en favor de la adjudicataria en relación con dicho servicio de pago mediante *app*, ni la exclusión de otros operadores en el pago, correspondía a la UTE concesionaria del servicio de estacionamiento discernir el acceso de otras entidades que pudieran prestar el servicio, como así se intentó por la recurrente frente a la concesionaria, actuación de esta última que es ajena a este proceso, que se circunscribe a la denuncia formulada contra el Ayuntamiento de Zaragoza. Y tampoco cabe apreciar una actuación contraria al artículo 2 LDC derivada de la negativa de suministrar los datos solicitados por "EasyPark", pues, con arreglo a lo razonado, el Ayuntamiento se limitó a ser el ente público licitante de la concesión con arreglo al derecho administrativo. La posterior negativa a facilitar los datos se sustentó en la gestión indirecta del servicio de estacionamiento y en el desconocimiento de la información reclamada, por afectar al desarrollo de la actividad económica de la entidad concesionaria, respecto a la cual expresamente se afirma por la recurrente que la concesionaria ha aprovechado para imponer condiciones injustas, no razonables y discriminatorias a "EasyPark", sin que resulte acreditada una intervención del Ayuntamiento en tal aspecto. Todo ello sin perjuicio de la acertada recomendación expresada en el apartado 2.° de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, y la necesidad de que el Ayuntamiento adapte su actuación a los cambios tecnológicos.

Cabe deducir de la exégesis de esta sentencia del Tribunal Supremo que no cabe imputar a un ente local el cierre de un mercado, referido a la prestación de determinados servicios, en infracción del derecho de la competencia, cuando acude al mecanismo de la concesión administrativa para encomendar la gestión indirecta de un servicio público, aunque en la regulación de las cláusulas obligacionales impuestas al concesionario se deberá contemplar que, en el desarrollo de la prestación del servicio, se consideren abusivas aquellas conductas restrictivas del acceso a la prestación del servicio a operadores que pretendan realizar actividades no vinculadas, directa o indirectamente, con el título concesional.

2.3
Principio de legalidad

La Administración municipal no puede utilizar información procedente de datos cedidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a efectos fiscales para establecer el hecho constitutivo de infracción.

Esta es la directriz jurisprudencial que se sienta en la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2023 (RC 1845/2021; ponente Luis María Diez-Picazo Giménez), resolviendo el recurso de casación interpuesto por Herederos de José Hernández Guerra contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 16 de diciembre de 2020, que estimó el recurso de apelación promovido contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria de 18 de diciembre de 2018.

Los antecedentes que eran relevantes para resolver el recurso de casación partían del hecho de que el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria sancionó con multa de 4001 € y pérdida de todas las autorizaciones de taxi de que fuera titular, por la infracción muy grave tipificada en el artículo 104.4 de la Ley de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias, haciendo uso de información que le había sido cedida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a efectos fiscales.

El Tribunal Supremo, siguiendo los criterios expuestos en la precedente sentencia 344/2021, resuelve haber lugar al recurso de casación, con base jurídica en el principio de legalidad sancionadora, que garantiza el artículo 25 de la Constitución, en relación con la previsión del artículo 95 de la Ley General Tributaria, que regula el carácter reservado de los datos con transcendencia tributaria.

A juicio del Tribunal Supremo, la Administración, para el ejercicio de las funciones de carácter tributario, puede solicitar información de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, pero si la cesión de datos solicitada lo es para otras funciones, debe contar con el previo consentimiento del interesado, con el objeto de conciliar la aplicación de la legislación de protección de datos de carácter personal con la legislación tributaria, y preservar así las garantías sustantivas del procedimiento administrativo sancionador.

Sostiene el alto tribunal, para fundamentar el fallo, y con el objeto de dar respuesta a las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria no empleó esos datos para un fin tributario, sino para aplicar la normativa reguladora del taxi. Además —se advierte—, la cesión se hizo sin

consentimiento del interesado y con base en una solicitud equívoca, pues del oficio remitido a la AEAT se deduce que interesaba los datos para actuar respecto a los titulares de licencias que indebidamente las hubieran cedido a floteros: no de otra forma cabe entender la cita que se hace en ese oficio del artículo 104.4 de la Ley canaria 13/2007.

Previamente, de forma ordenada, el Tribunal Supremo fija los límites del debate casacional en los siguientes términos: la sentencia impugnada se basa en un juego de remisiones a otras sentencias, y al hacerlo descuida estar a las circunstancias del caso. Así, en la sentencia 212/2018, a la que se remite, se planteaba un supuesto de cesión al Juzgado de Instrucción conforme al artículo 95.1.a) de la LGT, y, de lo que se deduce de esa otra sentencia, los allí sancionados no fueron floteros, sino licenciatarios.

En el caso de autos —se razona en la sentencia—, es el Ayuntamiento el cesionario directo de la información tributaria que le cede la AEAT a petición suya: el oficio solicitándola es concluyente (*cfr.* el Fundamento de Derecho Primero.2.5.° de esta sentencia), y la referencia a las diligencias penales en curso fue solo eso, una mera referencia, ignorándose su estado y quiénes son o eran los imputados o procesados.

De esta manera, el informe que la AEAT remitió al Ayuntamiento no dejaba lugar a dudas: cedió datos tributarios del recurrente conforme al artículo 95.1 de la LGT "para colaborar con otras administraciones tributarias en el ámbito de sus competencias y, a efectos estrictamente tributarios, se remite el presente informe". Esta era la condición impuesta al cederlos.

En su oposición, el Ayuntamiento parece sostener que, como está personado en unas diligencias penales —de cuyo contenido y alcance, repetimos, nada consta—, puede hacer uso de los datos que la AEAT haya cedido al Juzgado *ex* artículo 95.1.a), luego entiende que por ser parte en ese procedimiento penal está autorizado judicialmente para emplearlos para el ejercicio de sus competencias sobre el régimen de las licencias de taxi. Esto es rechazable porque no hay autorización alguna —al menos no consta como tal—, y porque tal razonamiento podría ser coherente con lo resuelto en la sentencia a la que se remite la ahora impugnada.

El caso de autos es otro: el Ayuntamiento se dirigió solo a la AEAT, luego la idea de autorización judicial es inane. Y no es ahora litigioso juzgar si su personación en unas diligencias penales le permitía aprovechar los datos cedidos por la AEAT al Juzgado y así usarlos para el ejercicio de sus competencias; del mismo modo que tampoco es aquí cuestión litigiosa si era posible haber interesado del Juzgado un testimonio de particulares, que el Juzgado valorase su pertinencia y así incoar un procedimiento sancionador dentro de sus competencias en materia de licencias de taxi.

Consciente de lo expuesto, el Ayuntamiento entiende que, gracias a su personación en un procedimiento penal, conoció los datos cedidos por la AEAT al Juzgado al amparo del artículo 95.1.a) de la LGT, y decide aprovecharlos; ahora bien, para evitar el posible límite deducible de tal precepto que tiene como cesionario al órgano judicial, no empleó directamente los datos cedidos al Juzgado, ni tampoco interesó un posible testimonio de particulares, sino que para sancionar al recurrente procuró la cobertura de la AEAT *ex* artículo 95.1.k) de la LGT, le solicitó directamente la cesión de esos datos y los obtuvo.

La relevancia de la doctrina jurisprudencial que se consolida en esta sentencia se debe a que consagra con toda claridad el principio de que la Administración pública, en el desarrollo de la potestad sancionadora, debe respetar las garantías de carácter formal y de carácter sustantivo que se desprenden de los artículos 9.3, 24 y 25 de la Constitución, que determinan la interdicción de que se imponga una sanción con desprecio o menoscabo del régimen de los derechos fundamentales y, singularmente, con base en la desconsideración del derecho a la privacidad y la protección de los datos de carácter personal que garantiza el artículo 18 de la Constitución.

2.4
Principio de competencia

Resulta legítima, desde la perspectiva de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, la intervención del Ayuntamiento en la regulación del mercado de alquiler de viviendas turísticas, al amparo de la legislación urbanística, con el fin de garantizar la convivencia residencial de un entorno urbano en términos de sostenibilidad y facilitar el derecho de acceso a una vivienda digna a precios asequibles, siempre que las medidas adoptadas se revelen necesarias, proporcionadas, y no sean discriminatorias.

Esta es la directriz jurisprudencial que sienta la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 31 de enero de 2023 (RC 8318/2021), de la que fue ponente el magistrado Ángel Ramón Arozamena Laso, resolviendo el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que había estimado el recurso contencioso-administrativo promovido por la Asociación de apartamentos y viviendas de alquiler de temporada (Habtur Baleares) contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento

de Palma de 26 de junio de 2018, mediante el cual se aprobó la delimitación provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas (ETV) de uso residencial en dicho municipio.

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares declara la nulidad de pleno derecho de la zonificación provisional adoptada por el Ayuntamiento de Palma, en el extremo que se refiere a la prohibición de comercializar estancias turísticas sitas en edificios plurifamiliares.

Según se razona en la sentencia del Tribunal balear, el acuerdo municipal vulnera los principios de proporcionalidad y necesariedad ínsitos a las "imperiosas razones de interés general", conforme a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que permiten modular la libre prestación de los servicios turísticos, en cuanto prohíbe la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial (ETH) en edificios plurifamiliares.

Al respecto, se argumentaba que la delimitación provisional aprobada establece la ordenación temporal de las ETH en el municipio de Palma, considerado el término municipal como una zona única, sin realizar diferenciaciones entre ámbitos territoriales más acotados, dependiendo de sus especiales características, como pudiese suceder con los barrios a los que alude la propia Exposición de Motivos de la Ley balear 6/2017, así como también las sentencias del Tribunal Supremo n.º 75/2021, de 26 de enero (relativa a la previsión de las ETH en el planeamiento de la ciudad de Barcelona), y n.º 1550/2020, de 19 de noviembre (examinando cuestiones análogas en cuanto al planeamiento de Bilbao).

Partiendo de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como de la doctrina del Tribunal Supremo, el Tribunal de instancia, aunque es consciente de los efectos que la actividad turística en general produce sobre el medio ambiente, la ordenación del territorio, los recursos energéticos, los recursos híbridos, las infraestructuras y la movilidad, lo que justificaría la adopción por los ayuntamientos de medidas dirigidas a restringir la actividad económica de comercialización de viviendas destinadas al alquiler turístico, descarta, sin embargo, que sea legítima la aprobación de "una vía de control tan tajante", que solo permite el ejercicio de esta actividad en viviendas unifamiliares, cuando cabrían otras medidas regulatorias menos gravosas para los intereses de los propietarios de viviendas.

En la sentencia recurrida se reprochaba al Ayuntamiento de Palma que limitase la posibilidad de explotación turística de viviendas sitas en inmuebles plurifamiliares, cuando la planta de la ciudad de Palma demuestra que

la gran mayoría de edificaciones residenciales pertenecen a la clasificación de vivienda residencial plurifamiliar, y sin contemplar otros mecanismos regulatorios menos restrictivos, no por ello carentes de efectos preventivos y dirigidos a los fines de interés general que el consistorio trata de alcanzar a través de la ordenación provisional.

Se argumenta en la sentencia del Tribunal de instancia que existen otros mecanismos menos gravosos, como se prevé en los instrumentos que estamos examinando, instrumentos de gestión territorial y de la convivencia que la propia LTIB contempla en su artículo 50, como los relativos a la eficiencia energética, antigüedad en el uso residencial, aprobación del uso turístico por la junta de propietarios, entre otras condiciones que puedan establecer los diferentes instrumentos de ordenación territorial y urbanística, particularmente la modalidad de comercialización por plazo máximo de 60 días en un período anual, contemplada en el artículo 50.20 LTIB, la cual desactiva buena parte de los motivos invocados por el Ayuntamiento para justificar la prohibición absoluta de alquiler turístico. Las finalidades públicas perseguidas pueden obtenerse a través de medios menos radicales, algunos de ellos ya positivizados. La prohibición, lógicamente, constituye la última de las soluciones posibles a los efectos nocivos que la Administración demandada trata de evitar y atajar.

Según el Tribunal balear, el libre ejercicio de la actividad turística debe conjugarse con los intereses generales, y en esta interconexión pueden adoptarse decisiones administrativas que deben ser proporcionales, idóneas y necesarias para la colectividad.

Por ello, se concluye que la prohibición absoluta de la comercialización de ETH en edificios plurifamiliares no aparece como ponderada con las finalidades alegadas por el Ayuntamiento, el cual, bajo el escudo de la normativa comunitaria, estatal y autonómica, ostenta competencias en materia de protección del medio ambiente, la convivencia, la ordenación de su territorio y el diseño del mismo, y en ejercicio de estas atribuciones puede hacer uso de sus potestades, entre ellas la reglamentaria destinada a regular un marco de gestión de las actividades económicas que repercuten en tales ámbitos de interés general.

Para el Tribunal Supremo, debe prevalecer el interés general, ligado a la planificación urbanística, respecto de los intereses de naturaleza económica, de modo que considera que el objetivo perseguido por el Ayuntamiento de Palma, avalado por informes técnicos, de tratar de preservar la configuración orgánica de la ciudad de Palma, así como garantizar la convivencia social en los barrios, paliar la falta de oferta de arrendamiento de viviendas para los residentes y velar por el medio ambiente, y una gestión razonable

de los recursos energéticos e hídricos y las infraestructuras, constituye una razón imperativa de interés general, que autoriza, en el marco legal que resulta aplicable en dicho término municipal, a restringir la actividad económica enjuiciada.

Se recuerda al respecto que la sentencia del Tribunal Supremo 75/2021, de 26 de enero (RCA 8090/2019), siguiendo la anterior STS 1550/2020, de 19 de noviembre (RCA 5958/2019), en línea con la citada sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2020, mantiene:

> "[...] es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención [...] iba claramente, y sin duda, dirigida a la protección del 'derecho a la vivienda', digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control —evitando el deterioro— del denominado, por la Directiva de Servicios, 'entorno urbano'.
>
> Se trata, sin duda, de dos conceptos —los citados— que habilitan la citada intervención municipal, en uso de la potestad de planeamiento, incluso en el marco de la citada Directiva de Servicios y de la normativa interna española que se ha considerado con infringida, pues tales conceptos permiten, sin duda, entender que nos encontramos —en supuestos como el de autos— ante 'una razón imperiosa de interés general' que habilitaba a la Administración local para someter a las VUT de referencia a una calificación o régimen de usos urbanística como la contenida en el Plan impugnado que no se encamina a la exclusión de la normativa europea y la española que la transpone sobre libre prestación de servicios, sino 'a posibilitar la efectiva conciliación, de la citada y lícita actividad económica del alquiler vacacional, con la organización del régimen interno de la ciudad, posibilitando la convivencia residencial estable y habitual con una actividad caracterizada por su transitoriedad y falta de permanencia, al responder a circunstanciales necesidades alojativas'".

Se fija, en este contexto, la directriz de que los ayuntamientos están habilitados, en el marco de la aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico, para regular las condiciones de acceso y ejercicio de una actividad económica, e incluso para limitar en un concreto ámbito territorial el ejercicio de actividades previamente legalizadas, referidas concretamente a la comercialización de las viviendas de uso turístico, aunque restrinjan la libre prestación de servicios, siempre que las medidas adoptadas obedezcan a una razón legítima imperiosa de interés general, y se acredite que son necesarias, proporcionadas, no discriminatorias y conocidas de antemano.

Se censura al Tribunal de instancia porque elude las prescripciones de la legislación autonómica de aplicación, sin plantear, con carácter previo, cuestión prejudicial por disconformidad con las directivas europeas, o cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma, lo que determina que proceda casar la sentencia de instancia y desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Habtur Baleares.

2.5
Principio de transparencia

El derecho de acceso a la información pública, regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, respecto de la actividad urbanística desarrollada por un ente local, puede exigirse de forma autónoma, con independencia de las acciones que se emprendan al amparo de la legislación urbanística.

Esta es la directriz jurisprudencial que, de forma nítida, formula la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 28 de noviembre de 2022 (RC 3190/2021; ponente Diego Córdoba Castroverde), al resolver el recurso de casación interpuesto por Juan Antonio Varela Durán, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de enero de 2021, que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución de la Comisión de Transparencia de Galicia, que desestimó la reclamación formulada contra la resolución de la Alcaldía de Arzúa de 8 de agosto de 2019, por la que se concedió acceso de forma condicionada a la vista y copia de los expedientes de licencias y títulos habilitantes de actividad otorgados en los últimos seis años referidos a la actividad de turismo rural desarrollada en el Pazo de Brandeso.

La controversia casacional se circunscribía a interpretar la disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en concreto el artículo 62, relativo a la acción pública, a fin de determinar si los citados preceptos constituyen, o no, un régimen jurídico específico de acceso a la información que excluya la aplicación de la Ley de Transparencia, todo ello en relación con el artículo 18.1.e) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a fin de valorar si la falta de utilización,

en su caso, de dicho cauce específico es o no determinante del carácter abusivo de la petición.

El proceso casacional tenía su origen en la presentación de una solicitud, formulada por el propietario de un establecimiento turístico, ante el Ayuntamiento de Arzúa, con el objeto de que se le facilitara copia de los expedientes de licencias o títulos habilitantes de la actividad otorgados en los últimos seis años, petición a la que se accedió imponiendo determinadas condiciones por acuerdo del alcalde de 8 de agosto de 2019.

Previamente, el mismo peticionario había instado ante el Ayuntamiento la incoación de un expediente de reposición de la legalidad urbanística por la supuesta ejecución en curso de obras no amparadas en la licencia urbanística, presentando una segunda solicitud el 8 de marzo de 2019. Estando en tramitación el expediente de la segunda solicitud de incoación del procedimiento de reposición de la legalidad urbanística, se presentó solicitud al Ayuntamiento, al amparo del derecho de acceso a la información pública regulado en la Ley de Transparencia.

El peticionario impugnó el acuerdo ante la Comisión de Transparencia de Galicia, que, en su resolución de 30 de octubre de 2019, acordó desestimar la reclamación presentada, por entender lo siguiente: la información solicitada se refería a la parte del establecimiento dedicada a la actividad turística y no afectaba a la intimidad; la información se concedió sometida a ciertas condiciones; el derecho al acceso a la información aparece reconocido en la Ley 19/2013 a que se remite la Ley 39/2015.

Contra esta resolución, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, cuya Sección 3.ª, en su sentencia n.º 31/2021, de 29 de enero, desestimó el recurso. En dicha sentencia se considera irrelevante el hecho de que se hayan denunciado obras ilegales, se hayan tramitado expedientes sancionadores o quejas ante el Valedor do Pobo, y los supuestos intereses comerciales o de otra índole que puedan existir entre el demandante y la persona que solicitó la información, puesto que el único objeto es determinar si el solicitante tiene derecho a la información solicitada.

La sentencia de instancia descartó que la información solicitada afectase a su intimidad o le generase indefensión, así como que el ejercicio del acceso a la información pudiera considerarse abusivo por disponer de otros cauces previstos en las normas sectoriales, tal y como sucede en materia urbanística, donde la acción es pública para comprobar la existencia de cualquier irregularidad.

Consideraba el Tribunal gallego que la acción pública en materia urbanística constituye un régimen específico de acceso a la información que ex-

cluye la aplicación de la Ley de Transparencia, y la falta de utilización de este cauce debe considerarse como el ejercicio abusivo de este derecho (artículo 18.1.3 de la Ley de Transparencia).

Argumentaba que dado que la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y sus actos se presumen válidos, el control en lo que a la legalidad de su actuación se refiere (en este caso referida a la legalidad de las obras y de las licencias concedidas por el Ayuntamiento para desarrollo de la actividad de turismo rural) requiere la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo previsto en la ley sectorial (en este caso el procedimiento de reposición de la legalidad urbanística) o su revisión utilizando la acción pública.

El Tribunal Supremo considera acertada la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y desestima el recurso de casación con base en el razonamiento de que el hecho de poder acceder a cierta información respecto de los procedimientos en curso, como consecuencia del ejercicio de la acción pública en materia urbanística, no condiciona la posibilidad de acceder a la información pública por la vía prevista en la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

A juicio del Tribunal Supremo, la Ley del Suelo, al regular la acción urbanística, no establece un régimen jurídico alternativo que desplace y sustituya al previsto en la Ley de Transparencia respecto al acceso a la información pública obrante en poder de la Administración.

Y se añade que tampoco puede considerarse que el acceso a la información con la finalidad de comprobar si han existido infracciones urbanísticas pueda considerarse abusivo cuando la información solicitada, tanto por su espectro temporal como por el volumen de información comprometido, no puede considerarse como tal. La solicitud de información es conforme con la finalidad que persigue la normativa de transparencia, por cuanto es un medio de control de los actos de otorgamiento de las licencias y autorizaciones urbanísticas, por lo que tiene por finalidad conocer si la actividad pública es conforme a derecho y si la actividad desplegada por los beneficiarios se acomoda a las licencias y autorizaciones concedidas.

La sentencia, abordando la cuestión de la complementariedad de la regulación del derecho a la información pública establecida en la legislación urbanística con la contemplada en la Ley de Transparencia, concluye que el hecho de poder acceder a cierta información respecto de los procedimientos en curso, como consecuencia del ejercicio de la acción pública en materia urbanística, no impide ni excluye la posibilidad de solicitar información pública obrante en la Administración respecto de procedimientos ya

concluidos, ni por lo tanto limita o condiciona la posibilidad de acceder a la información pública por la vía prevista en la Ley 19/2013.

Se trae a colación la previsión contenida en el artículo 53.1.a), que garantiza el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que se tenga la condición de interesado; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados.

Y se advierte que, asimismo, también se tendrá derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos, referida a los procedimientos en curso que se rigen por la normativa propia de cada procedimiento administrativo; así lo dispone la disposición adicional primera de la Ley de Transparencia.

Y refiere el Tribunal Supremo que el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, al regular los derechos de los ciudadanos, dispone en su artículo 5 que tienen derecho a "[a]cceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora". Previsión esta que, lejos de constituir un régimen separado y diferente al fijado en la Ley de Transparencia, reafirma lo dispuesto en la misma, en cuanto permite el acceso a la información en poder de las Administraciones públicas, y obtener copia de las disposiciones o actos adoptados.

En último término, el alto tribunal descarta que la solicitud formulada ante el Ayuntamiento de Arzúa pueda calificarse de abusiva, de tal modo que procede acordar su inadmisión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Transparencia, ya que se precisa que ni el hecho de que exista un procedimiento de reposición de la legalidad urbanística en curso, ni el que la solicitud de información se refiriese a las licencias urbanísticas o a los títulos habilitantes de la actividad desplegada en un establecimiento concreto durante los últimos seis años, ni el espacio temporal que abarca, ni el volumen de la información comprometido son relevantes.

Tampoco puede considerarse que el acceso a la información con la finalidad de comprobar si han existido infracciones urbanísticas pueda considerarse exorbitante, porque las solicitudes de información pública ejercidas al amparo de la Ley de Transparencia no necesitan estar moti-

vadas, según dispone el artículo 17.3 de la Ley de Transparencia, y como se señaló en la sentencia n.º 1519/2020, de 12 de noviembre (RC 5239/2019), "la falta de justificación o motivación no podrá, por sí sola, fundar la desestimación de la solicitud, de lo que se sigue que la expresión en la solicitud de una justificación basada en intereses 'meramente privados', [...] tampoco puede por sí sola ser causa del rechazo de la solicitud, salvo que concurran otras circunstancias como, por vía de ejemplo, el carácter abusivo de la solicitud no justificado con la finalidad de transparencia de la ley, que como antes se ha dicho constituye la causa de inadmisión del artículo 18.3 LTAIBG".

2.6
Principio de eficacia

El órgano de gobierno del ente local puede atribuir a un organismo técnico la asunción de funciones referidas a la elaboración de criterios interpretativos, circulares o instrucciones que resulten pertinentes para la aplicación de la normativa reglamentaria municipal.

Esta es la directriz jurisprudencial que sienta la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 15 de diciembre de 2022 (RC 8701/2021; ponente Inés Huerta Garicano), al resolver el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 22 de julio de 2021, por la que estima el recurso contencioso-administrativo promovido por la Fundación Privada Ecom, y declara la nulidad del apartado 4 del artículo 10 de la Ordenanza municipal de terrazas.

La disposición enjuiciada por el Tribunal de instancia establecía lo siguiente: "4. corresponderá a la Ponencia Técnica de Terrazas la elaboración de los criterios interpretativos, las circulares o las instrucciones que resulten pertinentes y coordinar la actuación de los distritos con la voluntad de garantizar el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad universal y de seguridad. Se dará conocimiento a la Comisión Técnica de Terrazas".

El Tribunal Supremo, dando respuesta a la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, con base en la aplicación del artículo 6.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 4.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, considera que, en virtud de la potestad de autoorganización de los municipios, el órgano de gobierno del

ente local puede atribuir a un organismo técnico facultades para la aprobación de criterios o instrucciones interpretativos sobre la aplicación de una norma reglamentaria municipal.

La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había declarado la nulidad de la disposición cuestionada porque la Ordenanza atribuye competencias a la Ponencia Técnica de Terrazas para elaborar criterios interpretativos, cuando tal organismo carece de capacidad reglamentaria alguna y no cabe atribuirle por ello mismo funciones interpretativas de la Ordenanza o de elaboración a tal fin de circulares o instrucciones interpretativas.

La tesis del Ayuntamiento recurrente —refrendada por la sentencia del Tribunal Supremo— se basaba en la aplicación del artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativo a las "Instrucciones y órdenes de servicio", que, en su apartado 1, permite a los órganos de la Administración dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

La defensa letrada de la Administración sostenía que el órgano municipal competente, en ejercicio de la potestad de autoorganización, puede crear un organismo de carácter técnico y atribuirle las funciones interpretativas para la aplicación de una normativa municipal de carácter eminentemente técnico, como es la Ordenanza de terrazas, a fin de garantizar el cumplimiento armonizado de las condiciones, en este caso, de accesibilidad universal y de seguridad.

La sentencia del Tribunal Supremo advierte al respecto que la Ordenanza de terrazas, en su artículo 92, crea la Ponencia Técnica de Terrazas como órgano interno municipal colegiado de carácter consultivo técnico, dependiente de la Gerencia de Ecología, Urbanismo y Movilidad. Y señala que el mismo artículo concreta las funciones propias de la Ponencia, entre las que recoge expresamente velar por el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad universal y de seguridad en las terrazas previstas en los artículos 10 y 11.1 de la Ordenanza. Por su parte, se subraya que el artículo 10 concreta el alcance de estas funciones, relativas a la accesibilidad universal y seguridad, cuando, en su apartado 4, habilita a la Ponencia a elaborar criterios interpretativos, circulares e instrucciones pertinentes, facultad ceñida al cumplimiento de las condiciones de distancia mínima respecto de los elementos urbanos y edificios, a fin de garantizar la accesibilidad universal y la seguridad de los ciudadanos. El carácter técnico de la Ponencia Técnica de Terrazas impide que los criterios, circulares e instrucciones que pueda aprobar para garantizar la accesibilidad universal tengan la consideración de normas jurídicas. Su aprobación no es expresión de la potestad reglamentaria, potestad de la que carece esta Ponencia.

En el caso de la Ordenanza de terrazas aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona —precisa el Tribunal Supremo—, resulta coherente que la misma se interprete y aplique uniformemente en todos los distritos de la ciudad, que son uno de los fundamentos de la organización del régimen especial de Barcelona (Ley del Parlamento de Cataluña 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta municipal de Barcelona, y Ley estatal 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona), y plasmación de los principios de descentralización y desconcentración.

Para el Tribunal Supremo, hay que partir de la premisa de la naturaleza de las instrucciones, circulares u órdenes de servicio, que son las que los superiores jerárquicos de las Administraciones dirigen a sus inferiores en uso de su potestad de autoorganización, poniendo de relieve que sus destinatarios son los funcionarios o los órganos administrativos inferiores, sin que vinculen a terceros ajenos al ámbito administrativo, y su finalidad no es otra que la de dar pautas interpretativas para la aplicación de las normas a fin de garantizar una unidad de actuación, o aclarar algún concepto oscuro, sin que quepa rebasar el ámbito de la norma que se interpreta. No tienen carácter normativo, ni son el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Siguiendo los criterios jurídicos expuestos en la precedente sentencia 76/2021, la sentencia subraya que se trata de un contenido propio de una circular como es el de fijar unos criterios o pautas interpretativas, aclarando o ilustrando a los funcionarios sobre la interpretación del Reglamento —en este caso una Ordenanza de terrazas— efectuada por el superior jerárquico, a fin de unificar los criterios de su aplicación por los órganos y unidades que de él dependen; y conseguir una interpretación y aplicación homogénea de la norma permite ofrecer, por tanto, una interpretación para exclusivo uso interno, sin que tenga incidencia ni vinculación alguna para los terceros administrados, que en absoluto están sometidos a esta interpretación efectuada, puesto que, si la consideran desacertada, pueden expresar tal disconformidad al impugnar los actos de aplicación.

Esta facultad para dictar instrucciones o circulares puede ser válidamente otorgada a un órgano *ad hoc*, como aquí acaece, donde el artículo 92 de la Ordenanza crea la Ponencia Técnica de Terrazas, como órgano interno municipal colegiado con carácter consultivo y técnico que depende de la Gerencia de Ecología, Urbanismo y Movilidad, y al que el artículo 93 atribuye, entre otras funciones, velar por el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad universal y de seguridad en las terrazas previstas en los artículos 10 y 11.1 de esta Ordenanza.

Aplicando la precedente doctrina al supuesto enjuiciado, concluye la sentencia del Tribunal Supremo que cabe estimar el recurso de casación, y revocar la sentencia de instancia, en el particular que declara la nulidad del apartado 4 del artículo 10 de la Ordenanza de terrazas.

2.7
Principio de sostenibilidad medioambiental

Un ente local incumple las obligaciones que le incumben, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuando, con ocasión de la tramitación del procedimiento de modificación o revisión de una ordenanza municipal, adopta un acuerdo de suspensión cautelar del otorgamiento de licencias sin ponderar si las limitaciones impuestas al desarrollo de actividades económicas pueden justificarse por razones imperiosas de interés general, vinculadas con el interés público referido a garantizar la calidad del entorno urbano o la protección del medio ambiente, y sin comprobar ni verificar que tales medidas resultan acordes con los principios de necesidad y proporcionalidad.

Esta es la doctrina jurisprudencial que se fija en la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de junio de 2022 (RC 5615/2020; ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat), al resolver el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bilbao contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2019, que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la Abogada del Estado, asumiendo la representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra los acuerdos del Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana del Ayuntamiento de Bilbao, de 14 y 16 de marzo de 2016, que resolvieron ordenar la interrupción de los procedimientos relativos a licencias de obras para la habilitación de distintos locales.

También se impugnaba, en dicho recurso contencioso-administrativo, el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao de 24 de febrero de 2016, por el que se resuelve dejar en suspenso cautelarmente y por un periodo máximo de un año el otorgamiento de licencias y la validez habilitante de las comunicaciones previas, para la implantación de nuevos establecimientos de hostelería en todo el ámbito de la Ordenanza n.º 7, así como el acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de 20 de julio de 2016, por el que se acuerda el levantamiento parcial de la suspensión de licencias para nuevos establecimientos de hostelería en dicho municipio, excluyéndose

del beneficio del levantamiento de suspensión de licencias a una determinada subcategoría de establecimientos hosteleros (subgrupo II-D) regulada en el artículo 3 de la Ordenanza local sobre establecimientos de hostelería de 26 de febrero de 2015, así como a todos los establecimientos del Grupo II que se encuentren en tramos densificados, corredores comerciales y sendas urbanas.

El Tribunal Supremo acuerda no haber lugar al recurso de casación promovido por el Ayuntamiento, en cuanto comparte la decisión de la Audiencia Nacional, que había declarado la nulidad de los acuerdos impugnados, porque han establecido limitaciones y obstáculos al ejercicio de actividades económicas en el sector de la hostelería sin estar justificados en los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y en la consideración de que dichos acuerdos, que comportan la suspensión del otorgamiento de licencias para el establecimiento de nuevas instalaciones con uso hostelero, se habían adoptado sin analizar la posible existencia de otros medios menos restrictivos que pudieran igualmente asegurar la protección del interés general pretendido de garantizar la calidad del entorno urbano y el medio ambiente.

En lo que concierne, específicamente, a la impugnación del acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao de 24 de febrero de 2016, el Tribunal de instancia sostenía, con base en la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia de 22 de junio de 2017, y en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 (asunto C-400/08), que el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, exige que cualquier límite al ejercicio del derecho de acceso a ejercer una actividad económica deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica.

Argumentaba también la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, si bien las razones de protección del medio ambiente y del entorno urbano pueden ser acertadas, en el caso enjuiciado, lo cierto es que el Ayuntamiento de Bilbao ha adoptado dicho acuerdo sin acompañar ningún estudio o informe que acredite la necesidad de dicha protección. Se afirma, también, que la suspensión de las licencias se ha establecido con carácter general y aplicación cuasi absoluta, sin establecer ninguna excepción, atendiendo al uso del establecimiento, y por un periodo temporal amplio.

A juicio del Tribunal Supremo, la sentencia recurrida ha realizado una adecuada interpretación del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre,

de garantía de la unidad de mercado, que no implica el desplazamiento o la inaplicación de la regulación establecida en el artículo 85 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, al mantener que, en el caso analizado —en que se enjuiciaba la impugnación del acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao de 24 de febrero de 2016, por el que se disponía proceder a la modificación de la Ordenanza n.º 7 para la zona del ensanche del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, en orden a actualizar el régimen de implantación de los establecimientos de hostelería en las distintas zonas del municipio—, era plenamente aplicable el citado artículo 5 de la Ley 20/2013, puesto que, en relación con la suspensión del otorgamiento de licencias impuesta con carácter cautelar a la actividad de hostelería, se adopta con carácter general y aplicación cuasi absoluta y de forma inmotivada, amparándose en una norma que no era directamente aplicable, al contemplar un supuesto diferente, relativo a la aprobación inicial de un plan urbanístico, que no cabe entender, a estos efectos, equiparable a una ordenanza municipal, y sin realizar ningún análisis relativo a la presencia de razones imperiosas de interés general que pudieran concurrir, y sin examinar si se ajusta a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 de la citada Ley estatal.

Partiendo de la premisa de que la decisión cautelar de suspensión de licencias, adoptada por el Ayuntamiento de Bilbao, no deriva de la aprobación inicial de un plan urbanístico, que constituye el presupuesto de aplicación del artículo 85.3 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, sino de la revisión de una ordenanza (que no alcanza la categorización de plan, al tratarse, según lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 75 del citado texto legal, de un instrumento complementario de la ordenación urbanística), el Tribunal Supremo considera que resulta acertado el criterio del Tribunal de instancia, que estima que cabe aplicar de forma armonizada la regulación urbanística y la regulación económica tuitiva de la libertad de establecimiento y del libre acceso al ejercicio de una actividad económica, teniendo en cuenta que resultaba necesario ponderar, para lograr la protección adecuada de los intereses en juego, si las restricciones de carácter temporal establecidas al ejercicio de la actividad de hostelería, que comportan la decisión de suspensión del otorgamiento de licencia de obras, respondían a alguna razón imperiosa de interés general, lo que exigía de las autoridades municipales competentes el deber de comprobar si efectivamente la medida era necesaria y proporcionada.

Se destaca en la sentencia del alto tribunal que el criterio de la Audiencia Nacional se sustenta en la sentencia del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea expuesta en la sentencia de 24 de marzo de 2011 (Asunto C-400/08), que advierte que las restricciones que se puedan imponer a la libertad de establecimiento deben basarse en una razón imperiosa de interés general (entre las que cabe invocar la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente), exigiendo de las autoridades competentes que justifiquen que las medidas limitadoras resultan apropiadas y necesarias para lograr el objetivo legítimo perseguido.

Y se refiere que la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vincula de forma directa a los tribunales de justicia de los Estados miembros, que están obligados a aplicar e interpretar la legislación nacional conforme a los principios de la normativa comunitaria europea, en relación con aquellas materias afectadas por el derecho de la Unión Europea, así como la referida jurisprudencia.

Para el Tribunal Supremo no resulta convincente la tesis argumental que desarrollaba el letrado municipal del Ayuntamiento de Bilbao, referida a que en este supuesto no cabe entender que la Administración haya de motivar caso por caso, expresando las razones de protección del medio ambiente y del entorno urbano, puesto que —a su juicio— el artículo 85.3 de la Ley del Suelo y Urbanismo anuda la suspensión del otorgamiento de licencias a la aprobación inicial de un plan urbanístico, y en consecuencia, en su adopción, la Administración carece de cualquier margen de discrecionalidad.

No nos encontramos —se razona en la sentencia— ante el supuesto de aprobación inicial de un plan, sino de una ordenanza, que no puede encuadrarse en dicha categoría de instrumentos de planeamiento. Por otra parte, observamos que dicha argumentación sobre el carácter automático de la suspensión cautelar de licencias, que también tendría soporte en el artículo 120 del Reglamento de Planeamiento, resulta contradictoria con la actuación del propio Ayuntamiento de Bilbao, que por acuerdo ulterior de 20 de julio de 2016 acuerda el levantamiento parcial de la suspensión de licencias para nuevos establecimientos de hostelería, para lo que no estaría facultado si se entendiera que la suspensión se produce, en este caso, *ope legis*, por ministerio de la ley.

La suspensión cautelar del otorgamiento de licencias, en aquellos supuestos en que su adopción no deriva de la aprobación inicial de un plan urbanístico, en los términos del artículo 85.3 de la Ley de la Comunidad del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, sino del expediente de revisión de una ordenanza, debe ser acordada motivadamente, por razones de interés general suficientemente justificadas, entre las que cabe invocar la salvaguarda de la calidad del entorno urbano y la protección del medio ambiente, con pleno respeto a los principios de necesidad y propor-

cionalidad enunciados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

3
Epílogo. La cooperación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con los tribunales nacionales en la resolución de los contenciosos en materia local

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de junio de 2023 (Asunto C-50/21), que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el marco de un litigio que enfrentaba a un operador, que ofrece la prestación de servicios de arrendamiento de vehículos de turismo con conductores (VTC), con el Área Metropolitana de Barcelona, es demostrativa de la estrecha cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en asegurar la interpretación y aplicación uniforme del derecho a la Unión Europea. En particular, en relación con la cuestión que tratamos, evidencia el interés común del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los tribunales nacionales en delimitar el alcance de la potestad regulatoria de los entes locales, en colisión con las libertades económicas reconocidas en los tratados constitutivos de la Unión Europea, y en enjuiciar la validez de aquellas medidas adoptadas por los Gobiernos locales para promover entornos urbanos sostenibles, en que se solventen de forma equilibrada los problemas derivados de la planificación urbanística, la movilidad, la congestión de tráfico, la contaminación del aire y las medidas de protección del medio ambiente, y la indebida utilización de los espacios públicos.

La idea de buena gobernanza en la Unión Europea se asocia al fin de impulsar una amplia y dinámica democracia en la Unión, con el objetivo de implicar a los ciudadanos en las políticas y legislaciones, y procurar que estas sean más transparentes y eficientes.

Apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia son los pilares estructurados de la buena gobernanza europea, que deben sustentar las instituciones propias de la Unión Europea, así como las instituciones de los Estados miembros.

La Unión Europea se ha comprometido a reforzar la democracia regional y local para instaurar una mejor asociación entre los distintos niveles de poder, y así lograr una mayor participación de la ciudadanía en las decisiones que le afectan.

También, para mejorar los estándares de una buena gobernanza, se propone dotar de mayor flexibilidad a la aplicación de ciertas políticas comunitarias con un fuerte impacto territorial, de modo que las autoridades locales gocen de un mayor margen de apreciación en la aplicación de la normativa europea, teniendo en cuenta la gran diversidad de las condiciones locales.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha ocupado de forma relevante sobre cuestiones referidas a la gobernanza de los entes locales, incorporando a su acervo jurisprudencial, con base en el derecho de la Unión Europea, nociones y conceptos como cohesión territorial, cohesión social, diversidad social, protección del medio ambiente, que resultan útiles para delimitar los objetivos de las políticas públicas que puedan adoptar las autoridades locales.

En este sentido, la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2020 (Asunto C-727/18), que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* de Francia, enjuiciaba la conformidad de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, con el Reglamento municipal aprobado por la Junta Municipal de la ciudad de París, que fijaba las condiciones del otorgamiento de autorizaciones para la prestación de la actividad de arrendamientos turísticos.

La decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea consiste en declarar "que el artículo 9, apartado 1, letras b) y c), de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz", así como que "el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional por la que se establece un régimen que supedita a autorización previa

el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda, que se basa en criterios como que el inmueble en cuestión se arriende 'de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio' y que encomienda a las autoridades locales la facultad de precisar, en el marco fijado por dicha normativa, las condiciones de concesión de las autorizaciones previstas por tal régimen, a la vista de objetivos de diversidad social y en función de las características de los mercados locales de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, si fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesoria y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso, siempre que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos establecidos por esa disposición y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles". Esta doctrina evidencia la obligación jurídica que asumen los ayuntamientos de ejercer sus potestades reglamentarias de conformidad con el derecho de la Unión Europea y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 8 de junio de 2023 aporta a los tribunales españoles criterios interpretativos claros, que permitirán resolver coherentemente las controversias referidas a la confrontación de la regulación del servicio público del taxi con la regulación de los servicios que realizan las compañías de arrendamientos de vehículos con conductor.

A tal efecto, basta transcribir los considerandos 94 a 102 de la sentencia del Tribunal de Justicia para comprender cuál es el juicio de ponderación que deben realizar los órganos jurisdiccionales internos, para hacer compatible el régimen jurídico de las licencias de servicios de VTC con el de los servicios de taxi:

> "94 Como ha señalado el Abogado General en los puntos 80 y 81 de sus conclusiones, el procedimiento ante el Tribunal de Justicia no ha revelado ningún elemento que permita demostrar que la medida de limitación de las licencias de servicios de VTC a una por cada treinta licencias de servicios de taxi sea idónea para garantizar la consecución de los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público, así como de protección del medio ambiente.
>
> 95 A este respecto, tanto del punto 9 de su preámbulo como de la sistemática del RVTC, tal como está resulta, en particular, de sus artículos 7 y 9 a 11, parece desprenderse que la limitación de las licencias de prestación de servicios de VTC constituye el elemento clave mediante el que dicho Reglamento pretende alcanzar esos objetivos.

96 Pues bien, en el marco del procedimiento ante el Tribunal de Justicia, las alegaciones formuladas, en particular, por P&L, Tapoca VTC1 y la Comisión, según las cuales:

— los servicios de VTC reducen el recurso al automóvil privado;
— carece de coherencia invocar problemas de estacionamiento en las vías públicas del AMB cuando el RVTC obliga a las empresas que ofrecen servicios de VTC a disponer de su propio estacionamiento y a no estacionar sus vehículos en las vías públicas;
— los servicios de VTC pueden contribuir a alcanzar el objetivo de una movilidad eficaz e integradora, por su nivel de digitalización y la flexibilidad en la prestación de servicios, como una plataforma tecnológica accesible a los invidentes, y
— la normativa estatal fomenta el recurso a vehículos que utilizan energías alternativas para los servicios de VTC;

no han quedado desvirtuadas ni por el AMB ni por el Gobierno español. En efecto, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia en la vista, dicho Gobierno manifestó no estar al corriente de la existencia de ningún estudio del impacto de la flota de VTC en el transporte, el tráfico, el espacio público y el medio ambiente en la conurbación de Barcelona, ni de ningún estudio que contemplara los efectos de la normativa introducida por el RVTC sobre la consecución de los objetivos mencionados en el apartado 94 de la presente sentencia.

97 Por consiguiente, sin perjuicio de la apreciación que haya de efectuar el órgano jurisdiccional remitente, incluso a la luz de posibles elementos que no se hayan puesto en conocimiento del Tribunal de Justicia, la limitación de las licencias de servicios de VTC a una por cada treinta licencias de servicios de taxi no parece apropiada para garantizar la consecución de los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público.

98 Por otra parte, ningún elemento de los autos que obran ante el Tribunal de Justicia demuestra que tal limitación de las licencias de servicios de VTC no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

99 En efecto, no puede excluirse que un posible impacto de la flota de los VTC en el transporte, el tráfico y el espacio público en la conurbación de Barcelona no pueda limitarse adecuadamente a través de medidas menos restrictivas, como medidas de organización de los servicios de VTC, limitaciones de estos servicios durante determinadas franjas horarias o incluso restricciones de circulación en determinados espacios.

100 Tampoco puede excluirse que el objetivo de protección del medio ambiente en la conurbación de Barcelona no pueda alcanzarse con me-

didas menos lesivas para la libertad de establecimiento, como límites de emisión aplicables a los vehículos que circulan por esa conurbación.
101 Sin embargo, también aquí corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar que se haya acreditado ante él la imposibilidad de alcanzar los objetivos perseguidos a través de medidas menos restrictivas.
102 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 49 TFUE

— no se opone a una normativa, aplicable en una conurbación, que establece que para ejercer la actividad de servicios de VTC en esa conurbación se exige una autorización específica, que se añade a la autorización nacional requerida para la prestación de servicios de VTC urbanos e interurbanos, cuando esa autorización específica se base en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que excluyen cualquier arbitrariedad y no se solapan con los controles ya efectuados en el marco del procedimiento de autorización nacional, sino que responden a necesidades particulares de esa conurbación;
— se opone a una normativa, aplicable en una conurbación, que establece una limitación del número de licencias de servicios de VTC a una por cada treinta licencias de servicios de taxi otorgadas para dicha conurbación, cuando no se haya acreditado ni que esa medida sea apropiada para garantizar, de forma congruente y sistemática, la consecución de los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público de tal conurbación, así como de protección de su medio ambiente, ni que la citada medida no va más allá de lo necesario para alcanzar esos objetivos".

La *auctoritas* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deriva de su posición institucional en el seno de las instituciones comunes de la Unión Europea, y, funcionalmente, de la atribución competencial, que le confiere el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de interpretar los tratados, controlar la validez de las decisiones adoptadas por las instituciones europeas, y resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por cualesquiera órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión, se impone a través de las sentencias que, como las analizadas, han contribuido a la construcción de la Unión Europea como una comunidad de derechos, y a asentar los pilares de la gobernanza europea en base a los principios de institucionalidad, cooperación, concertación, transparencia, eficacia y eficiencia, cuya recta y regular aplicación constituye el presupuesto del buen funcionamiento de la Unión Europea y de los Estados miembros.

4
Bibliografía

Bandrés, J. M. (2010). La identidad constitucional del Tribunal Supremo. *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, 76. Disponible en: https://www.abogacia.es/publicaciones/revistas/abogados-numero-76/.

— (2022). *El derecho a la ciudad y el buen gobierno urbano*. Madrid: Marcial Pons.

Fernández, T.-R. (2005). *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel.

García de Enterría, E. (1995). *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas.

Sumption, J. (2019). *Juicios de Estado. La ley y la decadencia de la política*. Barcelona: Antoni Bosch Editor.

Urbanismo judicial: jurisprudencia para la ciudad del futuro*

Rafael Fernández Valverde
Magistrado emérito del Tribunal Supremo.
Exvocal del CGPJ.
Consejero de Montero-Aramburu.
Profesor de CUNEF Universidad

1. **Introducción**
2. **Cambio de paradigma: evolución hacia la inseguridad**
   2.1. Sensación de inseguridad jurídica
   2.2. Síntesis evolutiva
   2.3. Otras exigencias actuales: seguridad jurídica, transparencia y participación
3. **La encrucijada del sistema**
4. **Los intentos de renovación normativa del planeamiento urbanístico desde el ámbito estatal**
5. **Los intentos autonómicos de renovación del planeamiento urbanístico**

Resumen

En el presente artículo se efectúa un repaso de los principales elementos de la evolución normativa del urbanismo en nuestro país, con la identificación de una serie de aspectos precisados de un sosegado análisis por parte del legislador. En este sentido, partiendo de las características generales del ordenamiento urbanístico y de una sucinta referencia a las diferentes etapas que el mismo ha atravesado desde la implantación del sistema constitucional, se refieren brevemente las últimas iniciativas en la materia, tanto en el nivel estatal como en el autonómico.

Palabras clave: *urbanismo; planeamiento urbanístico; seguridad jurídica; transparencia; participación.*

* El presente texto trae causa de la ponencia presentada, en mayo de 2023, en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local "Josep Maria Esquerda" 2023, organizado por la Diputación de Barcelona, la Fundación Democracia y Gobierno Local, y la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

Judicial urban planning: case law for the city of the future

Abstract

This article reviews the main elements of the regulatory evolution of urban planning in Spain and it identifies a set of aspects which require a deep analysis by the legislator. In this regard, the article first describes the general features of urban planning and provides a brief reference of its evolution since the implementation of the Spanish constitutional system. Then, the article studies the latest initiatives in the matter, both at the state and Autonomous Communities levels.

Keywords: urban planning; legal certainty; transparency; citizen participation.

1
Introducción

Hace ya algunos años tuvimos la oportunidad de presentar, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, un libro excepcional como fue el Libro Homenaje —*Liber Amicorum*— a Tomás Ramón Fernández Rodríguez, con motivo de su jubilación como catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense. Con el título de *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*, el libro reunió a un total de ciento sesenta juristas de las más variadas especialidades jurídicas. Pero obviamente, entre ellos, destacaban en mostrar su afecto y agradecimiento al gran maestro muchos de los juristas, españoles y extranjeros, de la docencia y de la justicia, especializados en el derecho urbanístico.

Reconocimos muchos de los presentes, y así lo expusimos, que su *Manual de Derecho Urbanístico* —que ha alcanzado su edición 23.ª— había sido el "viejo catón" con el que nos habíamos iniciado en el estudio de esta materia. Y así aprendimos cómo la ecuación semántica "urbanismo como ordenación de la ciudad", que había sido histórica e inicialmente válida, se rompió estrepitosamente en la segunda mitad del pasado siglo, pues, según se expone en el Manual, "las tensiones que sacuden la vida urbana y todo lo que en el interior de la ciudad ocurre es una función de los fenómenos que tiene lugar fuera de ella, en su 'hinterland' inmediato, por lo pronto, y en el contexto general del país entero en último término". Igualmente, reconocimos haber aprendido que fueron los ingleses, auténticos adelantados en esta materia, quienes comenzaron a bautizar sus leyes so-

bre la materia como *Town and Country Planning Act*, esto es, como "leyes para la planificación del campo y la ciudad". Y supimos, de igual forma, la respuesta que se daba a la pregunta "¿qué es entonces el urbanismo en la actualidad?". "Sencillamente, una perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra, del suelo, su eje operativo".

Había que situar al hombre en el centro de la ordenación urbanística, intentando, con ella, construir la ciudad, y su entorno, al servicio de aquel. Hoy parece que hasta el legislador acepta esta visión humanista y antropocéntrica del urbanismo, y en el artículo 4.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana señala: "La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción [...]". En este sentido, ya el preámbulo del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de aprobación del texto refundido de la Ley de suelo, señalaba lo siguiente: "Sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente".

2
Cambio de paradigma: evolución hacia la inseguridad

2.1
Sensación de inseguridad jurídica

Las cosas ya no son como eran.

De aquella idea de la "ciudad medieval, abruptamente separada de su entorno por la muralla defensiva cuyas puertas se cierran al caer el sol", hemos pasado a unas ciudades, a un urbanismo, en el que hasta la Unión Europea quiere también ordenar o planificar imponiendo sus criterios, como acreditan la Estrategia Territorial Europea o la Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano. Incluso en la Nueva Agenda Urbana —aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenibles (Hábitat III), celebrada en Quito el 20 de octubre de 2016, y refrendada por las Naciones Unidas en sesión plenaria celebrada el 23 de diciembre de 2016— se expresa que la Agenda "representa un ideal común para lograr un futuro mejor y más sostenible, en el que todas las personas gocen de igualdad de derechos y de acceso a los beneficios y oportunidades que las ciudades pueden ofrecer,

y en el que la comunidad internacional reconsidere los sistemas urbanos y la forma física de nuestros espacios urbanos como un medio para lograrlo".

Sin embargo, la realidad que se observa, en este momento, en los diversos ámbitos urbanísticos, no es otra que la de la inseguridad jurídica urbanística; situación a la que se ha llegado por motivos y causas bien diferentes, pero confluyentes.

Muchas y conocidas han sido las manifestaciones doctrinales en relación con esta inseguridad jurídica derivada de las declaraciones de nulidad de pleno derecho de los instrumentos de planeamiento, normalmente de carácter general, de diferentes ciudades españolas.

Mientras el legislador estatal se entretiene en otras ocupaciones normativas, acertadas o no, con las que consigue aplausos y discrepancias de los medios de comunicación, los ámbitos urbanísticos languidecen ante la imprescindible, pero ausente, intervención normativa del Estado en el ejercicio de sus competencias en la materia, unánimemente reclamada a niveles políticos, económicos, judiciales, internacionales, y por supuesto, con reiterada insistencia, doctrinales.

No acaba de percibirse, en los ámbitos normativos, que en el urbanismo español (estatal y autonómico) ha existido un evidente cambio de paradigma. El camino conceptual hacia la ciudad del futuro —hacia la ciudad que queremos— está diseñado; la doctrina, prácticamente unánime, ha indicado la senda a seguir; la justicia ha hecho lo que ha podido, y no ha sido poco; los juristas, en general, no pierden el ánimo; los foros internacionales comparten el problema; sin embargo, la economía no entiende y los promotores inmobiliarios no saben hacia dónde mirar. Reclaman seguridad jurídica y se estremecen ante la continuidad de los pronunciamientos jurisdiccionales anulatorios y las imprevisibles decisiones del planificador después de haber seguido un largo, complejo, sostenible, participativo y —sin duda— transparente procedimiento, bifásico o no, dirigido a la reordenación de la ciudad, a la regeneración de sus sistemas, o a la rehabilitación de sus edificaciones.

2.2
Síntesis evolutiva

Pero ¿cómo se ha llegado hasta aquí?

Contemplando retrospectivamente lo acontecido en este país, debemos llegar a la conclusión de que deambulamos, en estos instantes, por uno de esos momentos que, dentro de algunos años, incorporaremos como uno

más de los hitos históricos de nuestro urbanismo y nuestra consideración del medio ambiente.

Así ocurrió en los años 1956, 1975-6, 1990-2, en los que ven la luz las normas estatales, de todos conocidas, reguladoras de esta materia urbanística; poco, desde entonces, ha cambiado sobre la configuración jurídica del planeamiento general de las ciudades; con posterioridad, otro momento significativo aconteció en el año 1997, cuando el Tribunal Constitucional dictara la STC 61/1997, de 20 de marzo, a la que luego se añadirían las SSTC 164/2001, de 11 de julio, y 54/2002, de 27 de febrero, o bien cuando, en el siguiente año 1998, se aprobara, de conformidad con la doctrina constitucional, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), continuándose desde entonces con plena garantía constitucional la producción normativa urbanística autonómica, iniciada incluso con anterioridad a la citada LRSV, ya desde el principio de los años noventa.

La aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, y, con posterioridad, del Texto Refundido de la citada Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de junio (TRLS08), sería sin duda, como decíamos, otro de esos que calificábamos de momentos históricos del urbanismo español reciente, pues supuso una profunda renovación —plenamente inspirada en los valores y principios constitucionales— que pretendió sentar unas bases comunes en las que las autonomías urbanísticas pudieran coexistir con la igualdad. Pero el plan general seguía siendo el mismo de los años cincuenta. No se trató de una ley urbanística, sino de una ley referida al régimen del suelo y a la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados. Por ello la Ley prescindió, por primera vez, de regular técnicas específicamente urbanísticas, tales como los tipos de planes o las clases de suelo, pues ello quedaba para las regulaciones urbanísticas autonómicas. Pero uno de sus aspectos más significativos es que este texto legal apunta con claridad hacia unos requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto del crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente, de conformidad con las recomendaciones europeas contenidas en los textos de precedente cita.

Ello, sin embargo, no fue suficiente para afrontar la imprescindible rehabilitación edificatoria de las ciudades, así como la regeneración y la renovación urbanas, pues resultaba preciso eliminar las excesivas trabas burocráticas existentes y crear mecanismos específicos que hicieran viables y posibles tales actuaciones urbanísticas, que, al mismo tiempo, fomentaran la calidad, la sostenibilidad y la competitividad, tanto en la edificación como en el suelo, homologando nuestro marco normativo con el europeo, sobre todo en relación con los objetivos de eficiencia, ahorro energético y lucha

contra la pobreza energética. Por todo ello, nace a nivel estatal el siguiente hito normativo, de especial significación, como fue la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, pero que también tuvo, como punto de partida, la situación de crisis económico-financiera que había alcanzado el país, pretendiendo, el nuevo texto legal, contribuir a resolver los problemas que se estaban produciendo en torno al mercado del suelo y de la vivienda en España; en síntesis, se situaba, como otras normas del momento (Ley de Economía Sostenible), en la senda de la contribución a la recuperación económica, intentando una reconversión del sector inmobiliario —y de la construcción—, en el marco de un modelo sostenible e integrador (ambiental, social y económico), y centrando todos sus esfuerzos en las actuaciones que constituyeron el objeto esencial de la Ley: la rehabilitación de los edificios, y la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, situándose en el centro regulatorio no las determinaciones urbanísticas, sino la vivienda, tanto desde la perspectiva del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, como desde su consideración de mecanismo con incidencia esencial en la actividad económica del país.

La citada norma daría lugar al vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLS15), en el que se integraban tanto el TRLS08 como las disposiciones —y con ellas, las nuevas perspectivas urbanísticas— relacionadas con el suelo contenidas en la Ley 8/2013, de 26 de junio.

Pero la normativa estatal no se detenía en este concreto ámbito, ya que en uso de sus competencias medioambientales (artículo 149.1.23 CE), de forma prácticamente simultánea —y al margen de la muy variada normativa autonómica—, el Estado, constitucionalmente limitado en el ámbito urbanístico, procedió a potenciar, de forma incesante, la normativa medioambiental, apuntalada, en gran medida, por la —también constante— proliferación normativa de la Unión Europea en la materia. Como ejemplo de ello, dada su incidencia en el ámbito urbanístico, debe citarse la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA), adaptada a la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, que luego fuera modificada, incorporando el contenido de nuevas directivas, por la posterior Ley 9/2018, de 5 de diciembre, así como por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; norma complementada por una variada regulación autonómica de la materia.

Debe, igualmente, recordarse que esta intervención estatal también ha proliferado en otros ámbitos sectoriales concretos como los recursos hídri-

cos, las costas, las carreteras y otras infraestructuras, las telecomunicaciones, los hidrocarburos e incluso la defensa nacional, así como con las novedosas políticas de género. Da la sensación de que el Estado, limitadas sus competencias estrictamente urbanísticas, sigue agazapado, tratando de controlar el urbanismo, desde la perspectiva de estas normativas sectoriales de competencia estatal. Una de las dificultades del Tribunal Supremo para intervenir en los conflictos urbanísticos es la imposibilidad, en el recurso de casación estatal, de alegación, como infringidas, de normas autonómicas. Por ello, la nulidad de muchos planeamientos generales ha venido determinada por la vulneración de las citadas normas estatales sectoriales, que no las normas estrictamente urbanísticas autonómicas. Por un lado, la jurisprudencia se encorsetaba en el carácter reglamentario del plan —y, como consecuencia, con reiterados pronunciamientos de nulidad de pleno derecho—, y por otro, los estrechos mimbres del esquema de planeamiento de los años cincuenta hacían imposible colocar dentro del mismo tantos novedosos elementos procedentes de las más variadas normas sectoriales estatales o autonómicas.

2.3
Otras exigencias actuales: seguridad jurídica, transparencia y participación

La situación actual no solo viene determinada por la anterior evolución normativa, de diferente procedencia —y las consecuencias de ello derivadas—, ya que puede igualmente percibirse una clara tendencia hacia lo que se ha denominado un "urbanismo transparente", con más información y participación, pero que, al mismo tiempo, dificulta la evolución normativa procedimental y la modificación en el diseño de la ciudad actual. En esta línea, debe recordarse lo que ya señalara el preámbulo del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de aprobación del texto refundido de la Ley de suelo: "[l]os procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanísticas tienen una trascendencia capital, que desborda con mucho el plano estrictamente sectorial, por su incidencia en el crecimiento económico, en la protección del medio ambiente y en la calidad de vida. Por ello, la Ley asegura unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal, y de evaluación y seguimiento de los efectos que tienen los planes sobre la economía y el medio ambiente".

Se pone así de manifiesto que en el ámbito del urbanismo y de la ordenación (ahora denominada planificación) del territorio —al igual que en

otros sectores de la actuación pública— resulta necesario un incremento de la transparencia y la seguridad jurídica, concretando unas reglas claras desde el inicio de cualquier procedimiento urbanístico, con la finalidad de que todos los interesados puedan conocer los criterios ambientales y territoriales, los requisitos funcionales y las variables económicas a tener en cuenta en la elaboración del planeamiento urbanístico; obvio es que tal exigencia viene determinada por los principios de seguridad jurídica y confianza legítima —al margen del buen gobierno—, convirtiéndose la transparencia en un poderoso instrumento para la prevención y la lucha contra la corrupción que exige impulsar decididamente un cambio.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LSP) —artículo 3.1— consagra, entre otros principios también novedosos, los de participación y transparencia de la actuación administrativa, que las Administraciones públicas deberán respetar en su actuación y en las relaciones que establezcan. Poderosamente llama la atención que, entre los innumerables "principios generales" que se relacionan en el citado artículo 3, no se haga referencia al de seguridad jurídica, que, como es sabido, es el único que expresamente se ubica en el artículo 9.3 de la Constitución.

El mismo legislador estatal, en el TRLS15 vigente, acepta dicha exigencia y dicho control en relación con un instrumento esencial en la actuación urbanística, cual ha sido el convenio urbanístico. En concreto, el artículo 25.1 del texto refundido somete a los convenios urbanísticos que vayan a suscribirse "al trámite de información pública en los términos y por el plazo que establezca la legislación en la materia". En esta línea debe destacarse la detallada regulación que de los convenios se contiene hoy —con carácter general— en los artículos 47 y siguientes de la LSP; preceptos en los que se establecen su definición y tipos (47), sus requisitos de validez y eficacia (48), su contenido (49), sus trámites preceptivos (50), su forma de extinción (51), los efectos de su resolución (52), y, en fin, la obligación de remisión al Tribunal de Cuentas (53).

Por otra parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT), exige, en su artículo 8.1.b), la obligación de hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria, y dentro de ella, "[l]a relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas".

Por último, debe repararse en el contenido del Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Adminis-

traciones Públicas (LPAC), que, al margen de a la iniciativa legislativa, es de aplicación a la "potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones", entre las que, obviamente, debe incluirse el planeamiento urbanístico general que se apruebe tanto por las comunidades autónomas como por los ayuntamientos (artículo 128). En este ámbito normativo los principios rectores no coinciden con los del artículo 3 de la LSP, pues se consideran como "principios de buena regulación" (artículo 129) los de "necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia", exigiéndose que, en la exposición de motivos o en el preámbulo del proyecto de reglamento, quede "suficientemente justificada su adecuación a dichos principios".

El legislador de 2015 quiso concretar el contenido de dichos principios, exigibles en toda actuación reglamentaria. Respecto de la seguridad jurídica (129.4) se dispone que "la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas". Por su parte, para la aplicación del principio de transparencia, el artículo 129.5 dispone que "las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas". Por último, el artículo 133 regula el sistema de participación de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de los reglamentos que, difícilmente, podrán eludirse en la tramitación de planeamiento general, por cuanto la inconstitucionalidad del citado precepto (STC 55/2018, de 24 de mayo, FJ 7.b), por invasión competencial, queda limitada al ejercicio de la iniciativa legislativa, que no al de la potestad reglamentaria.

3
La encrucijada del sistema

El urbanismo, sin duda, ha cambiado, pero estamos convencidos de que solo con la adecuada coordinación entre una serie de principios esenciales que podemos deducir de la normativa y la jurisprudencia actuales sería posible

mantener —hoy— las esencias tradicionales y clásicas de la planificación urbanística y permitir, al mismo tiempo, su imprescindible evolución al compás del cambiante mundo de hoy, en la búsqueda de la ciudad del futuro. Nos referimos, en síntesis, a que, en el expresado marco de seguridad jurídica, transparencia y participación pública, sigue siendo imprescindible el mantenimiento de la autonomía local de la decisión y de la discrecionalidad técnica en la ejecución. La regeneración urbanística solo será posible partiendo de la implantación de los citados principios y posibilitando su mantenimiento, viabilidad y desarrollo. Sin ningún género de duda, ambos principios constituyen la esencia de la materia que nos ocupa. Obvio es que la autonomía local implica un apoyo —y un respeto— al sustrato o componente democrático del urbanismo. La planificación de la ciudad, su modificación o su desarrollo, deberían constituir un componente esencial del programa de gobierno de cada partido o coalición que pretenda el ejercicio del mismo, pero, al mismo tiempo, el legislador debería articular mecanismos adecuados para que ese proyecto/programa pudiera hacerse realidad en el ámbito temporal de una legislatura, lo cual dista mucho de la realidad en el momento actual.

En un terreno más concreto es evidente que nos dirigimos hacia un urbanismo con más carácter de función pública, más participativo y más transparente —posiblemente menos concertado o convenido—, como se reconoce por el legislador en el —ya citado— preámbulo del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de aprobación del texto refundido de la Ley de suelo: "Por ello, la Ley asegura unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal, y de evaluación y seguimiento de los efectos que tienen los planes sobre la economía y el medio ambiente". Un urbanismo que, por supuesto —en célebre frase del Tribunal Constitucional—, debe seguir desarrollándose "en los límites de la realidad", tratando de conseguir una mayor y mejor coordinación de las diversas Administraciones públicas que en el planeamiento urbanístico intervienen. Parece que el Tribunal Constitucional ya anticipara el actual y estelar principio de buena administración cuando en la mítica STC 61/1997, de 20 de marzo, hacía referencia a la necesidad de aceptación de la mutua obligación de adoptar una actitud extremadamente prudente y de intensificar los mecanismos de comunicación, información y colaboración recíprocas. La recomendación del Tribunal Constitucional fue muy clara, pues de ella se desprendería inequívocamente que la coordinación efectiva de todas las acciones con incidencia en el territorio constituye a partir de ahora el gran reto que todos los poderes públicos deben afrontar, ya que ninguno de ellos aisladamente dispone de todos los resortes de la acción territorial. Pero si algo caracteriza el urbanismo actual es su carácter sostenible y medioambiental.

El Tratado de la Unión Europea (consolidado tras el Tratado de Lisboa) expresa en su Preámbulo que los Estados miembros están "[d]ecididos a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, [...]". Y en artículo 3.3 señala que la Unión Europea "[o]brará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado [entre otros extremos] en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente". Por su parte, en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, se señala (artículo 11): "Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible".

4
Los intentos de renovación normativa del planeamiento urbanístico desde el ámbito estatal

1. Con la aparente finalidad de proteger a "los terceros de buena fe", titulares de viviendas cuya demolición resultaba procedente, en virtud de resolución judicial, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (disposición final tercera, 4), introdujo un nuevo apartado 3 en el artículo 108 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), sin explicación alguna en la Exposición de Motivos, y en el que —en síntesis— imponía, por una parte, la obligación jurisdiccional de ordenar motivadamente la demolición, y por otra, "como condición previa a la demolición", la obligación de "prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe", como consecuencia de la demolición.

Poco éxito tuvo la norma, y poca seguridad jurídica conseguiría para los afectados. En la STS 1409/2017, de 21 de septiembre, RC 477/2016, el Tribunal Supremo puso de manifiesto lo siguiente:

> "[...] el legislador no ha modificado el art. 105.1 LJCA cuya prohibición de suspender sigue vigente sin matiz alguno, sino que ha incorporado dicha medida dentro del art. 108 LJCA, precepto que tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en

orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, mientras el art. 105 lo que prevé son supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el art. 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

[...]

Basta con un mero examen literal de la previsión incorporada al art. 108.3 LJCA, para concluir que ninguno de tales supuestos se recoge o regula en tal precepto, dado que ni se ha producido un cambio en la normativa tenida en consideración para acordar la demolición de lo ilícitamente construido, ni tal demolición aparece como materialmente imposible.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar".

2. En el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de octubre de 2018 se publicó la denominada Proposición de Ley de medidas administrativas y procesales con el fin de reforzar la seguridad jurídica en el ám-

bito de la ordenación territorial y urbanística, que había sido presentada por el Grupo Parlamentario del Partido Popular ante el Congreso de los Diputados, para su tramitación parlamentaria, y que, como es suficientemente conocido, no se convirtió en norma legal, decayendo al finalizar la legislatura. Pese a ello, esta Proposición fue un intento razonable que implicaba una serie de modificaciones importantes de dos leyes relevantes en la materia: una norma material (el TRLS15) y otra de carácter procesal (LRJCA).

La idea esencial de la pretendida reforma pretendía cambiar —superar— una prolongada línea jurisprudencial y doctrinal —ya mencionada— tradicionalmente seguida en nuestro país, según la cual los planes generales de ordenación urbana (y los demás planes urbanísticos y de ordenación territorial) habían sido considerados —y lo siguen siendo, sin matización alguna— "normas reglamentarias", es decir, disposiciones administrativas de carácter general. La Exposición de Motivos de la Proposición se hacía eco de una contundente reacción doctrinal en relación con tal línea jurisprudencial: "[...] la determinación de la naturaleza jurídica de los planes de ordenación territorial y urbanística requiere una reflexión más profunda, a la vista de las opiniones doctrinales más autorizadas emitidas en los últimos años, que abogan por una reconsideración de la naturaleza exclusivamente normativa de dichos instrumentos de ordenación".

La línea que se pretendía imponer con la Proposición consistía en distinguir entre el Acuerdo de aprobación de los planes y muchas de sus determinaciones, que solo serían actos administrativos, meras resoluciones administrativas, y las auténticas normas urbanísticas contenidas en el Plan, a las que se reservaría de forma exclusiva el carácter reglamentario. Con tal diferenciación, o deslinde, dentro del contenido de los planes, se pretendía superar la consideración unitaria como normas reglamentarias o disposiciones de carácter general. En consecuencia, la pretendida reforma partía de la heterogeneidad y diferenciación en el contenido de los planes de urbanismo, al distinguir entre actos administrativos y normas reglamentarias. Esa diferenciación debía tener su reflejo en las consecuencias anulatorias. La Exposición de Motivos así lo señala: "No deben ser las mismas cuando se anulan determinaciones normativas que cuando lo son otras sin ese carácter, tal y como sucede con carácter general en el resto del ordenamiento jurídico. Para decirlo con mayor claridad, la nulidad absoluta y la imposibilidad de subsanación que se predica de la invalidez de las disposiciones generales no deberían aplicarse, sin más, a la anulación de determinaciones que son resoluciones administrativas de carácter general o particular, o a los vicios formales en que se haya incurrido en la tramitación".

En cuanto al contenido de la pretendida reforma, desde una perspectiva procedimental se pretendía —entre otros extremos— una modificación de la acción pública, apostando por una drástica reducción de su ámbito subjetivo y acercándose al criterio ya adoptado en materia de medio ambiente en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y en la Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero, del Parlamento Europeo y del Consejo. Desde una perspectiva jurisdiccional se pretendían limitaciones temporales para el recurso indirecto contra los planes, pues solo podría interponerse en el plazo de *cuatro años* contados desde el siguiente al de la publicación del acuerdo de aprobación definitiva, además de que solo podría fundarse en *un vicio de ilegalidad material*, sin que resultara posible alegar vicios formales que afectaran a la elaboración del Plan, ya que este tipo de vicios solo serían susceptibles de impugnación directa. Pero quizá lo más significativo es que la Proposición admitía la que hemos denominado "sentencia abierta", ya que en un nuevo apartado 1.a) en el artículo 71 de la LRJCA imponía a la sentencia, en relación con las pretensiones anulatorias, la siguiente regla: "Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada". Como consecuencia de ello, se distinguía entre supuestos de nulidad y de anulabilidad, se admitía la nulidad parcial, se aceptaba el principio de conservación, y se ordenaba la retroacción del procedimiento al momento oportuno del vicio formal o procedimental para permitir subsanarlo.

Fue un intento frustrado.

3. El Consejo de Ministros, en su sesión de 13 de diciembre de 2022, ha aprobado el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la planificación urbanística.

Con claridad el propio título del Anteproyecto menciona el pretendido principio de seguridad jurídica, y su Exposición de Motivos comienza señalando que "[l]a seguridad jurídica constituye un principio esencial del Estado de Derecho y una exigencia fundamental para el mantenimiento del ordenamiento jurídico y, a través del él, de la estabilidad económica y social". Se reconoce la problemática planteada como consecuencia de la clasificación como reglamentos de los planes de ordenación urbanística y territorial, reconociendo que la tramitación de los planes "muy poco que ver con la que siguen las disposicionesde carácter general", y recordando palabras del Tribunal Constitucional en el sentido de que la exigencia de los informes sec-

toriales, procedentes de diferentes Administraciones, "convierte, de hecho, la aprobación final del plan o proyecto en un actocomplejo".

El Anteproyecto reconoce que el Estado, en el ámbito de sus competencias, tiene la responsabilidad de adoptar las medidas que contribuyan a mejorar el marco normativo vigente, pretendiendo afrontar "la inexistente reconsideración, hasta la fecha, de un régimen de invalidezde la actuación administrativa que vaya más allá de la rígida separación entre nulidad y anulabilidad, aplicadas como instituciones jurídicas sobre dos categorías únicas y excluyentes como son el acto administrativo y la disposición de carácter general. Máxime en el casode los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, cuyos procedimientos de elaboración y aprobación se diferencian, y mucho, de los procedimientos establecidos legalmente para los actos administrativos y para los reglamentos".

Una comparación con la anterior Proposición del año 2018 pone de manifiesto que el ámbito de la misma es menor —entre otros aspectos, no afecta a la LRJCA— y, en principio, insuficiente para conseguir reforzar la seguridad jurídica que se dice pretender. Se trata de un conjunto de medidas concretas relacionadas, en síntesis, con la naturaleza jurídica de los instrumentos de ordenación, con las particularidades que reclama el régimen jurídico de nulidad o anulabilidad de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, y con el tratamiento de los informes sectoriales estatales. En tal sentido, el Anteproyecto, desde la perspectiva estrictamente urbanística que nos ocupa, solo afronta dos aspectos significativos:

A) En la redacción que se propone del artículo 4.2 del TRLS15 se distingue, dentro de los "documentos y determinaciones de naturaleza jurídica diversa", que el plan contiene:

> "a) decisiones estratégicas de ordenación de los ámbitos territoriales correspondientes, su programación temporal, los planes y programas de obras y actuaciones, la asignación de usos y aprovechamientos y los estudios e informes en cada caso exigibles y
>
> b) normas de carácter general o particular, aplicables en el ámbito respectivo, sobre clasificación o diferenciación y uso del suelo, condiciones de la edificación, protección del medio ambiente y el patrimonio cultural y demás aspectos cuya regulación sea preceptiva".

Ello se complementa con la nueva redacción que se propone para el artículo 55 del TRLS15 en el sentido de que la nulidad de pleno derecho por vicios procedimentales queda limitada a la omisión del trámite de evaluación ambiental o de información pública y participación, quedando limitada la nulidad de pleno derecho por la ausencia de los informes preceptivos a los supuestos en los que la subsanación del defecto sea especialmente

compleja por la relevancia e influencia que tengan en el resultado global del plan, entendiendo que la tienen los informes "hidrológico, el de costas y los de carreteras y demás infraestructuras de carácter estructurante afectadas". También supone nulidad de pleno derecho la falta de memoria o del instrumento equivalente.

Como regla general, los demás vicios formales podrán ser subsanados, con retroacción procedimental, en expediente sometido a plazo e instruido, a tal fin, por la Administración actuante, quedando mientras tanto prorrogada la eficacia del plan anulado. En el procedimiento a seguir se respetará el principio de conservación de las actuaciones y los trámites no afectados, aceptándose un ámbito de nulidad parcial. En estos casos subsistirán los actos dictados en aplicación de la parte no afectada por la declaración de nulidad, por cuanto la nulidad solo afectará a los instrumentos de planificación de desarrollo y a los actos dictados "cuando adolezcan del vicio determinante de la causa de nulidad de aquel del que deriven"

B) En segundo término, en relación con la acción pública, la propuesta para el artículo 5.f) del TRLS15 ("Derechos del ciudadano") sería la siguiente: "f) Ejercer la acción pública en defensa de los intereses generales vinculados con la ordenación del territorio y el urbanismo, así como respecto de las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos establecidos por elartículo 62". Que, en sus tres primeros apartados, quedaría redactado así:

> "1. En la defensa de los intereses generales vinculados con la ordenación del territorio y el urbanismo las personas físicas y las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán impugnar los actos y disposiciones, así como la inactividad de los órganos administrativos, que vulneren la legislación o los instrumentos de ordenación territorialy urbanística. El ejercicio de esta acción no podrá ser contrario a la buena fe, constituir un abuso de derecho o pretender el reconocimientoy restablecimiento de una situación jurídica individualizada.
>
> 2. Cuando la acción pública se ejercite frente a instrumentos de ordenación territorial y urbanística versará únicamente sobre los aspectos materiales o sustantivos del plan, sin que puedan aducirse eventuales vicios formales o atinentes al procedimiento, salvo que se acredite de modo fehaciente la relevancia e influencia que dichodefecto formal tenga sobre aspectos sustantivos y concretos de los mismos.
>
> 3. El desistimiento en vía administrativa o contencioso administrativa de la acción pública regulada en este artículo no podrá conllevar con-

trapartidas económicas. Esta interdicción se extiende al momento procesal de ejecución de la correspondiente sentencia".

Dudas existen acerca de si en lo que resta de legislatura el Anteproyecto se transformará en texto legal.

5
Los intentos autonómicos de renovación del planeamiento urbanístico

El problema —y con ello, lamentablemente, la litigiosidad— surgirá, pese a que el Anteproyecto pretende ser respetuoso con las competencias autonómicas, porque ha surgido un nuevo urbanismo de nueva generación, posiblemente ante la pasividad estatal, que, en principio, haría difícil conciliar ambos ámbitos.

Así, la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA), distingue entre el plan general de ordenación municipal y el plan de ordenación urbana, alterando, por otra parte, las competencias para las respectivas aprobaciones, y con un enfoque diferente (artículo 7) sobre las nulidades parciales.

La Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, apuesta por un contenido mínimo de los planes, así como por una máxima simplicidad en su tramitación (inclinándose por un procedimiento monofásico), pronunciándose igualmente sobre las limitaciones de las nulidades de pleno derecho.

La Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, por su parte, distingue entre el plan general estructural y el plan general detallado, alterando igualmente el sistema de aprobación de los mismos.

La Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, regula el plan básico autonómico y el plan básico municipal, ampliando las competencias municipales (en función de la población municipal) para la aprobación de los mismos.

La Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Islas Baleares, distingue entre el plan general y los planes de ordenación detallada, ampliando las competencias de los ayuntamientos y de los consejos insulares en su aprobación. Esta norma ha sido parcialmente modificada por el Decreto-ley 10/2022, de 27 de diciembre, de medidas urgentes en materia urbanística.

El Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo

de Navarra, sigue considerando el plan general como figura esencial, pero distinguiendo en función de si los municipios superan o no los tres mil habitantes.

La Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación, del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Generalitat Valenciana, distingue entre plan general estructural y planes de desarrollo, regulando también los planes generales estructurales mancomunados.

Debe reconocerse, en todo caso, que la regulación del País Vasco (Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo) fue pionera en el establecimiento de diversos niveles de planeamiento: plan general de ordenación urbana, plan general de compatibilización de planeamiento general y plan de sectorización.

Más reciente es la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, que modifica, entre otras muchas, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, que ya distinguía entre planes generales y planes de sectorización, estableciendo, como aspecto a destacar, la nueva regulación de las actuaciones de dotación.

Por su parte el Parlamento de Cataluña ha aprobado la Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas.

Ya en 2023 debe citarse la Ley 2/2023, de 9 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón. E, igualmente, el Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, de Castilla-La Mancha, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (que, entre otras, refunde aspectos de las leyes 1/2021, de 12 de febrero, 1/2022, de 14 de enero, y 5/2020, de 24 de julio).

Difícil será conciliar toda esta normativa autonómica con la pretendida modificación estatal contenida en el Anteproyecto de 13 de diciembre de 2022, cuando además, en principio, la interpretación de toda variada y dispersa normativa autonómica no podría ser llevada a cabo por el Tribunal Supremo, estableciendo criterios generales.

La reforma estatal (inminente parece la aprobación de la Ley del derecho a la vivienda), si llega, llega tarde; y actuaciones como la de hace unos días en el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, denegando la aprobación de una modificación de normas urbanísticas del Plan General, tras una larga tramitación, y sin motivaciones técnicas, resultan, sencillamente, demoledoras, y alejan al urbanismo de la seguridad jurídica.

Declaraciones institucionales, colocación de pancartas, banderas y otros símbolos en las entidades locales*

Alicia Esther Ortuño Rodríguez
Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears

1. **Introducción**
2. **Declaraciones institucionales**
   2.1. Naturaleza de las declaraciones institucionales: actos administrativos de contenido político
   2.2. Los límites de estas declaraciones con contenido político
      2.2.1. *Legalidad*
      2.2.2. *Autonomía local*
      2.2.3. *Competencia*
      2.2.4. *Objetividad, neutralidad y lealtad institucional*
      2.2.5. *Respeto a los derechos fundamentales de terceros*
   2.3. Declaraciones de persona *non grata*
3. **Símbolos varios**
4. **A modo de conclusión**

Resumen

En el presente trabajo se efectúa un repaso de la doctrina jurisprudencial relativa a la validez de las actuaciones de las Administraciones locales —particularmente, de los ayuntamientos— relacionada con aspectos que exceden el círculo de intereses de la comunidad local, estrictamente interpretado. En este sentido, se identifican los principios jurídicos inspiradores del posicionamiento de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa con respecto a la adopción de acuerdos

* El presente texto trae causa de la ponencia presentada, en mayo de 2023, en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local "Josep Maria Esquerda" 2023, organizado por la Diputación de Barcelona, la Fundación Democracia y Gobierno Local, y la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

locales relativos a aspectos presentes en el debate político general, o a la utilización de símbolos no representativos de la correspondiente entidad, sino relacionados con causas o reivindicaciones de alcance supralocal.

Palabras clave: *actividad declamatoria; símbolos; autonomía local; competencias locales; neutralidad.*

Institutional declarations, displaying posters, flags and other symbols in local entities

Abstract

This article analyses the case law on the validity of the actions of local governments — particularly, city councils — related to matters that exceed the interests of the local community, strictly interpreted. In this regard, the article explores the legal principles established by the contentious administrative courts on the adoption of local acts related to aspects of the general political debate, or the use of symbols that are not representative of the corresponding entity but related to causes or demands of supralocal scope.

Keywords: political acts; symbols; local autonomy; local powers; neutrality.

1
Introducción

Los órganos plenarios de los entes territoriales locales (municipios, provincias e islas en los archipiélagos balear y canario, arts. 140 y 141 CE, art. 3.1 LBRL) constituyen los foros donde están legalmente llamados a aunarse los debates y a adoptarse decisiones por todos los representantes elegidos por los ciudadanos. Los concejales, diputados y consejeros insulares se encuentran dotados del mandato representativo que les confiere la legitimidad democrática surgida a partir del resultado obtenido tras las elecciones celebradas al efecto.

Este mandato representativo se entiende dispensado para el desarrollo de las funciones que específicamente correspondan al órgano donde se inserten, atribuciones que siempre se vinculan con el ejercicio de las competencias que corresponden al ente territorial local en cuestión, como

materialización del derecho a la autonomía local consagrado constitucional y legalmente, el cual se encuentra revestido de una garantía institucional (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3; STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2), postulado conectado con la esfera del círculo de los intereses que son propios de la comunidad municipal, provincial o insular (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3; art. 2 CE y art. 2 LBRL).

Los plenos de los ayuntamientos, de las diputaciones, de los *consells insulars* y cabildos insulares, ostentan una serie de atribuciones, consagradas por la legislación básica y autonómica en materia de régimen local, mediante las cuales se encauzan el gobierno y la administración de la entidad pública en cuestión.

El ejercicio de las funciones por los plenos, en cuanto se subsumen en la esfera de los intereses de la comunidad local que corresponda, no plantea mayores problemas que los que pueden surgir del encuadramiento de la actuación en cuestión en la atribución legalmente definida, el seguimiento de la tramitación normativamente prevista, el respeto del régimen de mayorías recogido normativamente para la adopción de acuerdos, así como en la previsión del sistema de impugnación de las resoluciones emanadas por el órgano parlamentario local.

La problemática concreta que quiero abordar en el presente artículo examina el resultado de la actividad de los plenarios de los entes locales —en especial los plenos de los ayuntamientos— cuando adoptan decisiones relacionadas con aspectos que no se insertan propiamente en el acervo de intereses de la comunidad vecinal, sino que corresponden a cuestiones de actualidad, de debate público y general, que en muchas ocasiones son connotativas de un sentimiento (a favor o de rechazo) de parte de la sociedad hacia acontecimientos que provocan diferentes posturas entre los ciudadanos, pero que no se relacionan con el haz de materias competencia de la entidad local, y/o bien exceden del ámbito municipal, provincial o insular (p. ej., independencia de ciertos territorios en el extranjero, celebración de espectáculos taurinos, implantación de energía nuclear, respeto LGTB+).

Los órganos plenarios encubren la voz ciudadana del ámbito territorial que le es propio, pero no podemos perder de vista que las personas representadas les han suministrado su confianza para la toma democrática de decisiones relacionadas con el gobierno y la gestión de la entidad local, las cuales pueden albergar el debate de diferentes modelos de política igualmente respetables, constituyendo el voto mayoritario de estos representantes el peso que haga inclinar la balanza en el sentido de la resolución que finalmente se adopte.

Los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo han conocido desde hace ya décadas de múltiples recursos relacionados con el examen de la legalidad de ciertos acuerdos, sobre todo municipales, en los que o bien se adoptan declaraciones institucionales (persona *non grata*, desnuclearización, boicot a Israel, independencia y soberanía de territorios, ciudad antitaurina, adhesión a ciertas asociaciones, entre otros), o bien se decide expresa o implícitamente la exhibición de ciertos símbolos y emblemas en los edificios públicos (banderas LGTB+, republicana, independentista, lazos amarillos, por ejemplo).

El núcleo del análisis efectuado por los tribunales en estos litigios, en especial el acometido con carácter uniformador por el Tribunal Supremo, lo conforman los principios de objetividad y neutralidad del servicio que prestan las Administraciones públicas (art. 103.1 CE), de sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 9.1, 9.3, 103.1 CE), el pluralismo político (art. 1.1. CE) y la lealtad institucional (art. 55 LBRL, art. 3.1.e] Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, LRJAP).

En el fondo de las controversias que se han planteado ante el orden jurisdiccional contencioso en relación con estas declaraciones plenarias de contenido político, laten cuestiones como i) el alcance de la autonomía local (vinculación positiva a sus intereses propios/vinculación negativa con los intereses generales); ii) el contenido legítimo correspondiente al mandato representativo de sus electos; iii) así como acerca de la titularidad de la libertad ideológica y de la libertad de expresión (arts. 16.1 y 20.1.a] CE) por parte de las instituciones públicas.

A través de las líneas siguientes trataré de efectuar una relación de los aspectos más relevantes de estas actuaciones declamatorias por parte de los órganos plenarios, especialmente de los ayuntamientos, a fin de determinar el estado actual de la doctrina jurisprudencial concerniente a los márgenes de la conformidad a derecho de estas manifestaciones adoptadas por los plenos de los entes locales acerca de cuestiones que no corresponden estrictamente al ejercicio de sus competencias en relación con la esfera de los intereses de la comunidad vecinal, bien sea mediante la expresión escrita de estas tomas de postura democráticas (declaraciones institucionales), bien sea mediante la exhibición por medio de un soporte material de estos posicionamientos (símbolos varios).

2
Declaraciones institucionales

2.1
Naturaleza de las declaraciones institucionales: actos administrativos de contenido político

Los acuerdos municipales que proclaman una determinada posición del ayuntamiento en relación con temas de muy variada índole, los cuales con frecuencia responden a una significada repercusión en la opinión pública, en primer término, generan la duda de cuál es su calificación jurídica, cuestión de respuesta relevante para dilucidar si pueden impugnarse o no ante los tribunales, así como para conocer los contornos legales dentro de los cuales deben situarse para que sean conformes con el ordenamiento jurídico.

2.1.1) En algunos litigios concernientes a este tipo de acuerdos plenarios, la representación de las Administraciones locales demandadas ha venido planteando la **inadmisibilidad del recurso contencioso**, amparándose en que estas manifestaciones simbólicas consisten en actuaciones de naturaleza política y, por tanto, no constituyen actos administrativos (arts. 1.1 y 25 LJCA).

El ámbito de impugnación judicial de los actos políticos queda circunscrito en el art. 2.a) de la LJCA:

> "a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos".

A modo de ejemplo, en las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5.ª) n.º 1486/2021, de 29 de marzo (AP n.º 397/2020), y n.º 4515/2022, de 19 de diciembre (AP n.º 2523/2021), se estiman respectivamente los recursos de apelación formulados contra sentencias procedentes de juzgados de lo contencioso de Barcelona, en las cuales se había declarado la inadmisibilidad de los recursos contenciosos interpuestos contra acuerdos adoptados por los plenos del Ayuntamiento de Terrassa y del Ayuntamiento de Castellolí, ambos de fecha 29/11/2018, en los que se proclamaba su apoyo a la Resolución 92/XII del Parlamento de Cataluña, al entender los juzgados que se trataba de declaraciones municipales de naturaleza estrictamente política, carentes de efectos jurídicos. La Sala del TSJ de Cataluña revoca estas resoluciones judiciales en las que se

acoge la presencia de un óbice procesal, ateniéndose a la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 920/2019, de 26 de junio (la cual citaré en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo), así como a la circunstancia de que la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 98/2019, de 17 de julio, declaró inconstitucionales y nulas las letras c) y d) del apartado decimoquinto del epígrafe II de la Resolución 92/XII, de 11 de octubre de 2018, sobre la "Priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia", adentrándose el Tribunal de Cataluña en el análisis de las cuestiones de fondo y anulando las decisiones municipales citadas.

La concurrencia de esta causa de inadmisibilidad (art. 69.c] LJCA, por sostener que la declaración plenaria no constituye una actuación administrativa impugnable) también se examina por las sentencias del Tribunal Supremo n.º 920/2019, de 26 de junio (Caldes de Montbui), y n.º 1161/2022, de 20 de septiembre (Ayuntamiento de Reinosa, BDS), de cuyos razonamientos haremos mención más adelante, concluyéndose en los mismos que las actuaciones municipales respectivamente impugnadas constituyen actos administrativos de contenido político, no actos políticos, siendo en todo caso recurribles ante la jurisdicción contenciosa.

2.1.2) Al margen de los litigios en los que se suscita la presencia de la señalada causa de inadmisibilidad (art. 69.c] LJCA), por otro lado nos encontramos ejemplos de sentencias en las que, adentrándose en el examen de las cuestiones de fondo, estas declaraciones institucionales adoptadas por los plenos se califican como una suerte de **declaraciones políticas** o mera declamación de una postura ideológica, carente de efecto jurídico alguno:

— La STS n.º 3994/1987, de 8 de junio, caso desnuclearización de Baracaldo (ECLI:ES:TS:1987:3994), respecto de uno de los puntos de la declaración, que manifestaba la oposición del municipio vizcaíno a la instalación de misiles nucleares en Europa, afirma:

> "[…] el último de los puntos del acuerdo, el relacionado con el posicionamiento frente a la instalación de determinados misiles en Europa, no concretamente en España, aunque no deja de ser una extralimitación respecto de las competencias establecidas para las Corporaciones Municipales […] sólo constituye una postura ideológica respecto de tal cuestión, en realidad atinente tan sólo a los componentes de la Corporación que la han apoyado que, aunque discutible por su carácter subjetivo, es respetable […]".

— Una de las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que ha servido como soporte para dictar muchas resoluciones judiciales favorables a acoger la legalidad de este tipo de acuerdos municipales, carentes de efectos *ad extra*, bajo la premisa de aceptar que, si bien podían

recurrirse ante el orden contencioso, no contravenían el ordenamiento ante su inoperatividad jurídica, es la STS n.º 1691/2008, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2008:1691), caso adhesión del Ayuntamiento de Llodio a la asociación de concejales Udalbiltza.

El alto tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado (demandante), examinando la naturaleza de este tipo de proclamas formalizadas:

> "[...] En definitiva lo que se impugna es una actividad municipal carente de efectos prácticos directos, que esencialmente se limita a expresar una opinión política como manifestación de la voluntad concorde de los miembros de la Corporación, y, por tanto de los vecinos representados, en el ejercicio del derecho de participación y libertad de pensamiento de los arts. 23.1 y 20.1.a) de la Constitución, carente del contenido administrativo mínimo que la haría residenciable ante esta jurisdicción. Todo ello en línea con la jurisprudencia de este Tribunal manifestada en las sentencias de 18 de Mayo de 1998 y 24 de Marzo de 1999".

Con inspiración en la doctrina contenida en la referida Sentencia Llodio-Udalbiltza, la Sentencia del TSJ de les Illes Balears n.º 151/2018, de 22 de marzo (AP 429/2017), estudió el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Palma el 30/07/2015, el cual, entre otros puntos, en su apartado tercero declaraba la voluntad del consistorio de que no se celebraran corridas de toros en ninguna plaza del municipio ni de las Illes Balears ("Palma antitaurina"), así como se comprometía a la abstención en el enaltecimiento o la valoración de los espectáculos taurinos mediante premios u otros reconocimientos públicos, considerando el Tribunal balear que no procedía anular el mismo (FJ 2)[1]:

> "Por ello, este apartado tercero, que bien podría haber adoptado la calificación de declaración institucional, en lugar de acuerdo, como se recoge en el artículo 93 de su Reglamento Orgánico, se trata de una declaración de una postura mayoritaria de la Corporación respecto a las corridas de toros, que en ningún caso puede entenderse ni servir para adoptar decisiones tendentes a su prohibición, ya que el Ayuntamiento debe estar, en la actualidad, sometido al régimen legal vigente expuesto más arriba".

1. Tras la doctrina fijada por la STS n.º 920/2019, de 26 de junio, el TSJ de les Illes Balears acogió la nueva jurisprudencia, y en la Sentencia n.º 623/2022, de 5 de octubre (AP 448/2021), consideró que un acuerdo similar, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Calvià el 29/10/2015 ("Calvià antitaurino"), era nulo por carecer el consistorio de competencias en materia de tauromaquia y espectáculos taurinos, de conformidad con el art. 46 CE y la Ley 18/2013, de 12 de noviembre.

El razonamiento efectuado por el Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 1691/2008 parece engarzar el acuerdo municipal con el ejercicio de la libertad de expresión de los concejales (arts. 20 y 23 CE), cuando en propiedad se trata de una decisión adoptada por una institución local, el pleno, precisamente donde se reúnen todos los representantes elegidos tras la celebración de comicios.

Las instituciones públicas no son titulares de esta libertad de expresión, como han dictaminado repetidamente el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (SSTC n.º 244/2007, de 10 de diciembre, n.º 17/2003, de 28 de enero, y n.º 254/1993, de 20 de julio; STS n.º 564/2020, de 26 de mayo, ECLI:ES:TS:2020:1163, sobre la colocación de la bandera independentista canaria en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife).

2.1.3) La posición mayoritaria y, sobre todo, actual de la jurisprudencia determina que este tipo de declaraciones institucionales constituyen verdaderos **actos administrativos**, cuya legalidad resulta controlable por el orden contencioso, en virtud de los arts. 106 CE y 1.1 y 25 LJCA:

— La STS n.º 4836/1998, de 17 de julio, caso persona *non grata* en Oleiros (ECLI:ES:TS:1998:8533), afirma que la declaración municipal "adopta la forma de un acto administrativo aprobado en forma por el Pleno del Ayuntamiento".

— La STS n.º 820/1987, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:1987:820), anula un acuerdo de desnuclearización del Ayuntamiento de Fernán Núñez, señalando que, "al tratarse de un acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento, constituye un acto de la Administración".

— Más recientemente, la STS n.º 920/2019, de 26 de junio[2] (ECLI:ES:TS:2019:2088), caso de la declaración del Ayuntamiento de Caldes de Montbui como "municipio catalán libre y soberano", afirma de forma concluyente que entre los actos políticos referidos en el art. 2.a) LJCA no se mencionan los adoptados por las entidades locales, y que estos acuerdos en los que se manifiesta una determinada posición de la corporación en relación con aspectos que exceden de la competencia del municipio, al no vincularse con la esfera de sus intereses, resultan ajenos a la "dirección política" discrecional, siendo susceptibles de control judicial de forma indiscutible:

2. El Tribunal Supremo ha dictado otras sentencias en relación con acuerdos plenarios de declaración de soberanía e independencia por parte de otros municipios catalanes, tales como Piera (STS 937/2019, de 28 de junio, ECLI:ES:TS:2019:2218), Sant Pere de Vilamajor (STS 448/2019, de 1 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2211), Cercs (STS 949/2019, de 1 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2213), Corbera de Llobregat (STS 785/2020, de 17 de junio, ECLI:ES:TS:2020:1817), Collbató (STS 786/2020, de 17 de junio, ECLI:ES:TS:2020:1820).

"El artículo 106.1 CE, reiterado en el artículo 8.1 LOPJ, establece el principio de impugnabilidad universal de las disposiciones y resoluciones administrativas, connatural a nuestro Estado de Derecho. Todos los poderes públicos están sometidos a la ley (artículo 9.1 y 9.3 CE) y, por ello, lo está la propia Administración Pública, entendida ésta en un sentido lato (artículo 103.1 CE). Por eso el artículo 1.1 de la LJCA cuando determina el ámbito de este orden de jurisdicción lo hace en relación con toda la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho administrativo, incluyéndose en dicho ámbito, como no podía ser de otro modo, las entidades que integran la Administración local [artículo 1.2 c) LJCA].

El artículo 2 a) LJCA, en correlación con la redacción actual del artículo 29.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, operada por la disposición final 3ª de la Ley 40/2015, llega aún más allá cuando dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueren procedentes, todo ello respecto de los actos, la inactividad o las vías de hecho del Gobierno, lo que hay que extender a los actos de gobierno de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

Esos actos, inactividad o vías de hecho del Gobierno, o de los citados Consejos de Gobierno son los que tradicionalmente se han denominado actos políticos. No están sometidos necesariamente al Derecho administrativo, pero, sin embargo, la LJCA no niega el control judicial sobre ellos que, por otra parte, ya había sido declarado y ejercido con intensidad por nuestra jurisprudencia, en todos los supuestos en los que ese control es judicialmente asequible [por todas, sentencias de 28 de junio de 1994 (Rec. 7105/1992), 4 de abril de 1997 (Recs. 602/1996, 634/1996 y 726/1996) o, más recientemente, 20 de noviembre de 2013 (Rec. 13/2013)].

Es indiscutido así, como entiende el auto de admisión, que la vieja doctrina del acto político del Gobierno no puede ser invocada hoy, en ningún caso, como fundamento de la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo porque es obligado que el juzgador entre a conocer del acto, de la inactividad o de la vía de hecho que se enjuicie para determinar si en los mismos existen elementos susceptibles de control jurisdiccional.

Para hablar de actos políticos de Gobierno —o de los Consejos de Gobierno— es necesaria no sólo su procedencia formal (que contempla el

artículo 2 a) LJCA), sino también que tengan por contenido una determinación de la denominada 'dirección política' del órgano que la emite que ostente total libertad en el fin, de forma que el contenido de esa decisión permita optar entre varias opciones y que todas ellas sean lícitas y admisibles en el sentido constitucional y legal de la palabra, con la consecuencia de que el acto no será controlable judicialmente en sus elementos de fondo, pero sí en los elementos reglados que nuestra jurisprudencia ha denominado 'judicialmente asequibles'.

Viniendo ya al caso objeto de enjuiciamiento resulta significativo que el artículo 2.a) de la LJCA no incluye a las entidades locales cuando contempla los actos políticos —del Gobierno o de los Consejos de Gobierno— lo que es índice de la dificultad de que, al menos en principio, estos entes puedan adoptar acuerdos de orientación de su autogobierno en los que el contenido de la decisión sea enteramente libre en cuanto al fin (FJ° 2).

[...] lo impugnado en el caso es un acto administrativo que, con independencia de su contenido político, sus efectos y su finalidad es, en forma evidente, susceptible de control judicial y ha de ser valorado en su conjunto (FJ° 8)".

— Por último, la STS n.° 1161/2022, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3289), relativa a un acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Reinosa (Cantabria), referente a la adhesión a ciertas resoluciones dictadas por instituciones comunitarias sobre el reconocimiento del Estado palestino, unido a la declaración del municipio como "Espacio Libre del Apartheid Israelí" y la cooperación con el movimiento "Boicot, Desinversiones, Sanciones" (BDS), ha descartado que este tipo de acuerdos sean actos políticos del Ayuntamiento, exentos del control judicial, con cita, entre otras, de la STS de 24 de noviembre de 2003 (ECLI-ES:TS:2003:7422), respecto del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Agüimes, por el que se declaraba la entidad "Telefónica Servicios Móviles, S.A." como empresa *non grata*, indicando lo siguiente:

"Ello implica que la doctrina del acto político no pueda ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable. Por tanto, no es posible acoger 'la doctrina del acto político' como excepción al examen jurisdiccional y declarar la inadmisibilidad del recurso, debiendo entrarse por el contrario en el estudio del fondo del asunto. En cualquier caso, ni desde la clásica concepción ni desde la obligada concepción constitucional puede apreciarse en el acto

que se examina los requisitos de naturaleza subjetiva y objetiva que caracterizan el denominado acto político. Por el contrario, se trata de un acuerdo municipal —no del Gobierno o de algún Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma— y no se dicta en el ejercicio de la función de dirección política o en el ámbito de relaciones constitucionales.

Constituye, en definitiva, un acto municipal plenamente fiscalizable en sede contencioso administrativa".

Por consiguiente, a partir de la evolución jurisprudencial expuesta, se colige que el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina consistente en que estas declaraciones institucionales adoptadas mayoritariamente por los plenos municipales constituyen verdaderos actos administrativos, aunque puedan tener un contenido político. La STS n.º 1161/2022, de 20 de septiembre, fija como doctrina casacional (FJ 7) que "los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento objeto de impugnación son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos. Justamente esta naturaleza, contenido y efectos dan lugar a la viabilidad o inviabilidad de los distintos apartados".

2.2
Los límites de estas declaraciones con contenido político

Como se extrae de los recientes pronunciamientos emitidos por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en especial en las SSTS n.º 920/2019 (Caldes de Montbui), n.º 1161/2022 (Ayuntamiento de Reinosa-BDS) y n.º 564/2020 (bandera independentista canaria), estas declaraciones institucionales deben superar el tamiz del principio de legalidad entendido en su globalidad, aserto que implica que deben cumplir con los correlativos requisitos de objetividad, integración en la autonomía local que les es propia, ejercicio de competencia, sumisión a los derechos fundamentales, y responder a un comportamiento con lealtad institucional respecto de otras Administraciones públicas.

2.2.1
Legalidad

Las declaraciones institucionales adoptadas democráticamente en el seno de debates y votaciones realizados en el marco de las sesiones de los órganos plenarios de las corporaciones locales se encuentran sometidas a la

Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como se corresponde con la configuración del Estado de derecho (art. 1.1 CE), y al principio de legalidad consagrado en los arts. 9.1, 9.3 y, especialmente para las Administraciones públicas, 103.1 CE.

Como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 920/2019, de 26 de junio (Caldes de Montbui), con extrapolación de ciertos razonamientos contenidos en la STC n.º 42/2014, de 25 de marzo (impugnación de disposiciones autonómicas 1389-2013, art. 161.2 LOTC y arts. 76 y 77 LOTC, en relación con la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013):

> "[...] Y es que la propia STC 42/2014 aclara, en su FJ 4 c), en referencia al principio de legalidad, que 'en él se manifiesta la preeminencia del Derecho entendido en este contexto como la subordinación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico' y que 'la primacía incondicional de la Constitución requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella'. Concluyendo que, de esta forma, se protege el principio democrático pues la garantía de integridad de la Constitución ha de ser vista como preservación del respeto a la voluntad popular [STC 42/2014 FJ 4 c)].
>
> QUINTO.— Estas últimas afirmaciones, de carácter sustantivo, sí son aplicables al caso que ahora enjuiciamos y resultan de relevancia para nuestra resolución porque no existe en nuestro Derecho ningún espacio franco o libre de la Ley, en el que puedan actuar poderes públicos. Abundando en lo que afirma el FJ 4 c) de la STC 42/2014, la Constitución se fundamenta en el principio de vinculación positiva de todas las Administraciones públicas al principio de legalidad. Así resulta de los artículos 9.1 ('los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico') y del artículo 103.1 CE 'la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho', lo que alude a una conformidad total de la actuación a las normas y a los principios que las inspiran y no una libertad básica de actuación con el único límite externo de las normas mismas [...]".

La circunstancia de que estos acuerdos se hayan adoptado mediante el voto mayoritario emitido por los representantes de los ciudadanos no puede comportar ineludiblemente la validez de la declaración, ya que la sumisión al ordenamiento jurídico, propia del Estado de derecho, no es un aspecto accesorio de la democracia, sino que constituye una condición consustancial de la misma, como se señala en la STS n.º 564/2020, con referencia a la

STS n.º 933/2016, de 28 de abril (ES:TS:2016:1841, sobre la presencia de "banderas esteladas" en edificios y espacios públicos durante período electoral):

> "CUARTO.— La doctrina reiterada de esta Sala acerca de que los acuerdos de órganos colegiados aunque sean de formación democrática han de respetar el ordenamiento jurídico.
>
> Resulta relevante trascribir el fundamento tercero de la STS de 28 de abril de 2016, recurso ordinario 827/2015, tomado en consideración por el juzgado de lo contencioso cuya sentencia fue revocada por la Sala del TSJ Canarias ahora cuestionada;
>
> Así en el Fundamento TERCERO se dijo:
>
> 'no cabe confundir el concepto de democracia como sistema de toma de decisiones por mayoría en cualquier ámbito posible cuyo universo puede ser delimitado con arreglo a cualesquiera criterios territoriales, grupales o de cualquier otra índole, con el concepto jurídico constitucional que aparece recogido en el art. 1 de la Constitución Española —obviamente aplicable en plenitud en la provincia de Barcelona— cuando establece que *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*.
>
> La vinculación entre democracia y Estado de Derecho no es accesoria, sino sustancial, de manera que solo es posible calificar de actos o decisiones democráticos los que se ajustan, en su procedimiento de adopción y en su contenido, a la ley. En este sentido, no cabe aceptar de ningún modo que la colocación de las banderas partidistas —en el sentido que se acaba de exponer— en edificios y lugares públicos constituya un acto de *obligado* cumplimiento que se impone a los Alcaldes por cuanto obedece a la decisión *democrática* de un pleno municipal adoptada con el voto de concejales democráticamente elegidos.
>
> En otras palabras, el hecho de que los acuerdos en los órganos colegiados se tomen democráticamente en modo alguno los hace conformes a Derecho, sino que precisamente están sujetos al mismo y por ello pueden ser invalidados, sin que la formación democrática de los mismos los sane ni pueda prevalecer sobre el ordenamiento jurídico, que vincula a todos los poderes públicos'.
>
> Mientras en el CUARTO se recordó:
>
> 'Es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que sostiene que *las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE* (por todas, SSTC 244/2007, de 10 de diciembre; 14/2003, de 28 de enero; 254/1993, de 20 de julio, entre otras)' [...]".

2.2.2
Autonomía local

En el Fundamento Sexto de la STS n.º 920/2019 se examina si la adopción de acuerdos declamatorios de cuestiones que se consideran relevantes por los representantes de los ciudadanos se engarza con el postulado de la autonomía local, el cual se conecta inexorablemente con el haz de intereses propios del ente territorial para los cuales su Administración debe servir con objetividad, rechazando que, en el concreto asunto analizado en la mencionada Sentencia, la declaración municipal de soberanía e independencia, se engarce con este principio revestido de garantía institucional en los arts. 140 y 141 CE, unido con las disposiciones contenidas en la Carta Europea de Autonomía Local aprobada el 15/10/1985:

> "SEXTO.— Lo hasta aquí expuesto reduce la cuestión planteada a determinar si el acuerdo municipal respeta o no los límites que la Constitución, el Estatuto de autonomía de Cataluña, el derecho supranacional y las leyes que enmarcan la autonomía municipal conceden al Ayuntamiento de Caldes de Montbui en la materia en la que ha dictado el acuerdo recurrido.
>
> Los municipios, provincias y Comunidades Autónomas son entidades territoriales, fundamentales del principio democrático y políticamente representativas de los intereses de los grupos humanos asentados en ellas. Conforme al artículo 137 de la CE todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Si se atiende al artículo 2 de la Carta Europea de Autonomía Local (en adelante CEAL) de 15 de octubre de 1985 (BOE de 24 de febrero de 1989) el principio de autonomía local está reconocido en España tanto en la Constitución como en la legislación que la desarrolla y además protegido jurisdiccionalmente conforme a las exigencias del artículo 11 de la CEAL.
>
> Es conocida, y casi de cita innecesaria, la jurisprudencia de esta Sala que precisa que el artículo 137 de la Constitución delimita el ámbito de autonomía de los distintos entes territoriales en que se vertebra territorialmente el Estado, circunscribiéndolo a la gestión de sus intereses respectivos. La jurisprudencia ha utilizado reiteradamente el criterio del interés respectivo (que también acoge el Tribunal Constitucional desde la sentencia 4/1981, de 2 febrero) para una definición positiva y negativa de la autonomía, afirmando que —positivamente— la autonomía significa un derecho de la comunidad local de que se trate a la participación, 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 entre intereses locales y supralocales dentro de las materias o asuntos de que se trate y —negativamente— que la autonomía no se garantiza por nuestra Norma Fundamental para incidir de forma negativa sobre los intereses generales, que prevalecen en caso de conflicto sobre los intereses locales o sobre otros intereses generales distintos de los propios de la entidad local de que se trate [por todas sentencia de 31 de diciembre de 2001 (Rec. 43/2000) y las que en ella se citan].

A este marco cabe añadir lo que supone hoy, en lo que afecta a las competencias locales, la normativa del Consejo de Europa o de la misma Unión Europea sobre actividades transfronterizas de cooperación (Convenio Marco Europeo sobre cooperación transfronteriza de 11 de mayo de 1980 (BOE de 16 de octubre de 1990) o Reglamento UE 1302/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento 1082/2006 sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT).

Pues bien, ni en la legislación básica del Estado ni en los artículos 151 y 160 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) o en la legislación de desarrollo existe elemento alguno que permita colegir que la petición que formula el acuerdo municipal impugnado afecte al ámbito del interés municipal o al de las relaciones entre el municipio y la Generalitat de Cataluña. Y, como ha sintetizado en forma reciente el Tribunal Constitucional, 'el legislador [...] debe asegurar que el grado de capacidad decisoria que conserve el municipio sea tendencialmente correlativo al nivel de interés municipal presente en el asunto de que se trate' (STC 111/2016, de 9 de junio, FJ 12)".

2.2.3
Competencia

El Fundamento Jurídico Séptimo de la STS n.º 920/2019 efectúa el análisis acerca de si la previsión competencial recogida en el art. 25.2 LBRL conforma la base normativa para que los municipios puedan operar en asuntos que afecten a la soberanía (art. 1.2 CE), así como a la unidad y organización territorial (arts. 2 y 137 CE), concluyendo que carecen de este otorgamiento de atribuciones. También examina el alto tribunal la diferencia entre las mociones —destinadas al control de los órganos de la corporación, art. 46.2.e) LBRL— y estos acuerdos declamatorios ajenos a las atribuciones municipales. El vicio de incompetencia municipal constituye la clave de bóveda de la decisión anulatoria del acuerdo municipal:

"SÉPTIMO.— La misma respuesta negativa resulta de la regulación legal de las competencias municipales. La Constitución no precisa las competencias que corresponden a los entes locales y, en consonancia con la estructura territorial compuesta del Estado que establece en su art. 137, encomienda la regulación y la asignación de las competencias locales al Estado y a las Comunidades Autónomas, con el respeto obligado a la autonomía local, que garantizan los arts. 137, 140 y 141 CE (por todas, STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 9 y STC 143/2013, de 11 de julio, FJ 3).

Si se atiende al artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, es ostensible la falta de competencia municipal para dictar el acuerdo impugnado porque no existe entre las competencias municipales, ninguna atribución que consienta a un municipio terciar en aspectos de evidente trascendencia constitucional, que afecten a la titularidad de la soberanía, a la petición de una fragmentación del Estado, ni a trastocar, o pedir que se trastoque, la organización territorial básica del Estado mismo.

No puede contradecir esta afirmación la referencia que hace el contrarrecurso del Ayuntamiento al artículo 46.2 e) de la LBRL porque las mociones a que se refiere son un mecanismo de control por el Pleno de la Corporación de los demás órganos de la misma, pero no una cláusula que permita al ente local efectuar en forma innominada declaraciones totalmente desvinculadas del ámbito de las competencias municipales"[3].

2.2.4
Objetividad, neutralidad y lealtad institucional

A modo de conclusión, en el Fundamento Octavo de la STS n.º 920/2019 se indica que la totalidad del acuerdo adoptado por el Pleno de Caldes de Montbui en la sesión de 28/02/2013 es nulo (con sustento en el entonces vigente art. 62.1.b] de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), en cuanto adolece de falta de competencia de la entidad local para decidir sobre cuestiones ajenas al ámbito de los intereses propios de la comunidad vecinal, que afectan al eje vertebrador de la Constitución Española, así como apreciando que se invaden las competencias correspondientes a otros poderes públicos:

3. Referente a las mociones, resulta trascendente la doctrina establecida por la STS 682/2020, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1528), en la cual, interpretando el art. 46.2.e) LBRL, se determina que debe existir un apartado separado, específico y con sustantividad propia destinado al control y fiscalización de los órganos de gobierno, distinto a los ruegos y preguntas.

"OCTAVO.— Lo expuesto determina que proceda dar lugar a la casación y anular la sentencia dictada en apelación por la Sala territorial de Cataluña.

Lo impugnado en el caso es un acto administrativo que, con independencia de su contenido político, sus efectos y su finalidad es, en forma evidente, susceptible de control judicial y ha de ser valorado en su conjunto. De esa valoración resulta en forma evidente que el acuerdo incurre en un vicio patente de falta de competencia que debe determinar su nulidad de pleno Derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 b) de la LRJPAC aplicable al mismo.

No son relevantes para este caso los precedentes jurisprudenciales de esta Sala que consienten a los Ayuntamientos manifestaciones de deseos, aspiraciones ideales, inquietudes o preocupaciones de sus vecinos. De los que se invocan puede tener algún relieve la sentencia de esta Sala de 23 de abril de 2008 (Casación 10444/2003). El precedente no es aplicable, sin embargo, al presente caso porque aquí la actividad municipal tiene unos efectos prácticos directos y un contenido administrativo relevante que debe determinar su anulación. En cuanto a los demás precedentes que se citan hay que recordar que esta Sala resuelve, en estos recursos de casación por interés casacional objetivo, impugnaciones concretas, por lo que carece de sentido pronunciarse con carácter general y abstracto sobre cuestiones que resultan ajenas al enjuiciamiento de lo que se plantea en este caso. Los actos de una Administración Pública, y el Ayuntamiento recurrido sin duda lo es, se deben ejercer en todo caso en el marco de lealtad institucional con las restantes Administraciones Públicas, que exige el artículo 55 de la LBRL. En este caso la llamada a una modificación total de la organización territorial del Estado, sin observar ni contemplar siquiera el procedimiento de reforma constitucional, es evidente que no las respeta. Es obvio que la declaración es totalmente ajena a las competencias que la Ley asigna al municipio recurrido y, también, que al ejercerse se ha vulnerado el principio de objetividad que invoca el Abogado del Estado y se desprende del artículo 103.1 CE. También vulnera el acuerdo, tanto en su parte dispositiva como en la exposición que la precede, ese principio constitucional de objetividad de la actividad administrativa, que el artículo 6.1 LBRL impone a los entes locales, ya que asume —e identifica a la Corporación municipal con ella— una posición de parte que, lejos de someterse a la Ley y al Derecho, está en abierta contradicción con la Constitución.

Una Administración Pública no se puede manifestar en una materia de la trascendencia de la que aborda el acuerdo recurrido asumiendo una

posición de parte e identificando con ella a la Corporación misma, mucho menos sin manifestar que la misma no se adopta con el acuerdo unánime de los miembros de la Corporación, que en este caso no ha existido [...]".

En cuanto a la respuesta a las cuestiones de interés casacional para cuya resolución se admitió el recurso de casación, en el Fundamento Jurídico Noveno se establece lo siguiente:

"NOVENO.— Podemos dar respuesta a las tres cuestiones que plantea el auto de admisión. En cuanto a la primera es procedente anular un acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento que consista en una declaración de naturaleza política, siempre que la misma se encuentre al margen de las cuestiones de interés municipal y de las competencias que corresponden a la entidad local, de acuerdo con la Constitución y el marco normativo que le sea aplicable. A estos efectos carece de relevancia la doctrina del FJ 2 de la STC 42/2014.

En cuanto a la segunda cuestión, el contenido de la declaración y su finalidad ha de respetar en todo caso el principio de vinculación positiva a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico vigente en nuestro Derecho cualquiera que sea el contenido o finalidad de esa declaración y en cuanto a la tercera carece de relevancia que la declaración agote, o no, sus efectos en el hecho de la propia declaración".

2.2.5
Respeto a los derechos fundamentales de terceros

En los fundamentos quinto y sexto de la STS n.º 1161/2022 (Ayuntamiento de Reinosa-BDS), tras remitirse a algunos pronunciamientos adoptados por la Sala Tercera en el examen de la legalidad de variadas declaraciones institucionales adoptadas por consistorios (referentes a cuestiones de diversa índole, tales como desnuclearización, rechazo de personas físicas o jurídicas, independencia, entre otras), y con cita de la STS n.º 920/2019, se concluye que, en las sentencias que se reseñan:

"fundamentalmente, se ha tenido en cuenta para decidir la viabilidad o no de los actos, la existencia o no de efectos jurídicos vinculantes derivados de los pronunciamientos realizados y del respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales de terceros".

En esta resolución judicial, el alto tribunal —a diferencia de la STS n.º 920/2019, en la que se destacaba el presupuesto competencial y no la consecuente eficacia jurídica— sitúa el elemento nuclear en la producción

de efectos jurídicos vinculantes de los pronunciamientos contenidos en estos acuerdos plenarios extraños al acervo de atribuciones municipales, unido a la constatación de su respeto hacia la Constitución y a los derechos fundamentales de terceros:

> "Pues bien, a juicio de la Sala carecen de eficacia administrativa y entran en el ámbito de las declaraciones políticas que se agotan en sí mismas sin trascendencia de aquella naturaleza estos dos puntos del acuerdo de 7 de julio de 2016:
>
> '1ª manifestar su adhesión y apoyo a la resolución del Parlamento Europeo de 1 7 de diciembre de 2014 por la que se reconoce el Estado de Palestina'.
>
> 2ª 'mostrar la solidaridad con la población de los territorios ocupados instando a la ONU a garantizar su protección y a obligar a Israel a cumplir la legalidad internacional'.
>
> La adhesión municipal a un pronunciamiento del Parlamento Europeo, no quebranta las competencias municipales ni incurre en ilegalidad. La manifestación de la solidaridad con determinada población es una declaración que al carecer de efectos jurídicos vinculantes responde al carácter político de la autonomía municipal.
>
> Procede, pues, estimar el recurso de casación, anular la sentencia de la Sala de Santander, así como estimar el recurso de apelación de la Asociación Acción y Comunicación sobre Oriente Medio y desestimar el de la Asociación Interpueblos. La estimación de la apelación lleva a anular también la sentencia del Juzgado y a estimar en parte, en los términos que vamos a explicar el recurso contencioso-administrativo.
>
> [...]
>
> Mas debemos apartarnos de el en lo que atañe al tercer apartado que dice así:
>
> '3. Declarar el concejo de Reinosa Espacio Libre de Apartheid Israeli y difundirlo entre la ciudadanía, insertando el sello de Espacio Libre de Apartheid Israelí en la web municipal'.
>
> Este apartado tercero implica discriminación de terceros, esto es lesión de derechos fundamentales, por lo que debe recibir el mismo tratamiento anulatorio que los apartados cuarto a sexto del acuerdo de 7 de julio de 2016:
>
> '4— Adoptar las medidas legales oportunas para que los procesos de contratación y compra incluyan las previsiones que impidan contratar servicios o comprar productos a empresas cómplices de violaciones del Derecho Internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

5— No suscribir ningún convenio o acuerdo con instituciones públicas, empresas y organizaciones que participen, colaboren u obtengan beneficio económico de la violación del Derecho Internacional y de la Declaración de los Derechos Humanos.
6— Fomentar la cooperación con el movimiento BDS (Boicot, Desinversión y Sanciones) articulado a nivel estatal por la Red Solidaria contra la Ocupación de Palestina y a nivel autonómico y local por el Comité de solidaridad con la Causa Árabe'".
La doctrina casacional fijada es, según el Fundamento Séptimo:
"SÉPTIMO.— La respuesta a la cuestión de interés casacional.
Los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento objeto de impugnación en la instancia son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos.
Justamente esa naturaleza, contenido y efectos dan lugar a la viabilidad o inviabilidad de los distintos apartados".

En definitiva, en esta segunda Sentencia, de 20 de septiembre del año 2022, el alto tribunal ha rebajado el nivel de exigencia para la validez de estos acuerdos municipales, al no razonar respecto de este posicionamiento local "pro Palestina y contra Israel" que el aspecto competencial revista tanta trascendencia como la otorgada en la STS n.º 920/2019, y colocar el centro de atención en los efectos que la declaración produce, anulándola en algunos de sus apartados, en cuanto generan discriminación negativa de carácter subjetivo por el Estado del cual proceden (Israel), unido a que se proyectan hacia sectores como los contratos públicos y convenios a celebrar con empresas del mismo Estado.

2.3
Declaraciones de persona *non grata*

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha expresado que las declaraciones como "persona *non grata*" adoptadas por los ayuntamientos no son meras declaraciones basadas en la libertad de expresión de los mismos, ni declaraciones extrajurídicas o meramente retóricas, sino que constituyen auténticos actos administrativos que, por ello, deben estar fundamentados en las potestades o competencias municipales.

El alto tribunal indica que, en sí mismas, estas declaraciones no suponen un atentado contra el honor de aquellas personas que las reciben, aunque sí se reconoce que pueden llevar aparejado un carácter estigmatizante con efectos en la esfera jurídica de quien las recibe, por lo cual se hace

necesario, para enjuiciar su legitimidad, que tal acto se inscriba dentro de las competencias y potestades municipales. El Tribunal Supremo concluye que se carece por los ayuntamientos de la necesaria habilitación legal para ello, pues ni en base a las competencias municipales del art. 25 LRBRL, ni a la legislación sectorial o a la cláusula general de la autonomía municipal, se puede inferir que la Administración local tenga la capacidad de atribuir calificativos a sus administrados, de modo que se concluye que este tipo de acuerdos son contrarios a derecho.

Así, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha decidido la ilegalidad de estas declaraciones denotativas del rechazo o de la antipatía del municipio hacia determinadas personas y entidades (STS de 24 de noviembre de 2003, acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Agüimes, de fecha 5 de febrero de 1998, por el que se declaraba empresa *non grata* a "Telefónica Móviles, S.A.", ECLI: ES:TS:2003:7422; STS de 23 de febrero de 2004, acuerdo similar dictado por el Pleno del Ayuntamiento de Garachico sobre la misma sociedad, ECLI: ES:TS:2004:1152). En la STS de 23 de febrero de 2004 se indica lo siguiente:

> "Quinto.— La estimación del indicado motivo de casación comporta, conforme al artículo 95.1 a) LJCA, que hayamos de resolverse el asunto. Esto es, corresponde que decidamos si se ajusta o no a Derecho el acuerdo municipal impugnado que equivale, por adhesión, a una declaración de non grata referida a la empresa recurrente.
>
> La doctrina de esta Sala sobre la trascendencia de tal tipo de pronunciamiento por parte de las Corporaciones locales está contenida en su Sentencia de fecha 17 de julio de 1998, en la que se contemplan los diversos aspectos posibles: su significado desde la perspectiva del derecho al honor, la discrecionalidad y autonomía local y la ausencia de la habilitación legal necesaria para la adopción de tal clase de acuerdos municipales.
>
> a) Tanto el Tribunal Constitucional como este mismo Alto Tribunal, en diversas Salas, han considerado que la expresión de ser persona 'non grata' no constituye un ataque al honor [STC 185/1989, de 13 de noviembre; STS, Sala de lo Contencioso, de 19 de septiembre de 1987; STS, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 1995; STS, Sala de lo Penal, de 15 de marzo de 1994]. Tal criterio se ha sustentado en la consideración de que la calificación realizada por el Ayuntamiento constituye una apreciación subjetiva de los miembros de la Corporación que no significa la atribución de cualidades deshonrosas, desmerecedoras del aprecio o estima públicos. Este criterio, sin embargo, no puede elevarse a la categoría de doctrina general porque los distintos pronunciamientos jurisdiccionales a que se ha hecho referencia parten de determinados supuestos

circunstanciales, como la falta de divulgación o de difusión o por situarse la declaración en el contexto de una controversia entre el declarado 'non grato' y la corporación municipal que ya había trascendido a la luz pública. Pero es cierto que el honor tiene una dimensión o significado esencialmente personalista, de manera que es un valor referible a personas individualmente consideradas, mientras que cuando se trata, como aquí ocurre, de empresas que adoptan la forma jurídica de sociedad anónima, es más correcta la referencia a otros valores que atañen al crédito, buen nombre o reputación comercial.

b) La declaración de persona 'non grata', realizada por el 'Estado receptor', tiene su significado específico en el ámbito de la inmunidad diplomática y remoción del puesto diplomático, en virtud del llamado, en Derecho Internacional Público, principio de representación [arts. 9 y 43 b) del Convenio de Viena de 18 de abril de 1961, y STS, Sala de lo Penal, de 21 de octubre de 1991], pero, desde luego, resulta difícil señalar cuáles puedan ser los efectos directos derivados de semejante declaración municipal. A pesar de ello, no puede considerarse que constituya una simple manifestación de desagrado indiferente al Derecho Administrativo. Adopta la forma de un acto administrativo aprobado en forma por el Pleno del Ayuntamiento y que eventualmente podría producir efectos en Derecho, derivados de su significado estigmatizante, con incidencia en la esfera jurídica, incluso en la estrictamente patrimonial, del destinatario que puede ver, incluso, deterioradas sus expectativas profesionales o mercantiles con el propio vecindario. En consecuencia, no puede considerarse el acuerdo municipal cuestionado solo como una manifestación de la libertad de expresión o manifestación de una discrecionalidad, sin ulterior trascendencia jurídica, sino como un acto administrativo que, para ser legítimo, debe inscribirse en el ámbito de las potestades o competencias municipales.

c) La no vulneración del derecho al honor por la declaración de persona 'non grata' nada prejuzga sobre si los Ayuntamientos u otras instituciones públicas análogas tienen o no habilitación legal, en cuanto Administraciones públicas, para hacer dichas declaraciones de persona o empresa 'non grata' o, en general, para criticar a los administrados. En todo caso, resulta claro que no puede equiparse la posición de los ciudadanos, en la libre crítica de la actuación de las instituciones representativas en uso legítimo de su derecho de libertad de expresión, a la de tales instituciones o Administraciones, cuya actuación aparece vinculada al cumplimiento de los fines que le asigna el ordenamiento jurídico, entre los cuales, ciertamente, no se encuentra el de

atribuir calificativos a sus administrados o a las empresas que actúan en su ámbito territorial [STC 185/1989, de 13 de noviembre]. O, dicho en otros términos, una declaración que no procede de alguno de los miembros de la Corporación, sino que constituye la manifestación de un juicio que pretende atribuirse a la propia Corporación en cuanto tal, como decisión municipal, ha de encontrar una habilitación legal, que, en el presente caso, no se encuentra ni en las competencias municipales nominadas del artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, ni en las diversas legislaciones sectoriales ni en la propia cláusula de la autonomía municipal al no aparecer concernido el interés municipal o las necesidades de la comunidad vecinal.

Sexto.— La expresada doctrina resulta aplicable aun cuando la Corporación local pretenda justificar la declaración de *non grata* en una actuación o comportamiento de la persona o empresa destinataria que considera no ajustada a Derecho. No es tal declaración un mecanismo de reacción reconocido por el ordenamiento jurídico al que pueda acudir la Administración local, cuando ésta dispone legalmente de suficientes mecanismos de autotutela declarativa, ejecutiva y de coerción, incluso, para evitar o eliminar tal clase de actuación o comportamiento, sin recurrir a una descalificación formal, que puede comportar un desprestigio y, en todo caso, un reproche sin respaldo normativo ni garantía de procedimiento.

Séptimo.— Las razones expuestas justifican que, además de acoger el segundo de los motivos y de casar la sentencia, se estime la pretensión principal encaminada a la declaración de nulidad del acto impugnado que queda sin efecto, y, para el pleno restablecimiento de la situación jurídica de la recurrente, que se imponga, además, la notificación de dicha declaración de nulidad a los mismos municipios a los que se notificó el acuerdo municipal impugnado".

3
Símbolos varios

En el epígrafe anterior he acometido un análisis de la doctrina jurisprudencial actualmente fijada en relación con la legalidad de las declaraciones aprobadas por los órganos plenarios de las entidades locales concernientes a cuestiones que suscitan debate entre la opinión pública, pero que no se corresponden con el ámbito competencial de tales corporaciones.

Esta externalización de la postura mayoritaria procedente de quienes ejercen el mandato representativo local no solo puede realizarse a través de estas formalizaciones escritas (declaraciones), sino que la divulgación de un determinado posicionamiento institucional sobre aspectos que, si bien suscitan interés para los administrados, sin embargo no pertenecen propiamente al círculo de intereses de la comunidad vecinal, puede adoptar una fórmula de exteriorización en soporte material, mediante la utilización de una pléyade de símbolos de variada índole, tales como banderas, pancartas, emblemas, los cuales en muchas ocasiones se ubican en edificios o espacios públicos, como muestra de cuál es el parecer del sujeto público que exhibe el signo en cuestión.

El Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse respecto de la decisión municipal favorable a la colocación, en una fecha conmemorativa, de una bandera no oficial, junto a las banderas que la legislación obliga a enarbolar (Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, unido a las previsiones de los estatutos de autonomía), concretamente en la Sentencia n.º 564/2020, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1163).

La citada STS estima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra una Sentencia del TSJ de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, en la cual se estimó el recurso de apelación y se desestimó el recurso contencioso formulado por el Abogado del Estado contra el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife de fecha 30 de septiembre de 2016, el cual responde al siguiente tenor literal:

> "1.— Reconocer en Pleno la bandera nacional de Canarias (la bandera de las siete estrellas verdes) como uno de los símbolos colectivos con los que se siente identificado el pueblo canario, expresión de las luchas históricas que se han sucedido en el archipiélago a favor de la instauración de la democracia, la libertad y la consecución de mayores cotas de bienestar para sus gentes, así como en pro de la construcción de una mayor hermandad entre las islas.
>
> 2.— En virtud de este reconocimiento y cumpliendo la legalidad vigente, la institución acuerda enarbolar en un lugar destacado de su sede central la bandera nacional de Canarias el día 22 de octubre del presente año de 2016 en conmemoración de su 52 aniversario".

En el Fundamento Cuarto, se reproducen algunos razonamientos de la STS n.º 933/2016, de 28 de abril, y de la STS n.º 920/2019, de 26 de junio, concernientes al sometimiento esencial de la democracia al ordenamiento jurídico, examinando en los fundamentos quinto y sexto la conformidad a derecho de la colocación de banderas no oficiales en las fachadas de los edificios pú-

blicos, junto con las banderas de obligada colocación, concluyendo que la decisión municipal por la que se decidía que la bandera "independentista" Canaria ondease en una fecha determinada era nula por contravenir la legislación sobre banderas oficiales, así como por no atender al debido principio de objetividad de la actuación emanada de las Administraciones públicas, consagrado en el art. 103.1 CE:

> "QUINTO.— El juicio de la Sala sobre la cuestión sometida a interés casacional.
>
> Los arts. 4, y 6 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, establecen la forma en que se coloca no solo la bandera de España sino también la de las Comunidades Autónomas o municipales si las hubiere.
>
> El recientemente reformado Estatuto de Canarias, LO 1/2018, de 5 de noviembre, en su art. 8 al referirse a los símbolos de Canarias reitera lo ya dicho en el art. 6 del anterior Estatuto, LO 10/82, de 10 de agosto, apartado, primero:
>
> 'La bandera de Canarias está formada por tres franjas iguales en sentido vertical, cuyos colores son, a partir del asta, blanco, azul y amarillo'.
>
> Por ello en conjunción con lo expuesto en el fundamento precedente, la administración, incluyendo la municipal, ha de respetar el ordenamiento jurídico, art. 103.1 CE sin que lo acordado, aunque lo voten la mayoría de los grupos políticos, pueda incardinarse en el marco competencial fijado por el art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
>
> En consecuencia, contraviene el ordenamiento un acuerdo que reconoce la bandera nacional de Canarias (la bandera de las siete estrellas verdes) como uno de los símbolos del pueblo canario acordando su enarbolamiento en un lugar destacado de la sede central del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el 22 de octubre de 2016. No es la bandera oficial por lo que no puede atribuírsele la representatividad del pueblo canario como defiende el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.
>
> SEXTO.— La doctrina de la Sala sobre la cuestión sometida a interés casacional.
>
> A la vista de lo argumentado se fija como doctrina que no resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas la utilización, incluso ocasional, de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurran, con la bandera de España y las demás legal o estatutariamente instituidas.

Por ello se estima el recurso de casación manteniéndose la sentencia del Juzgado de lo Contencioso que declaró nulo de pleno derecho el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife".

La doctrina establecida en la STS n.º 564/2020 plantea dudas respecto de su aplicabilidad en relación con recursos contenciosos interpuestos contra decisiones o actuaciones de las entidades locales consistentes en permitir la colocación de símbolos en los edificios públicos, al margen de las banderas oficiales, y que contengan un mensaje referente a cuestiones ajenas a las competencias de la corporación de que se trate, como pudiera constituir la colocación de la bandera arcoíris o republicana, pancartas en favor de colectivos determinados o reclamando la independencia de parte del territorio, carteles en favor de la libertad de presos.

El análisis de la conformidad a derecho de la exhibición de estos símbolos ha sido suscitado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, especialmente cuando su mensaje ocasiona división de opiniones entre la sociedad, resultando accesorio el problema referente a la utilización de edificios y espacios públicos.

Así, podemos encontrar un buen ejemplo de sentencias dictadas por juzgados y salas de lo contencioso de los tribunales superiores de justicia en relación con la colocación de banderas arcoíris y pancartas en apoyo del colectivo LGTB, sustentada por determinados ayuntamientos y diputaciones con ocasión de la celebración mundial del "Día del Orgullo Gay" cada 28 de junio. Encontramos resoluciones para todos los gustos, y valga la redundancia, para todos los colores, y, paradójicamente, muchas de estas sentencias se basan en los mismos razonamientos establecidos por el Tribunal Supremo en la Sentencia n.º 564/2020:

* En Valladolid, los cuatro juzgados contenciosos de la capital se han pronunciado al respecto de la colocación de la bandera arcoíris en la respectiva sede del Ayuntamiento o de la Diputación de Valladolid, en recursos interpuestos por una misma asociación en años sucesivos:

— La Sentencia del Juzgado n.º 3 dictada el 28/12/2020 (n.º 172/2020, ECLI:ES:JCA:2020:2814) considera que procedía su retirada al infringir la legislación sobre banderas oficiales, con cita de la STS n.º 564/2020.

— La Sentencia del Juzgado n.º 4 de fecha 09/12/2021 (n.º 206/2021, ECLI:ES:JCA:2021:6486) alcanza una conclusión distinta, si bien también bajo el prisma de la STS 564/2020, razonando que resulta lícito que la citada bandera se enarbole en una fecha determinada junto con las oficiales, sin apreciar que la actuación material constituya vía de hecho, al no estar previsto normativamente un procedimiento administrativo para la acción de colgar una bandera.

— El Auto de 24 de noviembre de 2021 del Juzgado n.º 2 acogió las alegaciones previas planteadas por el consistorio vallisoletano, considerando que la asociación recurrente carecía de legitimación activa. Esta declaración de inadmisibilidad fue revocada en apelación por la Sentencia del TSJ de Castilla y León n.º 916/2022, de 15 de julio.

* La Sentencia del TSJ de Aragón n.º 269/2022, de 13 de junio, analiza la conformidad a derecho de la colocación de la bandera multicolor en la fachada del Ayuntamiento de Zaragoza el día 28/06/2021, considerando que no constituye una vulneración respecto de la legislación relativa a banderas oficiales, sin considerar extrapolable la doctrina fijada por la STS n.º 564/2020, al concluir que aplicar esta Sentencia a todo tipo de pancartas, carteles, telas —entre otros signos— que se exhiban en los edificios y espacios públicos, puede llevar a situaciones absurdas, tales como la ilegalidad de pancartas de felicitación a equipos o deportistas cuando ganen competiciones. Sin embargo, el tribunal aragonés anula la colocación de la bandera, al no haber sido precedida esta acción por la adopción de un acuerdo en el seno de un procedimiento administrativo, calificando la actuación como "vía de hecho".

4
A modo de conclusión

Al igual que sucede con las declaraciones institucionales de contenido político, la colocación de signos en las fachadas, o sobre otras partes visibles de bienes demaniales pertenecientes a las entidades locales, puede provocar tanto el aplauso de determinados colectivos como el abucheo de otros.

La democracia tiene como elemento vertebrador la legalidad, debiendo conjugarse asimismo con el pluralismo político recogido en el art. 1.1 de la Constitución, sin que el régimen de las mayorías pueda servir de excusa para acometer todo tipo de actuaciones por parte de las instituciones públicas, las cuales solo son recognoscibles como tales si sirven con objetividad a los intereses generales, siendo uno de ellos lograr la paz social en el seno de la comunidad a la cual representan, anhelo en muchas ocasiones difícil de conseguir por el propio mecanismo de funcionamiento de las colectividades, conformadas por personas con opiniones, sentimientos, situaciones y proyecciones distintos, pero cuya ruptura de la convivencia en márgenes de normalidad debe evitarse provocar, especialmente por quienes asumen su mandato representativo.

Las declaraciones y exhibiciones de signos, amparadas formalmente en un previo acuerdo expreso o tácito adoptado por la mayoría de los represen-

tantes de la comunidad local, generan el mismo resultado, al visibilizar una toma de postura sobre determinados aspectos que, en ocasiones, no solo originan polémica, sino que pueden llegar a provocar situaciones de división en la comunidad vecinal.

Los representantes elegidos democráticamente debieran sopesar, en un ejercicio de empatía con la totalidad —no solo con la mayoría— de la colectividad humana a cuyos intereses sirven, cuáles van a ser los efectos de estas tomas de postura adoptadas en el seno de los órganos plenarios, ya que resulta obvio que el interés propio de la comunidad local difícilmente se compatibiliza con las situaciones de enfrentamiento y división de la población.

El sustento en el previo acuerdo democrático para la externalización de ciertas posiciones institucionales de contenido político no puede servir como "patente de corso" para cualquier actuación que exprese aquellas, bajo la cobertura de una "excusa democrática", a riesgo de convertirse en una decisión totalitaria.

Las exteriorizaciones de ciertos posicionamientos, los cuales bien conocen los representantes públicos que ocasionan el enfrentamiento de la comunidad a la que sirven, máxime cuando inciden sobre aspectos que no se insertan en su esfera competencial, requieren de un previo examen de la conciencia institucional por parte de las personas que proyectan en su labor representativa la confianza en ella depositada por los ciudadanos.

Los poderes públicos locales, en cuanto gozan de una privilegiada posición de proximidad a los ciudadanos a los que sirven, en aras del interés comunitario, no deben ni pueden permanecer en una posición de impermeabilidad de la opinión de la colectividad ante ciertas situaciones, movimientos, acontecimientos que se encuentran en la opinión pública. El deber de objetividad previsto en el art. 103.1 CE se debe conjugar con los fines del Estado social, los cuales no se compatibilizan con una posición aséptica de las instituciones locales hacia el entorno que las rodea.

En la mayoría de las ocasiones, esta toma de postura mayoritaria hacia temas de actualidad resulta inocua para la normal convivencia de la comunidad, e incluso se incardina en las políticas de respeto y protección de ciertos colectivos —antaño desgraciadamente denostados—, las cuales se encuentran amparadas, en la actualidad, en la legislación vigente.

Pero cuando se trata de temas puntualmente "espinosos" que exceden notoriamente del interés local, afectando al normal orden de convivencia por la colisión de posiciones que estos asuntos provocan en las personas y en la sociedad, la solución del enfrentamiento pasa por una previa labor de mesura exigible a los representantes de los ciudadanos, quienes deben alejarse de posturas partidistas, a fin de conseguir el bien común de la colectividad local.

El delito de construcción ilegal y el papel de la Administración local para su prevención y sanción*

Antoni Pelegrín López
Fiscal delegado de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de Barcelona

1. **Introducción**
2. **Las modalidades del delito de construcción ilegal**
3. **La relevancia de la protección de la legalidad urbanística de la Administración ante los delitos de construcción ilegal**

Resumen

En el presente trabajo se efectúa un repaso de la configuración de los diversos tipos penales relativos a la realización de construcciones ilegales en el artículo 319 del Código Penal, con el propósito de poner de manifiesto los mecanismos a disposición de las Administraciones Locales con el fin de evitar su comisión o, en su caso, la consolidación de la situación fáctica contraria a Derecho, a los que en no pocas ocasiones deja de recurrirse de manera sumamente criticable.

Palabras clave: *Gobiernos locales; protección de la legalidad urbanística; delitos urbanísticos; policía administrativa.*

* El presente texto trae causa de la ponencia presentada, en junio de 2022, en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local "Josep Maria Esquerda" 2023, organizado por la Diputación de Barcelona, la Fundación Democracia y Gobierno Local, y la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

The crime of illegal construction and the role of local governments in its prevention and punishment

Abstract

The article addresses the scope of several criminal conducts related to illegal constructions that are recognized in article 319 of the Criminal Code. The article highlights the mechanisms available to local governments to prevent its commission or the consolidation of the unlawful factual situation, which on many occasions are not properly used.

Keywords: local governments; protection of urban legality; urban crimes; administrative police.

1
Introducción

Después de más de quince años en la investigación de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, es fácil llegar a la conclusión de que en la gran mayoría de asuntos que ha conocido la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía, consistentes en la comisión de las modalidades del delito de construcción ilegal previstas en el art. 319, núms. 1 y 2, del Código Penal, fácilmente podrían haberse evitado su inicio, su progresión o finalización y su posterior uso ilegal, si la Administración local hubiera actuado antes conforme a las disposiciones que se prevén, entre otras normas, tanto en el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (en adelante TRLU), como en el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística del Decreto 64/2014, de 13 de mayo (en adelante RPLU), destinados a la protección de la legalidad urbanística.

Aquí nos referiremos en muchas ocasiones al delito de construcción ilegal y sus modalidades, dado que las acciones típicas previstas en el precepto arriba mencionado, consistentes en realizar obras de urbanización, de construcción o de edificación, podemos reconducirlas a efectos expositivos bajo el término genérico de construcciones.

En ocasiones la inactividad administrativa ante la infracción urbanística es tan descarada y flagrante que suele comportar que la investigación penal, que habría tenido por único objeto la realización por parte de un

particular de una construcción ilegal prevista en el precepto antes mencionado, amplíe ese objeto para determinar si los responsables técnicos o políticos del correspondiente consistorio han podido contribuir con su inacción a la comisión de la infracción penal, en atención a su posición de garantes de la legalidad. Todo ello aparte de que dichos funcionarios o autoridades, a través de ese comportamiento pasivo y doloso ante la infracción urbanística, pueden haber cometido alguno de los delitos previstos en el art. 320 del Código Penal.

A través de este trabajo se quiere realizar un repaso de las figuras de construcción ilegal delictivas previstas en el art. 319 del Código Penal, y posteriormente se valorará de qué modo la Administración puede contribuir a impedir la comisión, la progresión o la consolidación de la transformación ilegal del suelo constitutiva de infracción penal, recordando ya aquí que la función de protección de la legalidad urbanística es una función pública de ejercicio preceptivo para la Administración, especialmente la local, que es la que se encuentra mucho más cerca de la acción delictiva y está en mejores condiciones de conocerla.

Debe decirse que en este trabajo se pretende conocer las infracciones penales previstas en el art. 319 antes referido y los instrumentos de que disponen las autoridades y los funcionarios para evitarlas, herramientas que están al alcance de estos a la hora de llevar a cabo el ejercicio de esa protección de la legalidad urbanística ante todas las infracciones que recaen sobre cualquier tipo de suelo y no solo los referidos expresamente en las dos modalidades del citado precepto (suelo no urbanizable de especial protección, el ordinario, viales, dominio público…). Esto último tiene gran interés en relación con el delito de prevaricación urbanística por tolerancia previsto en el art. 320 del Código Penal, porque silenciar de forma intencionada infracciones urbanísticas o no hacer las inspecciones de carácter obligatorio en este ámbito es delictivo cuando afecte a cualquier tipo de suelo, y, por tanto, la no observancia de esas herramientas legales de protección de la legalidad por parte de la autoridad o del funcionario será determinante para la comisión de esa modalidad de prevaricación.

2
Las modalidades del delito de construcción ilegal

El Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, introdujo como una de sus muchas novedades los delitos relativos a la ordenación del te-

rritorio, situándolos dentro del mismo Título que los delitos dedicados a la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. Con la introducción de estos nuevos preceptos penales, el legislador pretendía reforzar el principio constitucional rector de la explotación racional de los recursos naturales y la consecuente ordenación racional del territorio, bienes jurídicos previstos en los arts. 45 y 47 de la Constitución Española y que son objeto de protección con el art. 319 del Código Penal[1].

Antes de su inclusión en el referido texto legal, esas conductas, cuando eran realizadas por particulares, quedaban impunes por atípicas, y, si eran realizadas mediante autorización ilegal previa dictada por autoridad o funcionario, en algunos casos se podía sancionar al responsable público otorgante por la vía genérica del delito de prevaricación si la resolución administrativa habilitante era manifiestamente arbitraria, y siempre y cuando quien la dictaba lo hacía con conocimiento de esa ilegalidad. La única forma de perseguir esas acciones era a través de la potestad administrativa de protección de la legalidad urbanística.

La nueva regulación supuso, pues, un evidente refuerzo de esa función administrativa, dado que las conductas delictivas de los particulares también se encuentran tipificadas como infracciones administrativas en la propia normativa urbanística o en la sectorial. Esta dualidad de la responsabilidad del infractor, prevista tanto en la vertiente penal como en la administrativa, determina en la práctica unos efectos que habrá que comentar en este trabajo.

El nuevo régimen del Código Penal de 1995 introdujo también los referidos delitos sobre la ordenación del territorio del art. 320 del Código Penal y que solo pueden ser cometidos por autoridades o funcionarios públicos, como una especie de toque de atención hacia estos para evitar informes o

1. En cuanto a los bienes jurídicos que se pretende proteger con ese precepto, destaca la STS 691/2019, de 11 de marzo, que dispone:

"Esta Sala ya dijo en la STS de 18 de enero de 1994, y recordaba también en las SSTS 935/03, de 26 de junio o 529/2012, de 21 de junio, entre otras, que 'La disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la Administración. En el urbanismo se encierra, nada más y nada menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellos viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al *hábitat* de cada uno, que sin dejar de ser titular de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. En el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan. Generalizado el incumplimiento, es difícil saber a dónde se puede llegar'".

actos administrativos favorables a la alteración del suelo manifiestamente contrarios a la normativa urbanística.

La reforma de ese texto legal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, modificó los arts. 319 y 320 y les dio la redacción hoy vigente, y supuso, entre otras cosas, una ampliación de las conductas delictivas, un aumento de sus penas, y la introducción de la comisión de las modalidades de construcción ilegal por parte de las personas jurídicas.

A efectos expositivos dividiremos las acciones a comentar en las que recaen sobre lugares de especial protección y las que afectan al suelo no urbanizable ordinario. Ya podemos avanzar que los elementos necesarios para la comisión del delito son idénticos en ambos casos, dado que los requisitos exigidos para ser autor y la acción a realizar coinciden en las dos figuras previstas en los números 1 y 2 del art. 319 del Código Penal. La diferencia de ambas figuras delictivas está en los bienes afectados, puesto que cuando la acción recaiga sobre los suelos de especial protección referidos en el núm. 1 la pena es más elevada que la prevista en el núm. 2 del precepto, donde el mismo comportamiento afecta a suelo no urbanizable que no presenta los valores previstos en ese apartado.

La redacción de estas modalidades es la siguiente:

Construcción en un sitio de especial protección.

El art. 319.1 castiga con penas de un año y seis meses a cuatro años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses (excepto si el beneficio obtenido por la acción fuese superior a la cantidad resultante, porque entonces la multa será del tanto al triplo del referido beneficio) e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio por un plazo de uno a cuatro "a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección".

Construcción en suelo no urbanizable.

El art. 319.2 del Código Penal sanciona con penas de uno a tres años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses (excepto si el beneficio obtenido por la acción fuese superior a la cantidad resultante, porque entonces la multa será del tanto al triplo del referido beneficio) e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio por un plazo de uno a cuatro años "a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras

de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable".

Como se ha indicado, la acción en ambas modalidades es la misma, y la diferencia se encuentra tan solo en el suelo afectado, aspecto este que trataremos más adelante. Por tanto, haremos referencia a los elementos comunes y a los diferenciadores de las dos modalidades referidas.

Elementos comunes:

En cuanto a los elementos que son comunes destacamos:

a) **Autores.**

Los autores solo podrán ser los "promotores, constructores o técnicos directores" que lleven a cabo los actos de transformación sobre el suelo. Promotor debemos entender que es quien pone los medios económicos para hacer realidad la obra, equiparándose a quien decide que la construcción se lleve a cabo y es el máximo responsable de su existencia. Constructores debe entenderse que son quienes materialmente efectúan la construcción, con aportación de su fuerza de trabajo y, en ocasiones, también de los materiales necesarios para realizar la obra. Los técnicos directores son los profesionales que intervienen en la dirección técnica de las construcciones, tarea normalmente asumida por arquitectos e ingenieros superiores, aunque muchas veces participan otros, como los aparejadores e ingenieros técnicos, a los que la legislación atribuye tareas propias y diferenciadas de las anteriores.

Obviamente no será necesario que en todos los casos en que se cometa alguno de los supuestos delictivos previstos en el art. 319 del Código Penal aparezcan las tres figuras de sujetos activos antes referidas. En la mayoría de los casos la investigación se centra sobre la persona del promotor, que será la persona que haya puesto en marcha los medios materiales necesarios para realizar la transformación del suelo donde se ejecute el delito, y en ocasiones lo habrá hecho por sus propios medios u otros no identificados, lo que determinará la ausencia de personas físicas o jurídicas investigadas en calidad de constructores o técnicos directores.

Inicialmente se consideró en algunas sentencias, que fueron muy controvertidas, que el promotor debía tener la condición de profesional de la actividad impulsora de las transformaciones ilegales del suelo previstas en ese precepto. Sin embargo, esta postura fue rechazada reiteradamente por la mayoría de los órganos judiciales y finalmente por el Tribunal Supremo, de modo que será promotor cualquier persona física o jurídica que lleve a cabo los actos previstos en el precepto, en concor-

dancia con las definiciones que de las figuras de promotor y constructor efectúa la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación[2].

La mencionada reforma de 2010 incluyó la novedad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la comisión de este delito, disponiendo en el art. 319.4 del Código Penal:

> "En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.
>
> Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33".

La responsabilidad penal de la persona jurídica provendrá de la comisión de la infracción penal sobre la ordenación del territorio por parte de alguna persona física que la represente o que sea miembro de los órganos de dirección de la referida entidad, o por persona que se encuentre bajo las órdenes de estos, siempre y cuando la acción haya supuesto un beneficio directo o indirecto para esa persona jurídica, conforme exige el art. 31 bis del Código Penal.

Según este precepto, la existencia previa al comportamiento delictivo de un modelo de gestión y organización para la prevención de esa infracción penal (*compliance*), eficaz y debidamente implementado en la sociedad desde la que se realiza esa acción, será determinante a efectos de una posible exoneración o atenuación de su responsabilidad penal. Por tanto, será relevante que todas las personas jurídicas dedicadas a la promoción inmobiliaria, la construcción o la arquitectura dispongan de esos modelos de prevención y control para evitar la comisión de estas infracciones penales, que están muy directamente relacionadas con su actividad profesional y que en ningún caso pueden desconocer.

En este apartado de la autoría de los delitos sobre la ordenación del territorio antes referidos, es importante destacar que, como se explicará más

2. La STS 816/2014, de 24 de noviembre, dispone sobre esta cuestión relativa al supuesto requisito de la profesionalidad de quien promueve los actos delictivos:

> "Ello significa, según la referida sentencia 1250/2001, que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores sólo la mera capacitación profesional. Por lo cual, debe entenderse que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación".

adelante, las herramientas de protección de la legalidad urbanística que la legislación pone en manos de las autoridades y los funcionarios públicos suponen otorgar a estos una especial función de garantes ante la presencia de esas infracciones penales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 del Código Penal, que regula la responsabilidad penal por comisión por omisión. Si se tiene en cuenta que la función pública de tutela es preceptiva, y por tanto debe ejercitarse en todo caso, la autoridad o el funcionario que es consciente de la realización de los actos delictivos de urbanización, de construcción o de edificación, y no pone en marcha las actuaciones administrativas destinadas a su finalización, podrá ser considerado también autor de la infracción del art. 319 del Código Penal por comisión por omisión. Está claro que la mejor ayuda que podrá tener el particular que realiza esas transformaciones del suelo delictivas será que la Administración que conoce su acción no haga nada para detenerla pudiéndolo hacer, a pesar de ser su obligación. Es precisamente por ello por lo que será interesante hacer referencia a los instrumentos que la legislación urbanística prevé para evitar la consumación de los delitos urbanísticos que aquí se comentan.

Sin embargo, esa omisión podrá comportar también la comisión del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o al funcionario que, sabiendo su injusticia, silencie la infracción de las normas urbanísticas o haya omitido las inspecciones de carácter obligatorio.

b) **Acciones: realizar obras de urbanización, de construcción o de edificación que no sean autorizables.**

La acción delictiva consiste en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación siempre que no sean susceptibles de ser autorizadas; es decir, no deben ser susceptibles de ser legalizadas.

Ahora bien, no toda transformación del suelo y que no pueda tener amparo en la normativa urbanística o sobre la ordenación del territorio debe ser equiparada a esa acción, dado que el derecho sancionador no permite la interpretación extensiva. Deberá consistir, pues, en la realización de obras que supongan una alteración de cierta relevancia sobre el suelo y que tengan un carácter de cierta permanencia, susceptibles de ser consideradas de urbanización, construcción o edificación.

Es por ello que cuando se trata de actos constructivos realizados con materiales sencillos y muy fácilmente desmontables, normalmente de autoconstrucción, y con poca vocación de permanecer en ese lugar, se considera que no tienen la suficiente trascendencia para afectar al bien jurídico protegido por el art. 319 del Código Penal. En cambio, cuando se utilizan en la acción cemento o materiales sólidos típicos para perdurar, estaremos ante los actos

previstos en el referido precepto (edificaciones de obra, soleras de hormigón, vallas ancladas con cemento en el suelo, casas de madera sobre tierra hormigonada...). La misma consideración delictiva deben tener los movimientos de tierra que cambian la fisonomía de un terreno si estos, por sus características y funciones, constituyen obras de urbanización o construcciones[3].

3. Sobre esta cuestión del alcance de las construcciones delictivas es interesante la sentencia de la AP de Sevilla 402/2018, de 18 de julio, que incluye un repertorio muy expresivo con distintos casos objeto de enjuiciamiento considerados delito de construcción ilegal:

"Así, teniendo presente que el Tribunal Supremo considera estas construcciones de pequeño tamaño como integradoras del tipo (STS 270/2017, de 18 de abril), SAP Sevilla (Sección Primera) nº 524/2012 de 03 de octubre, consideró que integraba el tipo una casa de madera sobre plataforma de hormigón.

Igualmente, conforme a SAP Sevilla (Sección Tercera) nº 274/2009 de 19 de mayo, la realización de movimientos de tierra para aplanar el terreno y levantar una casa de madera prefabricada asentada en el terreno sobre una plataforma de hormigón que la hace fija y estable, dándole vocación de permanencia, que es el elemento más revelador, permite afirmar que estamos ante una edificación integrativa del tipo.

Asimismo, SAP Sevilla (Sección Tercera) nº 176/2016 de 18 de abril, la construcción sobre suelo no edificable de una cuadra integrada por cinco boxes de caballos y un porche, todo ello sobre una plataforma de hormigón sin interesar autorización alguno a los organismos pertinentes es constitutiva del tipo del art. 319 del Código penal.

Igualmente, SAP Sevilla (Sección Tercera) nº 439/2011 de 07 de septiembre, consideró que la instalación de una cabaña prefabricada de madera de veinticinco metros cuadrados sobre plancha de hormigón, tenía una evidente vocación de permanencia y era integrativa del tipo penal. Asimismo, SAP Sevilla (Sección Tercera) nº 198/2015 de 16 de abril, adopta idéntico criterio en supuesto igual.

También la SAP Sevilla (Sección Primera) nº 666/2014 de 15 de diciembre consideró que una construcción de veintidós metros cuadrados cimentada sobre plataforma de hormigón, lo que no es ni irrelevante ni insignificante, constituía el delito por el que acusa el Fiscal.

Igualmente, en SAP Sevilla (Sección Séptima) nº 325/2013 de 17 de septiembre se declaraba que por edificio había que entender, con el Diccionario de la Real Academia Española, una construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos, cosa con la que encaja la construcción, concepto aún más amplio, descrito en los hechos probados de la sentencia impugnada. Y, desde luego, es inevitable integrar en el concepto más amplio de construcción la plataforma o torta de hormigón sobre la que se asentaba la misma y que no era susceptible de ser retirada. La sentencia comentada enfatiza que lo importante es la vocación de permanencia, que es lo que de por sí atenta esencialmente contra la naturaleza del suelo sobre el que se construyó, suelo no urbanizable, según las normas urbanísticas municipales. Es más, ni siquiera es necesaria losa o plataforma de hormigón para sujeción al suelo de la cabaña, pues basta la existencia de un sistema de anclaje de fija adhesión al suelo y no empece esa catalogación que el módulo o cabaña sea también desmontable, por desanclaje de la plataforma o zancas por las que se fija al suelo, pues también han resultado desinstalables, piedra a piedra, grandes inmuebles cuya condición de edificio nadie discutiría.

En consecuencia, el módulo prefabricado sobre las zancas metálicas es plenamente parangonable con los inmuebles descritos en las sentencias de esta Audiencia Provincial que hemos ido glosando.

Por otro lado STS 586/2017, de 20 de julio, considera edificación 'dos construcciones apoyadas sobre pilares de hierro fijados al suelo y soldados sobre la base de la vivienda, las cuales cuentan con canalizaciones fijas para el abastecimiento de agua potable y la evacuación de aguas residuales', caso prácticamente igual al que es objeto de la sentencia que revisamos en apelación.

Igualmente, SAP Granada (Sección 1ª) nº 76/2010 de 16 de febrero, consideró edificación una nave levantada sobre pilares de hierro;

Al respecto debe acudirse al art. 2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación para aquilatar el concepto de edificación o edificio tratándose de un concepto legal y en el que entran edificaciones como la que es objeto de autos que, conforme a lo que reconoció el propio acusado, que admitió residir ocasionalmente en la parcela.

Igualmente, son de resaltar las STS 1182/2006, de 29 de noviembre o 54/2012, de 7 de febrero, que dan un concepto de 'construcción' a los fines del art. 319 del Código Penal, válido tanto para

Pueden servir de referencia en esta labor interpretativa sobre el alcance de la acción típica las definiciones otorgadas por el *Diccionario de la lengua española* de la RAE a los términos urbanizar, construir o edificar. Así, se considera en el texto que urbanizar es convertir un terreno en poblado o prepararlo para este fin, abriendo calles y dotándolas de luz, pavimento y otros servicios municipales. Construir se define como fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública. Y edificar se considera en el diccionario como hacer un edificio o mandar construirlo.

El concepto de construcción es mucho más amplio que el de edificación, y por tanto comprende obras muy diversas, como por ejemplo embalses, pozos, carreteras, puentes, canales, piscinas, o también rótulos de publicidad que estén fijados al suelo con cimientos. La edificación es una construcción destinada a habitación o usos similares.

Las obras de urbanización deben suponer una alteración relevante del suelo con ánimo de permanencia, y la realización de infraestructuras vinculadas a usos propios del suelo urbano, tales como la circulación de vehículos o la instalación de servicios desvinculados del suelo afectado. De esta forma, actuaciones sobre el suelo no urbanizable contrarias a su naturaleza rústica, como la apertura de pistas, su asfaltado o la pavimentación de terrenos de esa clase, pueden encuadrarse dentro de las obras de urbanización siempre y cuando no sean admisibles por la normativa urbanística o de ordenación territorial de aplicación.

A diferencia del caso de la regulación anterior, no está actualmente descrita la conducta como una infracción formal, ya que la infracción no es realizar los actos de urbanización, construcción o edificación sin haber obtenido la preceptiva licencia, sino que esa transformación del suelo típica iniciada, en curso o finalizada no debe ser susceptible de ser autorizada conforme al régimen jurídico urbanístico y sobre la ordenación del territorio vigente en el tiempo de la realización de la acción.

El aspecto sobre el carácter no autorizable de las obras de urbanización, construcción o edificación no debe ser controvertido ni dudoso, dado que es

la redacción actual del precepto como la vigente con anterioridaD. Consideran estas resoluciones y sus concordantes que 'debe calificarse como *construcción*, todo cuanto se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada'; que es de nuevo aplicable al caso de autos y debiendo recordarse que el artículo 319.2 contempla tanto obras de urbanización, como construcciones y como edificaciones y es indudable, de las meras fotografías aportadas a autos, que la parcela tiene un aspecto opuesto a la naturaleza no urbanizable del terreno con los cerramientos, obras de desagüe, pilares metálicos para cimentar la casa y suministro de agua y electricidad, no es sólo la casa, que demuestran la existencia de obras incompatibles con la naturaleza no urbanizable del terreno".

necesario que los actos sean contrarios al planeamiento urbanístico o a la legislación urbanística, de forma que no podrían haberse autorizado. Por ello, desde la Sección de Medio Ambiente, en la investigación de estas infracciones se considera interesante incorporar un informe técnico/jurídico sobre el carácter ilegalizable de las acciones investigadas penalmente, a efectos de decidir sobre el ejercicio de la acción penal o la acusación. Normalmente estos dictámenes son emitidos por técnicos municipales, como por ejemplo el secretario o el arquitecto, o por inspectores del Servicio de Protección de la Legalidad Urbanística de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Generalitat. La existencia de estos informes, emitidos por funcionarios públicos objetivos, no impedirá que en el acto del juicio oral las defensas de los acusados por estas infracciones acostumbren a proponer a técnicos particulares como peritos, que tratan de poner en duda el carácter no legalizable de las actuaciones objeto de enjuiciamiento, aprovechando que los jueces del ámbito penal no están demasiado acostumbrados a la práctica y a los conceptos urbanísticos.

Reiteramos que será autorizable o no la acción de edificar, construir o urbanizar siempre en atención al régimen urbanístico vigente al tiempo de realizar aquella, que vendrá determinado por la clasificación y calificación de los terrenos afectados por los actos típicos, sin que sea aceptable el argumento de considerar que deberá ser susceptible de legalización la construcción si conforme a simples expectativas o especulaciones, tales como futuras modificaciones del planeamiento municipal, podría llegar a ser legal algún día[4]. No puede pasarse por alto que la construcción llevada a cabo en contra de la normativa urbanística vigente en suelo no urbanizable difícilmente podrá ser respetada al ser otorgada a ese suelo una nueva clasificación que permita su transformación a urbano. Si aquella obra pasa a situarse en suelo urbanizable por una modificación del planeamiento, este cambio supondrá la aprobación de instrumentos de planeamiento (plan parcial) y de gestión (proyecto de reparcelación) posteriores, donde aquella construcción ilegal según el planeamiento anterior quedará normalmente abocada a su desaparición, y, como mínimo, no puede suponer un condicionamiento

4. La sentencia del TS 73/2018, de 13 de enero, en relación con la posibilidad de legalización en el futuro de la construcción ilegal, dispone:

> "La expresión *no autorizable* no alude a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto o lejano, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación nos lleva al absurdo: por vía de hipótesis y en abstracto toda calificación es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística.
> Ese elemento del tipo se refiere a la ilegalidad material de la edificación cuando se realiza, por no ajustarse a la ordenación. No basta que se haya levantado sin licencia; es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, lo que excluiría su autorización (*no autorizable*)".

al libre desarrollo del sector por parte del planificador, teniendo en cuenta que se trata del ejercicio de una función pública. Por tanto, estas argumentaciones sobre futuros planeamientos sanadores de las obras ahora ilegales no se pueden acoger.

El Código Penal no sanciona los usos incompatibles como delito, sino las transformaciones del suelo que sean consideradas obras de urbanización, construcciones o edificaciones. No obstante, no puede pasarse por alto que, a efectos de la consideración como autorizables de las referidas conductas, será muy importante comprobar cuál es la finalidad o el uso real que pretenden los autores, dado que este aspecto será determinante en muchas ocasiones en la valoración de los hechos como susceptibles de autorización o no, de conformidad con la normativa urbanística de aplicación.

Así, por ejemplo, puede ser autorizable una edificación para un uso ganadero en suelo no urbanizable común si se dan determinadas circunstancias, pero no tendrá en modo alguno la misma consideración si la edificación se construye con el fin de darle un uso industrial o recreativo en esa misma clase de suelo, dado que va en contra de la propia naturaleza y finalidad de los terrenos que lo conforman. Por tanto, el uso real pretendido con los actos que transforman los terrenos es un aspecto importante para valorar la legalidad de la acción. De ahí que los autores de estas infracciones penales en muchas ocasiones quieran ocultar la verdadera finalidad de sus actos simulando que la construcción estaba asociada a un supuesto uso que podría hacer autorizables las obras. En este sentido no son extrañas alegaciones como que la piscina es realmente una balsa para el riego, o que la casa unifamiliar evidente para cualquiera que la vea es un simple almacén agrícola o una cuadra para caballos.

La determinación del carácter autorizable o no de la acción no puede quedar diferida en el proceso penal a la finalización de un procedimiento contencioso-administrativo que pueda existir en paralelo al proceso penal sobre esa misma cuestión. La jurisdicción penal deberá resolver la cuestión íntimamente ligada a ese delito, sin que pueda plantear una cuestión prejudicial en favor de la jurisdicción contenciosa, conforme dispone el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Mientras se realicen las obras típicas se estará realizando el delito, y una vez estas estén completamente terminadas, entonces se habrá finalizado la acción delictiva, cuestión esta de gran importancia, dado que es a partir de este momento cuando entrará en juego el inicio del cómputo de los plazos de la prescripción de la infracción penal, que, en este delito y en atención a las penas previstas, es de cinco años. A efectos de la determinación de la finalización de los actos delictivos en materia urbanística, aparte de las actas

e informes fotográficos que pueden levantar los agentes de la autoridad y los técnicos, tienen gran interés en los procedimientos penales los ortofotomapas que expide el Instituto Cartográfico y Geológico de Cataluña y que exponen a todo color el estado y la evolución de un determinado terreno a lo largo del tiempo, gracias a las fotografías aéreas que suelen realizarse anualmente sobre el territorio.

Es posible la tentativa en este delito (art. 16 del Código Penal), dado que la forma en que se realiza la descripción de las acciones lo permite. De esta forma, cuando se inician los actos propios de construcción delictivos ya puede decirse que ha comenzado la acción típica, por lo que es posible hablar de tentativa o frustración del delito según el grado de ejecución alcanzado por el autor. En este sentido, la actuación administrativa de protección de la legalidad urbanística puede alcanzar este efecto de evitar la definitiva consumación del delito.

En la práctica es habitual que el proceso constructor delictivo no se limite a una sola acción, como realizar una edificación, sino que se manifieste a través de un conjunto o complejo constructivo con obras no autorizables diversas, que se realicen de manera simultánea o sucesiva en un plano preconcebido o aprovechando la misma ocasión. En estos casos no hablaremos de un solo delito sobre la ordenación del territorio, sino de un delito continuado, figura prevista en el art. 74 del Código Penal. De esta forma puede llegar a ser posible evitar que la prescripción pueda impedir la persecución penal de las construcciones más antiguas del complejo.

En ocasiones la persona investigada por alguna de estas modalidades de construcción ilegal aprovecha el incumplimiento o desorden urbanístico imperante en su municipio para alegar que se ha infringido en su contra el principio de igualdad previsto en el art. 14 de la Constitución, porque hay otros infractores que no son perseguidos; o bien se alega que el entorno ya está afectado por otras construcciones, y por tanto no se afecta ya al bien jurídico protegido, o que no se puede perseguir la acción conforme al principio de la intervención mínima del derecho penal. Estas argumentaciones no podrán prosperar en ningún momento, dado que el hecho de que haya otros infractores no puede suponer una excusa para no poder dirigir la causa en su contra, y además ese principio antes referido va dirigido al legislador y no al juez, que debe aplicar el tipo penal conforme a su redacción[5].

5. La STS 691/2019, de 11 de marzo, se expresa en este sentido, considerando que el principio de intervención mínima se dirige al legislador, no al juez, y que la degradación del entorno en que se encuentra la construcción ilegal no puede suponer que no se haya producido la puesta en peligro del bien jurídico protegido por el art. 319 del Código Penal.

El art. 340 del Código Penal, que contempla una disposición común a todos los delitos contra el medio ambiente y sobre la ordenación del territorio, dispone que si el culpable de los hechos hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a la respectivamente prevista para ese delito. Este precepto es de aplicación siempre y cuando el promotor, constructor o técnico director hayan restaurado la realidad física alterada antes del juicio oral, lo cual puede haberse efectuado por los mismos en el marco del procedimiento administrativo incoado a estos efectos por la Administración, conforme al TRLU y al RPLU. Ahora bien, esta restauración la tendrán que efectuar aquellos y no la Administración por la vía subsidiaria y forzosa que está prevista en dichos textos, porque en este caso no se podrá considerar que estemos ante una actuación propiamente voluntaria, que es lo que justifica la rebaja de pena prevista en aquel precepto.

c) **El dolo.**

La acción delictiva antes descrita solo podrá realizarse de forma dolosa por el promotor, constructor o técnico director, dado que no se prevé expresamente la comisión del delito por negligencia grave.

No será necesario que quien cometa la acción conozca perfectamente la normativa urbanística o sobre la ordenación del territorio que infringe con su actuación transformadora del suelo, dado que basta con la existencia del dolo eventual en el autor, en el sentido de que bastará con que el autor acepte que con ese comportamiento está infringiendo la normativa de aplicación.

En muchas ocasiones suele alegarse por las defensas que el autor, cuando no es un profesional, ha realizado la acción por un error invencible de prohibición del art. 14.3 del Código Penal, al creer que era lícito realizar la construcción. No obstante, esta vía de defensa es normalmente rechazada por los órganos judiciales penales, especialmente cuando se realizan los actos previstos en las modalidades delictivas sin pedir previamente la preceptiva licencia o con exceso o abuso de la otorgada, conforme a la regla básica y de sentido común, al alcance de cualquier persona en la cultura de hoy en día, consistente en que antes de realizar cualquier alteración del suelo es necesario obtener la preceptiva licencia municipal de obras. Incluso, no cuesta nada ir al ayuntamiento a preguntar cuáles son los requisitos para poder realizar las obras. Estas máximas de expe-

riencia deberían impedir la aplicación del error de prohibición como invencible[6].

Cuestión distinta será aquella en que el particular realice la construcción gracias a la obtención de una licencia que sea contraria a derecho, donde difícilmente se podrá hablar de dolo, al tener un título habilitante. Esto siempre y cuando no exista ningún delito antecedente motivador de la autorización, cometido por el particular beneficiario de la licencia de obras (tráfico de influencias, cohecho...).

Elementos diferenciadores de las dos modalidades del delito de construcción ilegal:

a) **Suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público, o suelos especialmente protegidos por determinados valores paisajísticos, ecológicos, artísticos, históricos o culturales, o que por estas razones se consideren de especial protección.**

Como se ha indicado, la figura más grave deberá recaer sobre alguno de los lugares indicados en el art. 319.1 del Código Penal, que tienen una relevante presencia en la legislación urbanística y en el planeamiento urbanístico por el interés general y la función social que cumplen, razones estas que hacen que el Código Penal les otorgue una protección superior a la del resto de suelos que no son susceptibles de urbanización.

Así, se refiere a suelos destinados a viales y zonas verdes, que deberán estar debidamente detallados en el correspondiente plan de ordenación o instrumento derivado, y deben entenderse incluidos también los terrenos que tienen esa finalidad y que todavía no han sido cedidos por los propietarios a la Administración. También puede afectar la acción a los bienes de dominio público, cuya función y propiedad es diversa. Debe considerarse que la construcción en la zona de servidumbre legalmente establecida para proteger estos bienes equivale a la construcción sobre ellos con aplicación de esta figura penal. Por último se hace referencia a la construcción en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. Por tanto, el sue-

6. Sobre la cuestión relativa al elemento subjetivo en estas modalidades, la STS 830/2017, de 18 de diciembre, dispone:

"Por lo tanto, consta que el Tribunal *a quo* ha acreditado de modo contundente el proceder doloso seguido por el acusado. Se ha indicado con anterioridad que esa Sala ha declarado que 'existe la obligación de cerciorarse de la legalidad de la obra a realizar', y quien no solicita licencia antes de comenzar unas obras de una cierta entidad realizadas en una zona suficientemente conocida, pone de manifiesto de modo evidente que sabe que esas obras no pueden ser autorizadas".

lo no urbanizable considerado por el planeamiento municipal como de especial protección por esos concretos valores deberá incluirse entre aquellos, junto con los terrenos protegidos por esas mismas razones por otras figuras, tales como catálogos o espacios naturales protegidos conforme a la Ley de Espacios Naturales 12/1985, de 13 de junio, del Parlamento de Cataluña, o al Decreto 328/1992, de 14 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de espacios de interés natural.

En este sentido los distintos planes territoriales aprobados por el Gobierno de la Generalitat tienen también una gran importancia, dado que determinan los terrenos que deben ser considerados como suelos de protección especial, cuando por sus valores naturales o de conectividad ecológica el referido plan considera que deben integrar una red permanente y continua de espacios abiertos que debe garantizar la biodiversidad y vertebrar el conjunto de espacios abiertos del territorio con sus distintos caracteres y funciones. Incluso terrenos que son considerados como suelos de protección territorial en aquellos planes podrían estar incluidos dentro de esta modalidad del art. 319.1 del Código Penal, si esa inclusión viene determinada por los valores previstos en este precepto. La consideración como suelos de protección especial o territorial conlleva unas limitaciones a las posibilidades de realizar determinadas actuaciones o alteraciones en estos terrenos conforme a aquellos instrumentos urbanísticos, superiores a las previstas en el suelo no urbanizable ordinario o que no tiene ese carácter de protección especial o territorial.

El art. 338 del Código Penal, que prevé una regla común a todos los delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente, dispone que cuando las infracciones afecten a un espacio natural protegido se tendrá que imponer la pena superior en grado a las respectivamente previstas. Por tanto, cuando el delito de construcción ilegal afecte a un espacio natural protegido, porque los hechos se realicen dentro de este, el Tribunal Supremo[7] ha considerado que nos encontraremos al mismo tiempo con el delito del art. 319.1 del Código Penal, dado el carácter de especial protección ambiental de los terrenos, y un

7. Esta solución se recoge, entre otras, en la STS 216/2020, de 22 de mayo, que dispone en relación con esta cuestión:

"Los hechos pueden ser castigados con arreglo a los arts. 319.2 y 338; o con arreglo al art. 319.1. Ambas calificaciones tienen el mismo grado de especialidad (se agrava por el valor ecológico). En un caso, cuando el mismo ha sido reconocido exclusivamente a nivel de planeamiento urbanístico; en el otro, cuando ese reconocimiento es más general. Al ser inaplicable el principio de especialidad (art. 8.1) habrá que acudir a los criterios subsidiarios para solventar esta concurrencia de normas, lo que nos sitúa en el marco del principio de alternatividad. Ha de prevalecer la calificación que pivota sobre los arts. 319.2 y 338 por ser más grave. Así evitarnos el *bis in ídem* que llevó a la Audiencia a eludir la aplicación del art. 338; pero, al mismo tiempo, no arrinconamos ese precepto de forma improcedente haciéndolo inoperante en el ámbito urbanístico".

delito del art. 319.2 con la aplicación del art. 338 del Código Penal, a resolver conforme al art. 8.3 del Código Penal, que resuelve los concursos de normas. Por consiguiente, deberá sancionarse con la infracción más penada, que será la del art. 319.2, con aplicación también del art. 338 del Código Penal.

b) **Suelo no urbanizable.**

El suelo no urbanizable es aquel que define el art. 32 del TRLU, al que se aplica el régimen previsto en los arts. 47 a 51 de ese texto, en los arts. 46 a 62 de su Reglamento (Decreto 305/2006, de 18 de julio) y en los arts. 46 y siguientes del RPLU. De estos preceptos se desprende una restricción muy importante de las posibilidades de edificación en esa clase de suelo, y, en los casos concretos en que es posible, se exige la previa tramitación de un procedimiento para la aprobación de un proyecto de actuación específica de interés público en suelo no urbanizable o de un plan especial urbanístico que tendrán que amparar las transformaciones, con intervención de la Administración municipal y la autonómica, para comprobar estas si la edificación que se propone se ajusta a alguno de los supuestos legales de actos de construcción permitidos en esa clase de suelo y previstos en el art. 47 del TRLU, que se fundamentan en actuaciones que tienen un marcado interés público. Así, encontramos actuaciones como la reconstrucción o rehabilitación de masías y casas rurales a conservar, las edificaciones que deben ser destinadas a actividades o equipamientos de interés general en el medio rural, las propias de una actividad agrícola, ganadera o de explotación de los recursos naturales, las destinadas a alojamiento o vivienda de trabajadores en actividades rústicas, las estaciones de prestación de servicios de la red viaria, las edificaciones destinadas al turismo rural o al *camping*, o las viviendas estrechamente vinculadas a una explotación económica de carácter rústico.

Aunque se hace referencia a que debe ser suelo no urbanizable, dado que mientras no se desarrolle el suelo urbanizable los terrenos que forman parte del mismo deberán mantener el régimen urbanístico del no urbanizable conforme a la normativa urbanística, el Tribunal Supremo ha llegado a aplicar el art. 319.2 del Código Penal a actos de construcción ilegal desarrollados en esta clase de suelo que está reservado para su futuro desarrollo urbano[8].

c) **El derribo de la obra ilícita.**

Esta es una posibilidad que prevé, en caso de condena por los anteriores delitos, el art. 319.3 del Código Penal, cuando establece lo siguien-

8. Esta protección penal de un suelo urbanizable aún no delimitado a través del art. 319.2 del Código Penal se reconoce expresamente en la STS 241/2022, de 16 de marzo.

te: "En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar".

No debe declararse necesariamente esta medida de restauración de la legalidad en caso de condena, sino que el órgano judicial que dicte la sentencia deberá valorar y decidir si la misma es o no procedente, motivándolo expresamente. Pese a este carácter potestativo según el precepto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado reiteradamente que no es aceptable que el autor de una infracción penal pueda gozar de los efectos derivados de esta, por lo que ha establecido una interpretación que viene a considerar el derribo como la consecuencia lógica y necesaria en caso de condena, y que si, excepcionalmente, el órgano judicial no lo acuerda, deberá ser por razones muy justificadas que deberá exponer en la sentencia[9].

Durante la fase de instrucción del procedimiento relativo a estos delitos será de gran relevancia que el juez instructor dicte la resolución correspondiente requiriendo a los presuntos autores la paralización de la obra en caso de que esta no esté del todo finalizada, y, además, que acuerde que el registrador de la propiedad haga la correspondiente anotación preventiva de ese procedimiento penal en el Registro, con el fin de evitar que terceros de buena fe puedan dificultar después la demolición.

Como veremos a continuación, esta tarea del derribo en caso de condena penal puede ser más fácil de llevar a cabo en fase de ejecución de la sentencia, o incluso puede llegar a no ser necesaria si la Administración competente ha cumplido antes con su obligación de protección de la legalidad urbanística en su vertiente de restauración de la realidad física alterada, que nunca puede quedar parada por la existencia del proceso penal.

9. Son muy representativas de esta consideración de acordar la demolición y restauración como regla en caso de condena por estos delitos las STS 691/2019, de 11 de marzo, y 73/2018, de 13 de enero.

3
La relevancia de la protección de la legalidad urbanística de la Administración ante los delitos de construcción ilegal

Conforme al TRLU y el RPLU la potestad de ejercicio de protección de la legalidad urbanística es una función pública que debe ser ejercida de forma preceptiva por la Administración local. Esta es la que hay que suponer que está más cerca de la infracción y la puede conocer con más facilidad (arts. 200, núm. 3, TRLU, y 104, núms. 1 y 3, RPLU).

No obstante, se prevé la posibilidad de que otras Administraciones públicas puedan desarrollar dicha actuación de forma subsidiaria. Así, aunque el ejercicio de dicha función se considera preceptivo y preferente para la Administración municipal, el departamento competente en materia de urbanismo de la Generalitat puede ejercer esa potestad respecto de las infracciones graves o muy graves, en caso de inacción del Ayuntamiento correspondiente a donde se han cometido los hechos, y una vez ha sido requerido al efecto (arts. 106.1 y 107 RPLU). Cuando se trata de suelo no urbanizable y en este se detectan infracciones graves o muy graves, ese departamento puede incoar el procedimiento de protección de la legalidad sin necesidad de requerimiento previo al municipio (art. 106.2), aunque deberá comunicarle el inicio y el final del correspondiente expediente. En estos supuestos se podría deducir fácilmente una omisión por parte de la Administración municipal en el ejercicio de sus funciones que son preceptivas, omisión que en ocasiones podría ser debida a una carencia de medios, por lo que la normativa administrativa ya prevé fórmulas de colaboración institucional. No obstante, en ocasiones la inacción se debe a una falta de voluntad política de perseguir dichas infracciones.

La competencia municipal para promover la protección de la legalidad urbanística es del alcalde o del concejal a quien aquel haya hecho la delegación formal correspondiente, conforme a la legislación sobre régimen local. Si el expediente tiene por objeto la restauración de la realidad física, corresponde su resolución al alcalde (art. 108.a] RPLU), y si tiene por objeto la sanción, corresponderá la resolución al alcalde en caso de infracciones leves y graves, y al pleno municipal en caso de infracciones muy graves (art. 109.1.a] RPLU).

Toda omisión o acción que suponga una vulneración de las determinaciones del TRLU, del planeamiento urbanístico o de las ordenanzas municipales, debe motivar necesariamente el ejercicio de la protección de la legalidad urbanística. Esto implicará que se tendrá que iniciar o instruir un procedimiento administrativo, o varios, para:

— restaurar la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado,

— la imposición de sanciones, y
— la determinación de los daños y perjuicios causados (art. 199 TRLU).

Se podrá realizar, pues, un solo procedimiento que abarque los distintos objetos, o expedientes específicos para cada uno de ellos.

Una vez iniciados, el procedimiento tiene una duración de seis meses desde su incoación, y deberá procederse a declarar su caducidad si transcurrido ese plazo no ha finalizado, lo que obligará a iniciar uno nuevo, sin perjuicio de la posibilidad de su suspensión conforme a las disposiciones generales sobre procedimiento administrativo y las previsiones específicas previstas en el RPLU (arts. 202 TRLU y 115 RPLU).

La incoación del expediente motivado por la omisión o acción constitutiva de infracción urbanística vendrá precedida de una comprobación previa de los hechos transgresores, a través de las inspecciones que puedan realizar las autoridades o los funcionarios públicos municipales o de la Generalitat (art. 202 TRLU). La tarea de inspección urbanística está regulada en el RPLU (arts. 98 a 103), donde se prevé que es preceptiva la inspección para el ejercicio de la función de protección, con la necesidad de que los agentes y funcionarios constaten los hechos en las actas, que deberán tener un contenido específico y detallado, sin perjuicio de la posibilidad de poner de manifiesto las infracciones a través de informes técnicos, otorgando la presunción de certeza al contenido de los documentos.

En la práctica, los agentes del Cuerpo de Agentes Rurales juegan un papel muy relevante en la detección de las infracciones en el suelo no urbanizable de especial protección y ordinario, dado que están habilitados y preparados para llevar a cabo esta tarea con eficacia[10]. Una vez detectan

10. El amparo legal de su actuación lo podemos encontrar en estas disposiciones:
– Ley del Cuerpo de Agentes Rurales de Cataluña (Ley 17/2003, de 4 de julio).
Art. 5.1.g): "En aplicación de la vigente legislación sobre medio ambiente y en el marco de las atribuciones del departamento competente en la materia, corresponde al Cuerpo de Agentes Rurales efectuar la vigilancia, inspección y colaboración en la gestión en las siguientes materias: [...] Cualquier otra actividad que pueda encomendárseles por reglamento en el ámbito del seguimiento y cumplimiento de la legislación sobre medio ambiente".
— Decreto 266/2007, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Cuerpo de Agentes Rurales.
Art. 7.c): "Funciones de vigilancia, inspección y colaboración en la gestión [...] Dentro del ámbito material de los espacios naturales protegidos y de la biodiversidad: [...] las actuaciones urbanísticas, y los impactos ambientales".
Art. 18.c): "Dentro del ámbito material de los espacios naturales protegidos y de la biodiversidad, [...] funciones especializadas [...]: [...] La colaboración en la vigilancia, el control y la inspección de las actuaciones urbanísticas cuando afecten a suelo no urbanizable o especies catalogadas".
— En el año 2014 se firmó el Protocolo de colaboración entre el Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Natural y el Departamento de Territorio y Sostenibilidad, por el que se regula la colaboración del Cuerpo de Agentes Rurales en materia de protección de la legalidad urbanística en suelo no urbanizable, que aún está vigente. En este Protocolo se configura el Cuerpo de Agentes Rurales como instrumento

irregularidades las comunican a los responsables municipales y también al Servicio de protección de la legalidad urbanística de la Generalitat para que estos, según sus competencias, actúen para iniciar la tramitación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, además de que si los agentes consideran que los hechos pueden ser constitutivos de delito urbanístico lo comunican también en la sección de medio ambiente y urbanismo de la correspondiente Fiscalía Provincial.

Se prevé la posibilidad de que ante una presunta infracción urbanística se puedan iniciar actuaciones previas para averiguar los hechos y los posibles responsables a efectos de decidir la incoación del correspondiente procedimiento (art. 111 RPLU). Una vez efectuadas las comprobaciones habrá que iniciar el procedimiento de protección, dado que este se iniciará de oficio, por petición razonada de otros órganos o por denuncia (art. 112.1).

El decreto o decisión de inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística debe ser dictado de forma que pueda ser eficaz y pueda cumplir con las finalidades previstas en la ley, y suele venir precedido de informes técnicos y jurídicos donde se realiza la propuesta de su resolución al responsable político que debe dictarla.

No debe ser ese decreto un simple trámite burocrático, sino que debe contener las herramientas indispensables para conseguir la restauración de la realidad física o el orden jurídico infringido, la sanción y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios que la acción u omisión ilegal haya podido causar.

Por ello, en el acuerdo de iniciación (art. 112 RPLU):

— Se deberá nombrar a una persona como instructora del procedimiento y que será quien lo impulsará de oficio, y también a otra como secretaria, que dará fe.
— La resolución de inicio se comunicará a las personas interesadas para que formulen alegaciones, presenten documentos o justificaciones en el plazo de quince días. Este procedimiento deberá dirigirse contra las personas que hayan realizado la acción u omisión motivadora, y cuando el objeto del expediente sea la restauración de la realidad física y el orden jurídico vulnerado, también contra los titulares de las fincas donde se hayan cometido las infracciones.

eficaz para detectar y perseguir las actuaciones urbanísticas ilegales en suelo no urbanizable, más allá de las que únicamente afecten a los espacios naturales protegidos.

De acuerdo con este Protocolo, se desarrolla un Procedimiento Normalizado de Trabajo en el ámbito del urbanismo, como norma básica que debe enmarcar la actuación operativa de todos los miembros del cuerpo.

No será extraño encontrar incoaciones de procedimientos de protección de la legalidad urbanística en que no se designa a una persona concreta encargada de su impulso y nombrada como instructora, lo que ya pondrá de manifiesto el poco interés de que la función pública salga adelante. Estaremos ante una simple apariencia de que algo se está haciendo.

Si el objeto del inicio del procedimiento es restaurar la realidad física alterada y se constata que la actuación realizada es manifiestamente ilegalizable, se comunicará motivadamente a la persona o personas interesadas y se resolverá también la suspensión provisional e inmediata de las obras que se encuentren en curso de ejecución.

Si se considera que los actos no son manifiestamente ilegalizables, en la decisión de incoación se requerirá a los interesados que soliciten el título habilitante en el plazo de dos meses. Esto podrá suponer una petición posterior del interesado infractor que deberá ser analizada, que comportará el otorgamiento o no de la licencia pertinente dependiendo de si se cumplen los requisitos exigidos por la normativa urbanística, y que motivará la suspensión del procedimiento de protección desde ese requerimiento hasta la resolución que otorgue o deniegue el título habilitante (arts. 115 y 116 RPLU).

Ya hemos indicado que, si las acciones u omisiones son claramente ilegalizables, la medida de suspensión provisional de las obras en curso deberá adoptarse necesariamente con la incoación del procedimiento de protección que tenga por objeto la restauración de la realidad física, medida que es potestativa cuando se trate de actos susceptibles de ser autorizados posteriormente. Aparte de esta medida cautelar hay otras que se pueden adoptar con esa incoación y que pueden tener mucha eficacia, como el precinto o la retirada de la maquinaria y materiales empleados en las obras, la suspensión de los suministros o su contratación, o la prohibición de la primera utilización y ocupación de los edificios y construcciones y la suspensión del otorgamiento de licencias de primera utilización y ocupación parciales. Estas medidas serán ejecutivas desde el momento de su adopción y notificación a las personas interesadas, por lo que la Administración debería ordenar la ejecución forzosa de las mismas (art. 117).

La decisión inicial de medida cautelar de suspensión provisional de las obras antes citada deberá ser ratificada, modificada o revocada en el plazo de quince días desde su notificación a los interesados. Si no se ratifica o modifica, esa medida quedará inmediatamente ineficaz, sin perjuicio de poder dictar una nueva en el procedimiento (art. 118 RPLU).

De acuerdo con la legislación aplicable en materia de inscripción de actos en el Registro de la Propiedad, la resolución de iniciación del procedi-

miento de protección de la legalidad urbanística es inscribible en el citado Registro. Se debe promover obligatoriamente esta inscripción cuando la resolución de iniciación haga referencia a actos que comporten la creación de nuevas fincas registrales, ya sean de parcelación, reparcelación, obra nueva o constitución de un régimen de propiedad horizontal. En caso de que se haya inscrito la resolución de iniciación, se comunicará al Registro de la Propiedad la resolución firme en vía administrativa que ponga fin al procedimiento, al efecto pertinente de conformidad con su legislación reguladora. Por tanto, se trata de una medida cautelar que también es preceptiva, que tiene gran importancia a efectos de evitar posibles terceros de buena fe y que viene a suponer una especie de limitación o carga para el titular de la finca, aunque también en muchas ocasiones se echa de menos en muchos expedientes de protección de la legalidad (art. 113 RPLU).

El procedimiento destinado a la restauración de la realidad deberá concluir resolviendo el derribo de las obras ilegales y la restitución de los terrenos, así como impedir definitivamente los usos que las transformaciones hubieran podido suponer si se constata que las actuaciones son ilegalizables, o si ha transcurrido el plazo de dos meses otorgado al interesado para solicitar el título habilitante y no lo ha hecho o no ha ajustado su actuación al título habilitante. Es importante remarcar que no se limita la restitución al derribo, sino también a impedir los usos de esa acción contraria a la normativa urbanística.

La decisión de conclusión dará al interesado el plazo de un mes para la realización del derribo. Transcurrido este período, si la persona requerida no lo ha llevado a cabo, la Administración podrá realizar la acción por la vía de la ejecución forzosa y a cargo de la persona obligada, con posibilidad de imponerle multas coercitivas (arts. 206 TRLU, y 119 y 128 RPLU).

Si en el curso del referido expediente la persona interesada ha obtenido el título habilitante o ha efectuado la comunicación previa exigida para la acción u omisión urbanística, o bien ha ajustado las obras o actuaciones al título habilitante obtenido, por tratarse de los referidos actos legalizables, entonces el expediente deberá ser objeto de sobreseimiento. No obstante, este sobreseimiento solo afectará al procedimiento que tenga por objeto la restauración o a la parte del expediente que tenga este objeto, porque la decisión no implicará el archivo de la vertiente sancionadora (art. 119.1 RPLU).

Puede ocurrir que las obras o actuaciones estén amparadas en una licencia contraria a la normativa urbanística. En este caso dicho título deberá ser revisado de acuerdo con el procedimiento previsto a estos efectos por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP). Será en los casos

en que la licencia presente una causa de nulidad de pleno derecho (arts. 47 LPACAP y 210 TRLU) cuando el alcalde deberá iniciar el procedimiento de revisión, con audiencia de las personas interesadas y previo informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat que deberá ser aceptado por la Administración que otorgó aquel título. En el curso de la tramitación de ese expediente, si las obras se encuentran en curso se tendrán que suspender cautelarmente. Una vez declarada la nulidad de la licencia deberá restaurarse la realidad física alterada, con el derribo pertinente (art. 208 TRLU). En estos casos de nulidad es evidente que se ha dictado una licencia de obras contraria a derecho, por lo que dicha decisión administrativa ilícita puede ser un indicio de la comisión de un delito sobre la ordenación del territorio del art. 320 del Código Penal por la autoridad o el funcionario público que, sabiendo su injusticia, ha informado a favor de su otorgamiento, o que con ese conocimiento la ha dictado.

Si la licencia no era nula de pleno derecho, sino anulable (art. 48 LPACAP), en este caso deberá realizarse la revisión, con la obtención de la declaración de lesividad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, con audiencia de los interesados y siempre que no hayan transcurrido cuatro años desde el dictado de la resolución viciada. Si se declara la lesividad, se podrá proceder después a la restitución de la realidad física, como ocurría con la revisión por nulidad.

En estos casos de revisión no puede pasarse por alto que quien ha sufragado las obras o actuaciones ha actuado con la confianza de que tenía un título legal, y, por tanto, debe suponerse que ha actuado de buena fe. Por tanto, la Administración que otorgó el título declarado después nulo deberá indemnizarle por los daños y perjuicios causados conforme a la LPACAP, siempre y cuando no exista dolo, culpa o negligencia por parte del beneficiario de la licencia.

Es importante remarcar que la acción pública para la restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico alterado prescribe a los seis años de haberse producido la vulneración de la legalidad urbanística, la finalización de las actuaciones de las actividades ilícitas o el cese de los actos ilícitos. Si dichas actuaciones estaban amparadas en un título ilícito, la acción de restauración prescribirá a los seis años de haberse producido la declaración de nulidad o anulabilidad, ya sea en vía administrativa o por sentencia judicial firme.

Por otra parte, las órdenes de ejecución y las obligaciones derivadas de la declaración de indemnización de daños y perjuicios prescribirán a los seis años.

A pesar de todo lo anterior, debe decirse que la acción para la restauración de la realidad física nunca prescribe en relación con las infracciones de la legalidad urbanística que se producen en terrenos que el planeamiento urbanístico destina al sistema urbanístico de espacios libres públicos o al sistema viario, o clasifica o tiene que clasificar como suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto en el art. 32.a) TRLU, es decir, porque presenta un régimen de protección especial aplicado por la legislación sectorial o el planeamiento territorial que exige esta clasificación por la necesidad o la conveniencia de evitar su transformación a efectos de proteger su interés conector, natural, agrario, paisajístico, forestal o de otro tipo; cuando lo determinan los planes directores; o cuando se trata de terrenos que deben estar sujetos a las servidumbres y limitaciones para la protección del dominio público (art. 207 TRLU).

Esta imprescriptibilidad de la acción de la restauración de la realidad física en estos suelos, que también se extiende a la potestad sancionadora por las infracciones urbanísticas cometidas en los mismos (art. 227.4 TRLU), no puede justificar nunca una relajación o discrecionalidad en el ejercicio de esa función de protección de la legalidad urbanística que es siempre preceptiva. En cuanto se conozca el acto u omisión contraria a la normativa debe procederse a la restauración y a la sanción, porque lo contrario será mantener una situación de ilegalidad que, además, afecta a terrenos respecto de los cuales existe un interés superior para su preservación.

Como ya hemos indicado, la potestad sancionadora urbanística se podrá tramitar en un mismo expediente donde se proceda a la restauración de la legalidad y a la indemnización de los posibles daños y perjuicios, pero también se puede optar por tramitar el expediente sancionador de forma independiente. Sea cual sea la opción escogida por la Administración actuante, lo que está claro es que, una vez constatada la acción u omisión contraria al planeamiento y a la ley, este procedimiento sancionador es obligatorio para aquella incoarlo.

Las infracciones urbanísticas se clasifican en muy graves, graves y leves, y puede advertirse que las modalidades de construcción ilegal delictivas del art. 319 del Código Penal antes comentado se incorporan dentro de aquellas, y, a grandes rasgos, puede decirse que las acciones típicas del art. 319.1 se encuentran tipificadas en el art. 213.a) del TRLU como infracción muy grave y que las del art. 319.2 se encuentran en el art. 214.b) como infracción grave.

El procedimiento sancionador deberá dirigirse contra las personas físicas o jurídicas que sean responsables, aunque solo sea por simple inobservancia. Las personas que tendrán que responder por las infracciones serán las que promuevan, proyecten, dirijan o ejecuten materialmente, sean o no

propietarias del suelo o de las obras afectados. Por tanto, encontramos aquí una correspondencia con los sujetos pasivos del art. 319 comentado, que hace referencia a promotores, constructores y técnicos directores, de modo que estos también tendrán que responder de las infracciones urbanísticas cometidas.

La responsabilidad de las personas infractoras será individual. Las multas que se impongan a las personas responsables de una misma infracción urbanística serán independientes entre sí, salvo que el cumplimiento de las obligaciones legales corresponda a varias personas conjuntamente, supuesto en el que estas personas responden solidariamente de la infracción que cometan y de la multa que les corresponda (art. 135 RPLU).

Se prevé la posibilidad de que los actos tipificados como infracciones muy graves o graves que sean legalizables se conviertan en infracciones urbanísticas leves si, antes de dictarse la resolución en el procedimiento sancionador, los infractores han pedido y conseguido el título habilitante. Por esta razón, el procedimiento sancionador quedará en suspenso si se acredita ante el instructor que se ha presentado la petición de legalización, y hasta que se resuelva aquella pretensión (art. 216 TRLU). Esta es la razón que en muchas ocasiones se esgrime para justificar la no incoación de procedimientos sancionadores y abrir tan solo el destinado a la restauración de la realidad física. Como puede verse, la razón solo podría estar justificada para los actos susceptibles de ser autorizados, dado que si son claramente no legalizables no tiene sentido aquella argumentación y el expediente sancionador debería seguir adelante sin mayores obstáculos. Por otra parte, como se ha indicado, nada impide abrir el procedimiento sancionador y, si se pide por el infractor la legalización ante el órgano competente, está prevista expresamente la referida vía de la suspensión de ese procedimiento mientras se suscita aquella cuestión.

Iniciado el expediente sancionador, deberá realizarse el pertinente pliego de cargos con un contenido mínimo tasado, una vez se ha determinado la existencia de una posible infracción urbanística imputable a personas determinadas, y el mismo deberá ser notificado a dichas personas para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones o presenten los documentos y justificaciones pertinentes (art. 145 RPLU).

Posteriormente, la persona instructora formulará la propuesta de resolución sancionadora, haciendo constar los hechos imputados, la infracción cometida, su tipificación, las personas responsables, el órgano competente para resolver y la multa a imponer. Además, si se tramita el procedimiento con el objeto de la restauración de la realidad física o la indemnización de

daños y perjuicios, también propondrá el instructor las medidas pertinentes en ese sentido.

El instructor deberá proponer el archivo del procedimiento si los hechos no son constitutivos de infracción, esta ha prescrito, la persona responsable ha extinguido su responsabilidad o no se puede conocer quién es (art. 146 RPLU).

La propuesta de resolución será comunicada al presunto infractor a efectos de que pueda realizar alegaciones o aportar pruebas en el plazo de diez días (art. 147 RPLU). El procedimiento finalizará con la imposición de la multa pertinente, a no ser que proceda su archivo por las razones antes referidas.

Se prevé una reducción considerable de las multas en caso de que el infractor efectúe la restauración de la realidad física y abone la indemnización de forma voluntaria antes de que la resolución sancionadora sea firme en vía administrativa, reducción que puede llegar hasta el 80 por ciento del importe, mientras que será del 60 por ciento si los actos restauradores o reparadores se realizan por el infractor después de la firmeza y antes de que la Administración ordene la ejecución de la sanción (art. 142 RPLU).

Si en la tramitación del procedimiento sancionador se considera que los hechos pueden ser constitutivos de ilícito penal, el órgano competente para incoarlo debe comunicarlos a la autoridad judicial y al fiscal. La persona instructora debe suspender el procedimiento sancionador cuando tenga conocimiento de que se está tramitando un proceso judicial penal por los mismos hechos. El procedimiento sancionador debe permanecer suspendido hasta que la resolución judicial penal firme que se dicte se comunique a la Administración que instruye el procedimiento suspendido.

La suspensión del procedimiento sancionador de acuerdo con el apartado 2 no conlleva la suspensión del procedimiento de protección de la legalidad urbanística vulnerada respecto de las medidas de restauración de la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado que haya que adoptar en relación con los mismos hechos, no afecta a las medidas provisionales que puedan haberse adoptado, ni impide adoptar motivadamente otras nuevas (art. 148 RPLU).

Respecto a estas reglas relativas a la conexión entre la infracción penal y la administrativa urbanística, hay que decir que no tiene demasiada lógica la previsión de que los hechos presuntamente delictivos se comuniquen por el órgano administrativo competente para incoar el procedimiento tanto al juez como al fiscal, dado que si aquel abre un procedimiento judicial entonces este no podrá abrir diligencias de investigación sobre los mismos hechos, por impedirlo la normativa procesal y el Estatuto Orgánico del Mi-

nisterio Fiscal. En la práctica las contadas comunicaciones de los consistorios suelen dirigirse solo a la sección de medio ambiente y urbanismo de la correspondiente Fiscalía Provincial, lo que es acertado en atención a la especialización en la investigación de aquellas infracciones por parte de sus integrantes, los cuales, a través de las referidas diligencias de investigación, determinarán si los hechos son constitutivos de delito, y ejercitarán la correspondiente acción penal contra los responsables por la comisión de alguna de las modalidades del art. 319 del Código Penal, comunicándolo al órgano administrativo que facilitó aquella información. En caso de considerar que los hechos no son delictivos, el Ministerio Fiscal lo hará saber también a ese órgano comunicador, para que continúe con el procedimiento sancionador.

También de aquellas reglas cabe remarcar que solo podrá suspenderse el procedimiento sancionador si se inicia un procedimiento judicial penal. Esto significa que la comunicación al fiscal y la iniciación por él de las citadas diligencias de investigación para averiguar los hechos no supone nunca la existencia de un procedimiento penal. Por tanto, el procedimiento administrativo sancionador urbanístico deberá continuar a pesar de dicha actuación de la Fiscalía. Esto es importante tenerlo en cuenta, porque muchas veces los ayuntamientos comunican los hechos presuntamente criminales al fiscal e inmediatamente suspenden ese expediente sancionador, lo que es contrario a las disposiciones mencionadas del RPLU.

Mucha importancia tiene que, mientras el inicio del procedimiento judicial penal supondrá la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, este mismo efecto no se producirá en relación con la potestad de restauración de la realidad física y el orden jurídico vulnerado, dado que esta tarea habrá de seguir su curso con independencia de ese proceso.

En caso de que la Administración acabe imponiendo la multa correspondiente por una infracción urbanística sobre hechos que después son considerados delito por el órgano judicial, a efectos de no infringir el principio *non bis in idem* se considera que el importe de la multa abonada a la Administración deberá descontarse de la multa impuesta después por la jurisdicción penal[11].

La resolución que ponga punto y final al procedimiento penal sobre presuntas transgresiones urbanísticas objeto del procedimiento sancionador suspendido vinculará a este, de modo que la declaración de hechos que la resolución judicial haga deberá ser respetada por la Administración en ese expediente administrativo.

11. Así lo contemplan las STC 2/2003, de 16 de enero, 48/2007, de 12 de marzo, y 91/2008, de 21 de julio.

Está claro que el cumplimiento de las anteriores disposiciones reduciría notablemente la posibilidad de comisión de las modalidades de delitos de construcción ilegal antes mencionados, o, al menos, impediría su total consumación con finalización de las obras de urbanización, construcciones y edificaciones y su uso ilícito, como suele ocurrir en la práctica.

Algunos aspectos se pueden poner de manifiesto de acuerdo con la experiencia acumulada por quien suscribe este trabajo:

— Ante cualquier infracción urbanística es preceptivo incoar un procedimiento de protección de la legalidad urbanística, que no debe limitarse al aspecto de la restauración de la realidad física obviando el aspecto sancionador.
— Si en ese expediente se advierte por quien lo impulsa que los hechos pueden ser constitutivos de un delito sobre la ordenación del territorio, estos deben comunicarse al Ministerio Fiscal. Este traslado no implica que el procedimiento sancionador administrativo pueda suspenderse, dado que todavía no habrá procedimiento judicial incoado.
— Los procedimientos de protección deben tramitarse para ser eficaces y no como simple trámite o apariencia, lo que puede ser un indicio de la comisión del delito del art. 320 del Código Penal por parte de los responsables de su tramitación, en cuanto se pueda considerar que se están silenciando infracciones urbanísticas por aquellos de forma intencionada.
— Si se conocen los hechos delictivos constitutivos de ese delito por el órgano judicial o el Ministerio Fiscal, las actuaciones pasivas de la Administración serán finalmente conocidas por estos, porque siempre pedirán al ayuntamiento correspondiente a donde se ha cometido la infracción que ponga de manifiesto las actuaciones que se hayan llevado a cabo para proteger la legalidad urbanística.
— En caso de carencia de medios personales para la iniciación y tramitación de estos expedientes urbanísticos de protección por parte de la Administración municipal, será necesario que el alcalde pida el auxilio pertinente a otros organismos públicos, de acuerdo con los principios de colaboración administrativa que prevé la normativa administrativa (Área Metropolitana de Barcelona, Diputación Provincial, Generalitat). Esas posibles deficiencias nunca pueden ser excusa para la no incoación o la tramitación ineficaz de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística, especialmente cuando dichas carencias ya son conocidas hace tiempo por los responsables municipales.

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de mayo a 1 de septiembre de 2023)*

Víctor Escartín Escudé
Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Sala Tercera).
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

1. Introducción

2. Régimen local

2.1. Selección de los funcionarios de carrera en el ámbito de la Administración local

2.2. La declaración de reprobación de los concejales por el pleno del ayuntamiento forma parte del ejercicio de su función de control y fiscalización, siempre que concurran razones de interés general, de modo ponderado y guardando la debida proporcionalidad

2.3. Falta de cobertura reglamentaria de las entidades locales en relación con el desarrollo de la carrera horizontal de sus funcionarios durante la vigencia del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 cuando no se ha dictado ley estatal o autonómica

3. Empleo público

3.1. De nuevo, buena fe y confianza legítima ante la anulación de un proceso selectivo

3.2. Funcionario en comisión de servicios que resulta adjudicatario de una plaza en un concurso de méritos. Vacante de plaza

4. Tributos

4.1. Recargo sobre el IBI del Área Metropolitana de Barcelona

4.2. IBI. Áreas metropolitanas. Exenciones para bienes rústicos

4.3. Tarifa del suministro en alta a los ayuntamientos integrados en una entidad metropolitana. Tarifa integrada por cuota fija en función del número de habitantes y por cuota variable en función del consumo

* Crónica realizada sobre la base de las sentencias publicadas en el fondo documental del CENDOJ a fecha de 7 de octubre de 2023. En caso de existir algún pronunciamiento de interés, correspondiente a los últimos días de julio, que no haya sido publicado a la fecha de entrega de esta crónica, se incorporará a la crónica del próximo número de la revista.

4.4. Un ayuntamiento no puede establecer diferencias cuantitativas en una tasa por la utilización de frontones, piscinas e instalaciones polideportivas municipales, atendiendo a que los usuarios estén o no empadronados en el municipio, al no erigirse el empadronamiento, en este caso, en un criterio razonable y objetivo a los efectos de justificar aquellas

4.5. Valor catastral individual derivado de valoración colectiva

4.6. Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Jerez de los Caballeros. Tasa por utilización privativa o especial del demanio local en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros. Posibilidad de fijar la cuota tributaria por convenio de colaboración

4.7. Tasa por prestación de servicios en galerías municipales. Compatibilidad con la tasa que grava la utilización privativa y el aprovechamiento especial de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros

5. Urbanismo y medio ambiente

5.1. Urbanismo. Modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación. Principio de no regresión en materia de protección ambiental

5.2. Urbanismo. Modificación de planeamiento: exigibilidad del trámite de consulta pública (participación ciudadana en el procedimiento de elaboración normativa) que contempla el artículo 133.1 de la Ley 39/2015

5.3. Acción de responsabilidad patrimonial por daños causados por anulación judicial de licencia urbanística. *Dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción

6. Contratos del sector público

6.1. Contratos públicos. Solvencia técnica. Seguro de responsabilidad civil. Valoración de la experiencia del técnico como criterio de adjudicación y para acreditar la solvencia técnica del contrato

6.2. Contrato de obra. Certificación final de obra. *Dies a quo* para el cómputo de los intereses de demora

6.3. Extinción de concesión por rescate. Interés público justificativo del rescate. El caso de la concesión del túnel de Sóller

6.4. Liquidación económica de un contrato de concesión administrativa. Inversiones realizadas por el concesionario como mejora del objeto del contrato. Principio de riesgo y ventura

7. Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia y deporte)

7.1. Subvenciones. Superación del límite de recepción de ayudas sometidas al régimen *de minimis* del Reglamento (UE) 1407/2013. Aplicación del principio de proporcionalidad en la obligación de reintegro

7.2. Subvenciones: declaración de terminación de procedimiento de reintegro como condición de validez para la incoación de un nuevo procedimiento

7.3. Sanción de clausura de estadio municipal de fútbol. No hay infracción del principio *non bis in idem* porque las sanciones impuestas, aun debiéndose a los mismos hechos y recayendo sobre la misma sociedad anónima deportiva, tienen distinto fundamento jurídico

1
Introducción

En la presente crónica se ha tratado de compilar, con vocación sistemática, la principal doctrina jurisprudencial emanada de las distintas secciones de Enjuiciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa al régimen jurídico y de funcionamiento de las entidades locales. Por ello, además de incluirse los principales pronunciamientos en los que, por estrictos motivos subjetivos, se hallan implicadas entidades locales (en los que, por lo común, se interpretan, directamente, aspectos del régimen jurídico local), también se incluye el análisis de otras sentencias que fijan doctrina jurisprudencial en materias generales que afectan a la praxis administrativa habitual de las entidades locales, ya sea en materia de contratos del sector público, ya en materia tributaria, en empleo público, urbanismo o en la actividad subvencional, entre otras. La crónica se presenta, por tanto, estructurada en epígrafes que agrupan pronunciamientos del Tribunal Supremo sistematizados por razón de la materia, enunciándose cada uno de estos pronunciamientos con un título-resumen representativo de su contenido, sus antecedentes fácticos, la cuestión de interés casacional planteada, la normativa interpretada y, finalmente, la doctrina jurisprudencial que se fija en respuesta a la cuestión suscitada.

2
Régimen local

2.1
Selección de los funcionarios de carrera en el ámbito de la Administración local

La sentencia de 18 de julio de 2023 (rec. 4284/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) fija una interesante doctrina jurisprudencial en relación con el sistema de selección de los funcionarios de carrera en el ámbito de

la Administración local, dilucidando si, para la selección de sus funcionarios de carrera, los entes locales cuentan con libertad para elegir entre los sistemas de oposición y concurso-oposición, o prevalece la regla general de la opción por el sistema de oposición.

De esta forma, en el auto de admisión del recurso se precisa, como cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la determinación de si "las entidades locales, para la selección de sus funcionarios de carrera, cuentan con libertad de elección entre los sistemas de oposición y concurso-oposición, o prevalece la regla general de la opción por el sistema de oposición prevista en el artículo 2 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio , por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local".

Para ello, se identifican como preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación: el artículo 2 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local, y el artículo 61.6 del 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.

La Sala concluye, tras una interesante argumentación, que en el ámbito del régimen local se mantiene la vigencia del artículo 2 del Real Decreto 896/1991, como norma de desarrollo conforme a la cual se da preferencia a la oposición. Tal preferencia es la que la Administración del Estado establece para seleccionar a su propio funcionariado: en desarrollo de la Ley 30/1984, el artículo 4, segundo inciso, del Reglamento de Ingreso aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, fija la oposición como sistema selectivo prioritario.

En consecuencia, declara, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada y como doctrina jurisprudencial, que "se mantiene la vigencia del artículo 2 del Real Decreto 896/1991 como norma especial aplicable a la selección de los funcionarios de carrera de la Administración Local, por lo que el sistema de oposición es el general y el concurso-oposición será el aplicable cuando así se justifique por ser más adecuado atendiendo a la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar".

2.2
La declaración de reprobación de los concejales por el pleno del ayuntamiento forma parte del ejercicio de su función de control y fiscalización, siempre que concurran razones de interés general, de modo ponderado y guardando la debida proporcionalidad

En la sentencia de 26 de junio de 2023 (rec. 6327/2021, ponente Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo), se plantea ante el Tribunal Supremo la cuestión de si forma parte del haz de competencias locales la adopción de los acuerdos de reprobación de las personas que ejercen cargos representativos en el ayuntamiento, examinando si dichos acuerdos pueden ampararse o no en la libertad de expresión y crítica respecto de las personas que ejercen cargos de relevancia política y en el principio de legalidad en la adopción de los acuerdos y el procedimiento a seguir para su adopción. Todo ello en confirmación, matización o rectificación de la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala Tercera de 17 de julio de 1998, 23 de junio de 1999 y 24 de noviembre de 2003.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 1, 2 y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española y la garantía institucional de la autonomía local.

Tras una interesante reflexión, la Sala, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, concluye que el pleno, en el ejercicio de su función de control y fiscalización, puede aprobar declaraciones de reprobación, siempre que "se refieran cuestiones que afecten al círculo de intereses municipales, concurran razones de interés general debidamente justificadas, y siempre que lo haga de modo ponderado y guardando la debida proporcionalidad".

2.3
Falta de cobertura reglamentaria de las entidades locales en relación con el desarrollo de la carrera horizontal de sus funcionarios durante la vigencia del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 cuando no se ha dictado ley estatal o autonómica

La sentencia de 13 de junio de 2023 (rec. 3654/2021, ponente María del Pilar Teso Gamella) resuelve el recurso de casación deducido por la Abogacía del Estado en el que se cuestiona si se ajusta a derecho la aprobación, por par-

te de una entidad local, de un reglamento para el desarrollo de la carrera horizontal de sus funcionarios, teniendo presente la disposición final 4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en ausencia, en su ámbito de aplicación, de las leyes de Función Pública a las que alude el artículo 16.3 del citado texto legal, todo ello en el marco de los artículos 137 y 149.1.18 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional en la materia.

Consecuentemente, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación el artículo 16.3 y la disposición final 4, apartado 2, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (actual 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), así como los artículos 137 y 149.1.18 de la Constitución.

La Sala, reafirmando su jurisprudencia sobre la norma transitoria de aplicación —sentencias de 27 de abril de 2022 (recurso núm. 2116/2020), de 28 de abril de 2022 (recursos núms. 710/2020 y 1624/2020) y de 5 de mayo de 2022 (recurso núm. 1558/2020)—, concluye lo siguiente:

> "Todo ello sujeto al desarrollo que efectúen las leyes autonómicas que se dicten en su desarrollo ex disposición final cuarta, apartado segundo, del EBEP de 2007 (hoy disposición final cuarta, apartado primero, del EBEP de 2015). La regulación que contiene el Decreto Legislativo autonómico de 1997, referida a los casos de nombramiento por sistema de concurso, contempla en exclusiva un supuesto de remoción individualizada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición, o por evidente falta de capacidad para el puesto, que tiene su origen en las previsiones del artículo 21.1.e) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, precepto carente de vigencia tras ser derogado por el EBEP de 2007. Esa norma autonómica no fija previamente el sistema de valoración del rendimiento aplicable a diversos aspectos de la relación funcionarial, sino regula la evaluación como un mecanismo individualizado de reacción ante posibles incumplimientos en el desempeño del puesto obtenido por concurso y con consecuencias de carácter gravoso. Prueba de las evidentes diferencias entre la regulación del EBEP y de la norma autonómica que se invoca para suplir su falta de desarrollo, a fin de dar cobertura al desarrollo del artículo 20 y, por tanto, la inexistencia de esa regulación de cobertura sobre el evaluación el desempeño y sus efectos, es que el propio Decreto impugnado, en su artículo 21.2.c) establecía que 'Con esta finalidad, el Departamento de Enseñanza, mediante orden del consejero o consejera, debe establecer los sistemas objetivos que permitan evaluar el

cumplimiento del profesorado, según criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no-discriminación, garantizando los derechos de información y audiencia previa del personal afectado'. A lo dicho cabe reiterar, de acuerdo con la parte recurrida en casación, que el contenido del artículo 75 del Decreto Legislativo 1/1997 se corresponde con el artículo 20.1.e) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, expresamente derogado por el EBEP —disposición derogatoria única, apartado b) del EBEP de 2007 y de 2015. Como hemos dicho el régimen individualizado de evaluación es diferente de la regulación del artículo 20 del EBEP. Así pues, esa norma autonómica de rango legal no puede suplir el desarrollo legislativo que exige la plena eficacia del artículo 20 del EBEP y no permite su aplicación al amparo de su disposición final cuarta. Por todo ello, la respuesta a la primera de las cuestiones de interés casacional, ajustada al supuesto de hecho analizado, es que: tratándose de personal docente no universitario, la Administración autonómica catalana no puede regular reglamentariamente la remoción del puesto obtenido por concurso, por evaluación negativa del cumplimiento, con apoyo en el artículo 75 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre , por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, siendo necesario el desarrollo legislativo previsto en la disposición final cuarta del EBEP".

3
Empleo público

3.1
De nuevo, buena fe y confianza legítima ante la anulación de un proceso selectivo

Las sentencias de 13 de julio de 2023 (rec. 3334/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez) y 18 de julio de 2023 (rec. 4284/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) resuelven sendos recursos de casación en los que se analizan las consecuencias de la anulación de un proceso selectivo en el Banco de España respecto de los aspirantes de buena fe que superaron dicho proceso selectivo.

Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo y que se resuelven en las referidas sentencias son las siguientes:

> "1ª.— Determinar si la falta de previsión en las bases de convocatoria, de la posibilidad de que el tribunal calificador delegue su competencia en la valoración de los candidatos, impide, en todo caso, tal delegación. 2ª Matizar, si procede, la jurisprudencia referida a los terceros de buena fe. En concreto para determinar aquellos que superaron el proceso selectivo, y obtuvieron plaza, al retrotraerse el procedimiento se infringe su buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica en el caso de no superar esa fase en la que se apreció la nulidad".

De esta forma, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación tanto "la jurisprudencia relativa a 'los aspirantes de buena fe'" como "los artículos 9 apartados 1 y 2, y 17 apartado 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público".

La Sala estima parcialmente el recurso de casación y, como respuesta a la primera cuestión de interés casacional formulada, se establece como doctrina jurisprudencial la siguiente:

> "[...] a falta de previsión en las bases de la convocatoria del proceso selectivo o por no preverlo con carácter general la normativa que regule el proceso selectivo, no cabe que un órgano de selección o tribunal calificador delegue la valoración de los aspirantes, si bien podrá contar con la colaboración o auxilio de expertos o asesores para valorar y evaluar conocimientos, habilidades o exigencias técnicas de los aspirantes".

Y respecto a la segunda de las cuestiones, sin duda de mayor interés teórico, la Sala reitera y confirma su jurisprudencia, primero de la antigua Sección Séptima y ahora de la Sección Cuarta, en el sentido de que "aquellos aspirantes que superan un proceso selectivo anulado o declarado nulo, y obtuvieron plaza, deben ver respetada su situación cuando sean ajenos a la causa determinante de la nulidad o anulación y así se justifique por el tiempo transcurrido desde la obtención de la plaza. En tales supuestos venimos manteniendo que no debe verse afectada la situación de quienes fueron nombrados en su día porque así lo exigen razones de buena fe, de confianza legítima, de seguridad jurídica y de equidad, sin exceder en este caso de lo previsto en el artículo 3.2 del Código Civil. Este criterio descansa principalmente, por un lado, en el hecho de que las infracciones determinantes de la invalidez del proceso selectivo son imputables exclusivamente a la Administración mientras que los aspirantes que lograron el nombramiento son ajenos a ellas. Por otro lado, se apoya en que el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el proceso selectivo en cuestión priva de justificación y proporción a dejar sin efecto las situaciones jurídicas creadas por esa actuación administrativa que se han asentado durante años. En fin, tiene en cuenta esta jurisprudencia que cabe satisfacer plenamente el derecho del aspirante que ha visto prosperar

sus pretensiones sin necesidad de deshacer todo lo anterior". Por todo ello, la Sala concluye que "no procede modificar la jurisprudencia sobre los terceros de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos en los que, por sentencia firme, se dispone la retroacción de las actuaciones a fin de que se sigan por los recurrentes a favor de los que falla las fases del proceso selectivo afectadas de los vicios determinantes de la estimación de sus pretensiones".

3.2
Funcionario en comisión de servicios que resulta adjudicatario de una plaza en un concurso de méritos. Vacante de plaza

En la sentencia de 8 de mayo de 2023 (rec. 4363/2020, ponente Celsa Pico Lorenzo) se plantea ante el Tribunal Supremo la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar, en aquellos casos en los que un funcionario que preste servicios en régimen de comisión de servicios resulte adjudicatario de una plaza en un concurso de méritos, si debe considerarse como vacante por resulta la plaza que el mismo venía desempeñando en aquel régimen o la plaza que tiene adjudicada en origen antes de pasar a tal situación.

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 48.2 y 49.1 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, así como el artículo 2 del Real Decreto 997/1989, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo en la Dirección General de la Policía.

La respuesta a la cuestión de interés casacional es que, en aquellos casos en los que un funcionario que presta servicios en régimen de comisión de servicios resulta adjudicatario de una plaza en un concurso de méritos, debe considerarse como vacante por resulta la plaza que tenía adjudicada en origen antes de pasar a la situación de comisión de servicios.

4
Tributos

4.1
Recargo sobre el IBI del Área Metropolitana de Barcelona

La sentencia de 29 de junio de 2022 (rec. 2366/2020, ponente Dimitry Berberoff Ayuda) responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo

para la formación de jurisprudencia consistente en determinar si las áreas metropolitanas tienen potestad para establecer distintos tipos de gravamen en el recargo del IBI en función de la clase de bien inmueble, mediante ordenanza fiscal, o la ley limita su autonomía en este ámbito al permitir que se establezca un recargo sobre dicho tributo de hasta un máximo del 0,2 % del tipo de gravamen, pero único para todos los municipios y tipos de bienes.

La Sala, a la hora de resolver el asunto, se remite a las sentencias 823/2023, de 20 de junio, rca. 77/2022; Tribunal Supremo (Contencioso), secc. 2.ª, S 19 de junio de 2023, n.º 811/2023, de 19 de junio, rca. 8741/2021; y 810/2023, de 16 de junio, rca. 8433/2021, en las que se aborda idéntica cuestión, sin entrar en el fondo del asunto, al concluirse "la imposibilidad de revisar la anulación del artículo 6 de la Ordenanza ante la circunstancia de que dicho precepto había sido ya anulado por sentencias anteriores de la propia Sala de Barcelona como, efectivamente, aduce y demuestra la entidad contribuyente".

4.2
IBI. Áreas metropolitanas. Exenciones para bienes rústicos

La sentencia de 16 de junio de 2023 (rec. 8433/2021, ponente Francisco José Navarro Sanchís) resuelve el recurso deducido por Naturgy Generación, S.L.U., contra la sentencia n.º 3750/2021, de 20 de septiembre, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Se plantean, como cuestiones de interés casacional para la formación de jurisprudencia, las siguientes:

El objeto de este recurso de casación consiste, desde la perspectiva del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, en determinar si un área metropolitana puede establecer, mediante la ordenanza fiscal reguladora del recargo del impuesto sobre bienes inmuebles, una exención en dicho recargo para determinados sujetos pasivos que se encuentren sujetos y no exentos en el impuesto sobre bienes inmuebles. Y, en segundo lugar, si un área metropolitana puede establecer, mediante la ordenanza fiscal reguladora del recargo del impuesto sobre bienes inmuebles, una reducción a la cuota íntegra de dicho recargo con amparo en la previsión legal de un beneficio fiscal en el ámbito del impuesto sobre bienes inmuebles y, en particular, en la contenida en el artículo 74.2 del TRLHL. En caso de respuesta afirmativa, determinar si la ordenanza fiscal puede excluir la aplicación de tal reducción para determinados bienes inmuebles en atención a su naturaleza.

La Sala, tomando en consideración como precedente necesario la STS de 10 de marzo de 2022, pronunciada en el recurso de casación n.º 2542/2020, que

resolvió el interpuesto por el Área Metropolitana de Barcelona —AMB—, da respuesta a las dos cuestiones planteadas fijando la siguiente doctrina: 1) Un área metropolitana no puede establecer, mediante la ordenanza fiscal reguladora del recargo del impuesto sobre bienes inmuebles, conforme con la habilitación establecida en el artículo 153.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, una exención en dicho recargo para determinados sujetos pasivos que se encuentren sujetos y no exentos en el impuesto sobre bienes inmuebles, como lo son los bienes inmuebles rústicos. 2) Por las mismas razones, un área metropolitana no puede establecer, en la ordenanza fiscal reguladora del recargo del impuesto sobre bienes inmuebles, una reducción a la cuota íntegra del dicho recargo con amparo en la previsión contenida en el artículo 74.2 TRLHL. En cualquier caso, es improcedente excluir determinadas clases de bienes, como los BICE, de ese sistema de reducciones.

4.3
Tarifa del suministro en alta a los ayuntamientos integrados en una entidad metropolitana. Tarifa integrada por cuota fija en función del número de habitantes y por cuota variable en función del consumo

Resolviendo el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Alfafar (Valencia), la sentencia de 17 de julio de 2023 (rec. 413/2022, ponente Rafael Toledano Cantero) interpreta el artículo 111 Bis del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y da respuesta a la cuestión de interés casacional consistente en esclarecer "si resulta compatible con los principios del uso eficiente del agua, repercusión de costes, sostenibilidad y solidaridad, una tarifa de abastecimiento del agua potable como la examinada, que incluye una cuota fija, en función del número de habitantes del municipio que figuran en el Padrón municipal, y otra variable, en función del consumo, imputando la mayor proporción del coste a la cuota fija".

La Sala establece como doctrina jurisprudencial que, en un caso como el que es objeto de enjuiciamiento, la estructura tarifaria del suministro en alta a los ayuntamientos integrados en un entidad metropolitana es compatible con los principios del uso eficiente del agua, repercusión de costes, sostenibilidad y solidaridad, una tarifa de abastecimiento del agua potable como la examinada, que incluye una cuota fija, en función del número de habitantes del municipio que figuran en el padrón municipal, y otra variable, en función del consumo, imputando la mayor proporción del coste a la cuota fija.

4.4
Un ayuntamiento no puede establecer diferencias cuantitativas en una tasa por la utilización de frontones, piscinas e instalaciones polideportivas municipales, atendiendo a que los usuarios estén o no empadronados en el municipio, al no erigirse el empadronamiento, en este caso, en un criterio razonable y objetivo a los efectos de justificar aquellas

La sentencia, de 20 de julio de 2023 (rec. 4638/2021, ponente Dimitry Berberoff Ayuda), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en determinar si "un ayuntamiento, en el marco de las competencias que emanan del principio de autonomía local, entre las que está la capacidad, en general, de determinación de su política tarifaria, y en el ámbito de su potestad para ofertar voluntariamente determinados servicios de prestación y recepción no obligatoria, puede establecer una diferenciación en el importe correspondiente a las tasas (en el presente caso gravando el uso de instalaciones deportivas) por razón de empadronamiento o, por el contrario, si la corporación municipal decide voluntariamente ofrecer dicho servicio, debe hacerlo en condiciones de igualdad para los usuarios, según resulta del artículo 150 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y, en general, prestarlo conforme al mismo régimen jurídico que resultaría de aplicación a ese servicio cuando es de prestación obligatoria, sin que pueda incorporar discriminaciones injustificadas para los empadronados en otros municipios".

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación: (i) los artículos 14 y 140 de la Constitución Española; (ii) el artículo 18.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el concepto de vecino asociado a la inscripción en el padrón municipal del artículo 15 LBRL, y (iii) los artículos 30 y 31 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en relación con los artículos 149.1 y 150 del mismo texto legal.

La Sala establece como doctrina jurisprudencial en respuesta a la cuestión de interés casacional la siguiente:

> "Un ayuntamiento no puede establecer diferencias cuantitativas en una tasa por la utilización de frontones, piscinas e instalaciones polideportivas municipales, atendiendo a que los usuarios estén o no empadronados en el municipio, al no erigirse el empadronamiento, en este caso, en un criterio razonable y objetivo a los efectos de justificar aquellas".

4.5
Valor catastral individual derivado de valoración colectiva

En la sentencia de 7 de julio de 2023 (rec. 5535/2019, ponente Rafael Toledano Cantero) se plantea como cuestión de interés casacional si "es posible sustituir el valor catastral determinado a partir de la ponencia de valores por el valor comprobado en el seno de un procedimiento de comprobación de un impuesto ajeno al IBI".

En el auto de admisión del recurso se identificaron como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 4, 23, 24 y 25 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, en relación con el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana.

La Sala, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, fija como doctrina jurisprudencial que no es ajustado a derecho sustituir el valor catastral determinado a partir de la ponencia de valores por el valor comprobado en el seno de un procedimiento de comprobación de un impuesto ajeno, sin perjuicio de que resulta posible desvirtuar la relación entre el valor catastral, calculado conforme a los criterios de la ponencia de valores, y el valor de mercado, aportando las pruebas que el interesado tenga por conveniente, y acreditativas de que el valor catastral así fijado es superior al valor de mercado. Mientras no sea así, la ponencia de valores, como acto administrativo, despliega todos sus efectos.

4.6
Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Jerez de los Caballeros. Tasa por utilización privativa o especial del demanio local en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros. Posibilidad de fijar la cuota tributaria por convenio de colaboración

Resolviendo el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Jerez de los Caballeros (Badajoz), la sentencia de 19 de junio de 2023 (rec. 6000/2021, ponente Esperanza Córdoba Castroverde) da respuesta a la cuestión de interés casacional consistente en determinar "si la previsión contenida en una ordenanza fiscal, posibilitando que el tipo de gravamen de una tasa exigida por el ayuntamiento en concepto de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local sea fijado de

mutuo acuerdo entre la Corporación local y los contribuyentes, mediante la celebración de un convenio de colaboración, contraviene los principios de legalidad, seguridad jurídica y no disponibilidad del crédito tributario".

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación: los artículos 16, 24 y 27 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; 18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre; y 9.3 de la Constitución.

La Sala, sobre la base de lo previamente dicho en la STS 726/2022, de 14 de junio de 2022 (rec. cas. 4843/2020), responde a las cuestiones de interés casacional planteadas y establece como doctrina jurisprudencial la siguiente:

> "La exigibilidad de una tasa municipal deriva de la ley y, en su desarrollo, de la ordenanza correspondiente, sin que sea admisible que su exigencia o no y, en el caso primero, su cuantificación, se haga depender de un convenio o acuerdo con el contribuyente. 2) Los tributos locales y, en especial, las tasas, dado su carácter potestativo como modalidad de financiación de servicios públicos de competencia local, requieren de la ordenanza correspondiente, que ha de respetar la ley de haciendas locales y la demás legislación que sea de aplicación, sin que, en caso de discordancia, sea posible prescindir de los términos de la ordenanza ilegal y girar el tributo conforme a las directas previsiones de la ley. 3) En caso de hechos imponibles tipificados en el artículo 24.1.a) del TRLHL, la tasa se cuantifica, conforme a la ley, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas, sin que sea lícito sustituir el importe por una tarifa basada en el número de metros lineales o cuadrados, según los casos, que se multiplica por una cantidad unitaria por cada metro [...]".

4.7
Tasa por prestación de servicios en galerías municipales. Compatibilidad con la tasa que grava la utilización privativa y el aprovechamiento especial de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros

En sentencias, de 25 de mayo y sendas de 18 de mayo, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 6982/2021, 7476/2021 y 7178/2021 (ponentes Rafael Toledano Cantero y Esperanza Córdoba Castroverde), la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo responde la cuestión de interés casacional consistente en determinar si "las tasas exigidas por el

Ayuntamiento de Madrid por los servicios públicos consistentes en la vigilancia, conservación o reparación prestados en relación con galerías municipales y que afecten a los usuarios de las mismas, resultan compatibles con las que gravan la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario".

Son objeto de interpretación: (i) el artículo 24.1.c) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; (ii) el artículo 2 de la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid reguladora de la Tasa por Prestación de Servicios en Galerías Municipales, de 9 de octubre de 2001, y (iii) el artículo 12 de la Ley General Tributaria.

Como respuesta a la cuestión planteada, las referidas sentencias establecen como doctrina jurisprudencial que la tasa examinada, exigida por el Ayuntamiento de Madrid por la prestación de servicios públicos tales como la vigilancia, conservación o reparación en relación con galerías municipales, y que afecten a los usuarios de las mismas, resulta compatible con la tasa que grava la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario.

5
Urbanismo y medio ambiente

5.1
Urbanismo. Modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación. Principio de no regresión en materia de protección ambiental

La sentencia de 30 de junio de 2023 (rec. 7738/2021, ponente Ángeles Huet de Sande) resuelve un asunto en el que se plantea como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la consistente en determinar si la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 45 de la CE, y 3, 4, 5.e), 7 y 22.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y la disposición adicional segunda de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en relación con el artículo 25 a) y b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

La interpretación que fija esta sentencia como respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es que la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental y determinar la invalidez del plan, tras la adecuada ponderación sobre la ausencia de razones de interés público prevalente justificativas de la modificación claramente identificadas y razonadas por el planificador.

5.2
Urbanismo. Modificación de planeamiento: exigibilidad del trámite de consulta pública (participación ciudadana en el procedimiento de elaboración normativa) que contempla el artículo 133.1 de la Ley 39/2015

Nuevamente, el Tribunal Supremo se pronuncia, en su sentencia de 26 de junio de 2023 (rec. 1966/2022, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy), al hilo de determinar si en la elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico —jurisprudencialmente considerados disposiciones de carácter general— es aplicable el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

A este respecto, se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación el artículo 133.1 en relación con la disposición adicional 1.ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La Sala, a la hora de responder esta interesante cuestión, recuerda que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el debate que se suscita en la presente casación, en concreto, en la STS 133/2023, de 6 de febrero, dictada en el recurso de casación 1337/2022 (ECLI:ES:TS:2023:290), en la que se había impugnado una sentencia del mismo Tribunal de Cataluña, con idéntico objeto que el presente.

No obstante, la cuestión aquí delimitada es más concreta y es la de si para la aprobación de estos instrumentos de ordenación territorial deben seguirse, de manera imperativa, la normativa estatal o incluso la autonómica específicamente establecida para la aprobación de los reglamentos, dada la naturaleza reglamentaria de dichos instrumentos.

De esta forma, la Sala concluye (fijando doctrina jurisprudencial) que, en el ámbito urbanístico, la legislación sectorial, ahora competencia de las comunidades autónomas, contempla una normativa que regula pormenorizadamente la materia, de tal forma que la regulación de un procedimiento específico para la aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de ordenación comporta la no aplicación de la normativa general de aprobación de las disposiciones generales. Buen ejemplo de lo expuesto es la misma sentencia del Tribunal Supremo que se cita en la sentencia recurrida, la de 30 de septiembre de 2008, dictada en el recurso de casación 5818/2004 (ECLI:ES:TS:2008:5395), en la que se declara la nulidad de la aprobación de unos instrumentos de ordenación urbanística y precisamente por la omisión del trámite de participación ciudadana, pero no por vulnerar la entonces vigente legislación estatal en materia de procedimiento para la aprobación de las normas reglamentarias, sino por vulneración de la propia normativa, entonces estatal, en materia de urbanismo. "A la vista de lo razonado debemos concluir, dando respuesta a la cuestión casacional objetiva que se suscita, que no rige en la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística la normativa contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para el procedimiento de aprobación de las disposiciones reglamentarias, sin perjuicio de que pudiera establecerse remisión expresa en la normativa autonómica".

5.3
Acción de responsabilidad patrimonial por daños causados por anulación judicial de licencia urbanística. *Dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción

Ahondando en los criterios vistos en sentencias precedentes, en la sentencia de 22 de junio de 2023 (rec. 8831/2021, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy) se fija una interesante doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo anual de reclamación por anulación de licencias urbanísticas.

Así, la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados por la anulación en sentencia de una licencia al

amparo de la cual se ejecutó una obra, en supuestos en los que la obra permaneció legalizada por un planeamiento urbanístico posterior que también fue objeto de ulterior anulación. Consecuentemente, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 142. 4 y 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual artículo 67.1 de la Ley 39/2015).

Como respuesta a la cuestión casacional, la Sala hace una primera consideración, y es que por los mismos fundamentos de las partes recurridas, incluso los fundamentos de las dos sentencias de instancia, el derecho de resarcimiento no estaría prescrito, porque esa prescripción se ha justificado y motivado en la consideración de la primera licencia de 2001, anulada en 2006, y sin considerar la relevancia ya expuesta de la licencia de 2009, que fue anulada en 2015, mediante la sentencia dictada en recurso de casación, cuando la reclamación fue realizada en fecha 23 de marzo de 2016. Es decir, el debate que se suscita en este recurso no está propiamente referido al cómputo del plazo prescriptivo de la pretensión indemnizatoria, en supuestos de anulación jurisdiccional de licencias urbanísticas, sino a determinar, por las peculiaridades que concurren, si ese cómputo ha de serlo desde la primera o segunda licencia, y no de la primera pero incidiendo la ulterior, dado que en la forma en que acontecieron los hechos, de manera ciertamente atípica tanto por parte del perjudicado como del Ayuntamiento, la segunda de las licencias vino a legalizar todo lo ya edificado con aquella primera licencia. En ese sentido debemos recordar que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es exponente la sentencia 1160/2021, de 22 de septiembre, dictada en el recurso de casación 1913/2020 (ECLI:ES:TS:2021:3534), el cómputo del plazo anual, en supuestos como el presente, ha de realizarse desde la fecha de la sentencia anulatoria del planeamiento que autorizaba la realización de la obra, luego declarada ilegal por anulación del planeamiento.

6
Contratos del sector público

6.1
Contratos públicos. Solvencia técnica. Seguro de responsabilidad civil. Valoración de la experiencia del técnico como criterio de adjudicación y para acreditar la solvencia técnica del contrato

Mediante su sentencia de 4 de julio de 2023 (rec. 1259/2021, ponente Diego Córdoba Castroverde), el Tribunal Supremo responde a sendas cuestiones

que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consistentes en determinar:

1.º— Si resulta proporcional y vinculado al objeto del contrato de conformidad con los artículos 74 y 87.3.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, exigir como solvencia un seguro de responsabilidad civil por importe de 1 000 000 de € y por un plazo de diez años, cuando el contrato es de servicios y con proyección urbanística por valor de 104 878,54 €.

2.º— Si la valoración de la experiencia del técnico que realice el proyecto, como un criterio de adjudicación (siendo el criterio con mayor puntuación), de conformidad con el artículo 145. 1 y 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se podría entender solapada por los criterios para acreditar la solvencia técnica del contrato.

En respuesta a las cuestiones de interés casacional planteadas, la Sala Tercera afirma, en primer lugar, que el seguro de responsabilidad profesional exigido para acreditar la solvencia económica y financiera de un empresario debe estar vinculado al objeto del contrato y ser proporcional al mismo, pero dado que la solvencia económica trata de cubrir la ejecución del contrato —la prestación del servicio— y las consecuencias derivadas de un eventual incumplimiento, el importe de la cantidad asegurada puede ser muy superior al importe del servicio licitado, sin que ello resulte desproporcionado. Por el contrario, no puede exigirse que el periodo de cobertura del seguro se asimile con la responsabilidad decenal.

Y, en segundo lugar, la Sala determina que es posible utilizar la cualificación y experiencia profesional del encargado de la ejecución del contrato no solo como criterio de adjudicación, sino también para establecer la solvencia profesional del empresario, en concreto sus conocimientos técnicos y experiencia en la realización de contratos similares, como criterio para acreditar la solvencia técnica y profesional de los contratos de servicios.

6.2
Contrato de obra. Certificación final de obra. *Dies a quo* para el cómputo de los intereses de demora

En la sentencia de 4 de julio de 2023 (rec. 5688/2020, ponente Diego Córdoba Castroverde) se plantea la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar cuál

es el día inicial para el cómputo de los intereses de demora cuando, una vez elevada el acta de recepción de la obra, se emiten sucesivas certificaciones finales de obra por distintas cuantías, una vez trascurrido el plazo previsto para la emisión de la meritada certificación final.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada ha de afirmarse que, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 4/2013 en el artículo 216 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 16 de junio, el inicio del cómputo de los intereses de demora no se vincula a la recepción de la obra y emisión de la certificación final, sino que aparece vinculado a la presentación por el contratista de las facturas "en tiempo y forma" por los servicios prestados o la obra realizada. De modo que solo cuando el contratista cumpliese su obligación de presentar las facturas de forma correcta comienza el cómputo del devengo de los intereses. La Administración, a través de los servicios correspondientes, podrá fiscalizar y en su caso deberá aprobar que la factura esté correctamente emitida y se corresponda con los servicios prestados o la obra realizada.

6.3
Extinción de concesión por rescate. Interés público justificativo del rescate. El caso de la concesión del túnel de Sóller

Mediante su sentencia de 25 de julio de 2023 (rec. 2831/2021, ponente Diego Córdoba Castroverde), el Tribunal Supremo resuelve un controvertido asunto, relativo a la concesión del túnel de Sóller y la interpretación del concepto jurídico indeterminado de interés público a los efectos de las concesiones contractuales.

Admitido el recurso de casación mediante auto de 3 de marzo de 2022, se declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:

> "(i) Determinar el alcance que haya de darse al concepto de interés público en el ámbito del recate de una concesión contractual;
> (ii) En particular, si es equiparable ese concepto con el de 'interés superior' y en qué medida el rescate ha de fundamentarse en circunstancias sobrevenidas que supongan un quebranto del interés público.
> (iii) Si la afectación de esa decisión discrecional de la Administración, adoptada como técnica de gestión pública, supone una intromisión ilegítima en el ámbito de sus competencias".

Se identifican como normas jurídicas que han de ser objeto de interpretación las contenidas en el artículo 32 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo,

de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (precepto derogado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuyo artículo 264 contempla, como causa de resolución del contrato de concesión de obras públicas, el rescate de la explotación, actualmente artículo 279 y concordantes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), ello en relación con el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero; el artículo 75.3 de la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril (el rescate es una forma de extinción de la concesión); y el artículo 79 y la remisión al Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre (actual Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

La Sala, en respuesta a las cuestiones que presentaban interés casacional, afirma lo siguiente:

> "El interés público que ha de concurrir para justificar el rescate de una concesión ha de concurrir en el momento en que se adopta la resolución de rescate, ha de ser adecuado para justificar esta decisión y debe estar debidamente motivado. Y, además, debe tratarse de un interés público diverso respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente.
>
> Tras la modificación operada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público su artículo 279 se exige no solo la existencia de un interés público sino que además se acredite por la Administración que la gestión directa del servicio es más eficaz que la concesional.
>
> Y corresponde a los tribunales contencioso-administrativos ejercer un control sobre si las razones esgrimidas por la Administración para fundar el rescate cumplen las exigencias que acaban de señalarse respecto del interés público invocado".

6.4
Liquidación económica de un contrato de concesión administrativa. Inversiones realizadas por el concesionario como mejora del objeto del contrato. Principio de riesgo y ventura

En la interesante sentencia de 17 de julio de 2023 (rec. 1394/2021, ponente María Isabel Perelló Doménech), se resuelve un supuesto en el que se plantean, en interpretación del artículo 247.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, las siguientes cuestiones de interés casacional:

> "1º Determinar, si en la liquidación efectuada en los contratos mixtos de obra y explotación de un servicio público, en caso de resolución anticipada del vínculo contractual por causa no imputable a la Administración, la sobreinversión del concesionario en la obra ejecutada, establecida en el contrato como mejora del objeto del contrato sin coste para aquella, constituye parte de la inversión a abonar al mismo. 2º Aclarar la aplicación de los principios de prohibición del enriquecimiento injusto y de riesgo y ventura del concesionario en un supuesto contractual como el referido en el apartado 1º".

La Sala, con remisión expresa a su consolidada jurisprudencia sobre el relevante papel que desempeñan los pliegos, en cuanto "constituyen la ley del contrato, rigen la vida de la relación contractual y, antes, son el referente sobre el que los licitadores deben hacer sus ofertas de mejora", responde la cuestión de interés casacional referida a la mejora ofertada por el concesionario, sin coste para la Administración local a los efectos de liquidación del contrato *ex* artículo 247 LCSP, indicando que se debe atender "a lo expresamente pactado por las partes en el Pliego de las condiciones particulares que rige el contrato. Y partiendo de esa consideración es claro que la empresa concesionaria asumió de forma voluntaria la mejora del objeto de la concesión, según los términos que figuran en las estipulaciones convenidas. Se desprende de su contenido, de forma clara y de conformidad con la oferta económica y técnica presentada, que el importe de la mejora fue asumida en su totalidad por la adjudicataria de la concesión, sin conllevar gasto alguno para la Corporación y siendo esto lo convenido por las partes, es obvio que en la liquidación del contrato concesional ha de estarse a dichos pactos y condiciones que definen las prestaciones a que se comprometen las partes. Y es que no es aplicable el principio de enriquecimiento injusto cuando se trata de una prestación concertada en el contrato concesional, pues en estos casos, la fuente de la obligación surge del contrato y el enriquecimiento injusto sólo es aplicable en defecto de éste. Procede, por ello, concluir que la mejora asumida por el

concesionario y plasmada en el contrato concesional no puede considerarse como una inversión indemnizable ex artículo 247 LCSP a los efectos de su inclusión en la liquidación del contrato, no siendo de aplicación a este supuesto el principio de enriquecimiento injusto al que apela la Sala del TSJC, cuando las concretas prestaciones se encuentran recogidas en documentos contractuales que vinculan a partes, al concesionario y a la Administración Local. Es indudable que la mejora y la aceptación de su precio se encontraba explícitamente contemplada en el Pliego de condiciones técnicas y en las cláusulas del contrato de concesión que se celebró siguiendo los cauces estrictos de la normativa reguladora de los contratos públicos. En el Pliego y en las cláusulas se detalla y se establece que dichas prestaciones adicionales o mejoras serán a cargo del concesionario sin contraprestación económica por parte del Ayuntamiento, previsión contractual que no es alterada ni modificada por la aplicación de dicho principio de enriquecimiento injusto, que no desplaza la legislación de contratos públicos, al estar incorporada en el Pliego que rige el contrato y que vincula a las partes".

7
Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia y deporte)

7.1
Subvenciones. Superación del límite de recepción de ayudas sometidas al régimen *de minimis* del Reglamento (UE) 1407/2013. Aplicación del principio de proporcionalidad en la obligación de reintegro

En la relevante sentencia de 18 de mayo de 2023 (rec. 2240/2021, ponente María Isabel Perelló Doménech), se resuelve un supuesto en el que se plantean al Tribunal dos cuestiones relativas al régimen jurídico de la actividad subvencional, en concreto sobre el límite *de minimis* establecido en el Reglamento (UE) 1407/2013.

Así, la interesante controversia que se plantea ante el Tribunal Supremo se centra, tal y como se afirmó en el auto de admisión, en determinar: (i) si la superación del límite *de minimis* establecido en el Reglamento (UE) 1407/2013, de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, constituye el supuesto de reintegro establecido por el artículo 37.1.h) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones [artículo 33.1.h) de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia]; y (ii) si el principio de proporcionalidad resulta o no aplicable al incumplimiento del límite *de minimis*.

Respecto de la primera de las cuestiones de interés casacional planteadas, la Sala determina que "los Estados Miembros tienen el deber de supervisión permanente y de control de las ayudas que han de ser concedidas con observancia de los parámetros plasmados en el Reglamento UE, con la correspondiente auditoría de los fondos, de modo que detectada la irregularidad en la concesión, se puedan adoptar las medidas oportunas, atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre las que se encuentra el reintegro o recuperación de la ayuda percibida por el quebranto de los límites objetivos definidos en el citado Reglamento con arreglo a los procedimientos de derecho nacional. De ello cabe concluir que es adecuada para tal fin , la reseñada causa del artículo 37.1. h) de la Ley General de Subvenciones y articulo 33.1 h) de la Ley Gallega de Subvenciones, puestas en relación al tan citado Reglamento UE 1407/2013, que se refieren, en esencia y en un sentido amplio, a los supuestos de infracción de las normas de derecho europeo, o en su caso, la causa prevista en el apartado i) de los citados preceptos, que contemplan como causa de reintegro los demás supuestos contemplados en la normativa reguladora de la subvención. En suma, compete a la Administración realizar el oportuno control de estas ayudas y, en caso de sobrepasar las cuantías establecidas podrá exigir su devolución, con fundamento en lo dispuesto en el propio Reglamento UE 1407/2013, que se recoge en las propia bases de la resolución de concesión de la subvención, en consonancia con las meritadas causas previstas en la Ley General de Subvenciones y reproducidas en la Ley de Subvenciones de Galicia".

Y, por lo que respecta a la segunda de las cuestiones que se plantean, la Sala considera que "la resolución de reintegro ha de limitarse a la suma que excede de la regla de minimis al no haberse acreditado, por otra parte, que la escasa superación de esta suma haya supuesto una afectación potencial de la competencia ni que incida en la actividad subvencionada —ya cumplida-. Por último, no cabe interpretar que el artículo 3.7 del Reglamento imponga la solución defendida por la Xunta de Galicia, pues únicamente hace referencia al reintegro, sin que indique si es equivalente al total de la subvención o limitado al exceso del límite máximo, cuestión que ha de determinarse por los Estados nacionales".

7.2
Subvenciones: declaración de terminación de procedimiento de reintegro como condición de validez para la incoación de un nuevo procedimiento

Se plantea ante el Tribunal Supremo un interesante supuesto relativo al reintegro de las subvenciones y la posibilidad de incoar un nuevo procedi-

miento de reintegro sin que hubiese culminado, formalmente, uno anterior. Así, la sentencia de 25 de julio de 2023 (rec. 7101/2021, ponente Eduardo Espín Templado) trata de resolver la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en reafirmar, matizar, precisar o, incluso, corregir la jurisprudencia de esta Sala sobre si la Administración está obligada a dictar una resolución expresa que declare la terminación de un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones —sea cual sea la causa— como condición de validez de la eventual incoación de un nuevo procedimiento de reintegro, o si, por el contrario, tal omisión debe ser considerada una irregularidad no invalidante.

En la resolución se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 42.1, 44.2 y 87.1 de la Ley 30/1992 —vigentes artículos 21, 24 y 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas—, en relación con el artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

La Sala, en respuesta a la cuestión de interés casacional, rectifica el criterio sentado en dos sentencias iniciales [sentencias de 22 de octubre de 2020 (recurso 4279/2019) y 19 de noviembre de 2020 (recurso 5529/2019)], y ratifica —conformando una nueva doctrina jurisprudencial— el seguido en sentencia de 23 de enero de 2023 (recurso 4104/2021) y en sentencia de 19 de febrero de 2021 (recurso 3929/2020), determinando que, "estando en curso un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones en el que todavía no se ha cumplido el plazo de caducidad, no es posible abrir otro sobre el mismo objeto sin haber cerrado previamente el anterior mediante la resolución expresa que resulte procedente".

7.3
Sanción de clausura de estadio municipal de fútbol. No hay infracción del principio *non bis in idem* porque las sanciones impuestas, aun debiéndose a los mismos hechos y recayendo sobre la misma sociedad anónima deportiva, tienen distinto fundamento jurídico

En la sentencia de 29 de junio de 2023 (rec. 3032/2020, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva) se dilucida la cuestión relativa a *si* existe una concurrencia de normas sancionadoras entre el artículo 74.2 del Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol y el artículo 21.2.a) en relación con el artículo 3.2. a) y b) de la Ley 19/2007, de 11 julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, a los efectos de la apre-

ciación del principio *non bis in idem*. Se identifican como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 74.2 del Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol y el artículo 21.2.a) en relación con el artículo 3.2. a) y b) de la Ley 19/2007, de 11 julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

La Sala, en respuesta a la cuestión de interés casacional formulada, determina que la concurrencia de preceptos sancionadores, el propio de la disciplina deportiva y el correspondiente a las infracciones y sanciones previstas en la Ley 19/2007, no implica la vulneración del principio *non bis in idem*, porque son distintos los fundamentos jurídicos a que responden.

CRÓNICA CONSULTIVA

Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre el cauce aplicable para sustanciar la responsabilidad patrimonial de contratistas y concesionarios

José Ángel Oreiro Romar
Letrado y secretario general del Consello Consultivo de Galicia.
Letrado de la Xunta de Galicia (exc.)

1. **Introducción**
2. **Marco normativo**
3. **La responsabilidad de contratistas y concesionarios en la jurisprudencia**
4. **La solución de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración**
5. **Doctrina consultiva. Especial referencia al Consello Consultivo de Galicia**
6. **Conclusiones**

1
Introducción

La responsabilidad patrimonial de contratistas y concesionarios en el ámbito de la prestación de servicios públicos o la ejecución de obras públicas es una institución de larga raigambre y tradición en nuestro devenir normativo y jurisprudencial.

Conviene aclarar que, por más que intervengan contratistas y concesionarios, se trata de una responsabilidad pública por daños producidos a un tercero ajeno a dicha relación, esto es, al margen de cualquier vínculo contractual, pacto, o acuerdo de voluntades entre la Administración reclamada y el que ejercita su derecho a reclamar. Por tanto, no cabe confundirla con la responsabilidad patrimonial contractual de la Administración con sus contratistas en el marco de la ejecución de un contrato

(artículo 191.c de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

Pero, frente a la responsabilidad pública extracontractual común, el hecho de que un agente privado intervenga en el ámbito de la prestación de un servicio público dota de matices, idiosincrasia y régimen jurídico propio esta modalidad de responsabilidad patrimonial, y ello porque la intervención del contratista constituye un elemento que distorsiona la relación de supremacía, y en general las potestades administrativas exorbitantes que la Administración tiene frente al común de los ciudadanos en la prestación de servicios públicos. Lo primero que conviene preguntarse es si el concesionario o contratista participa de algún modo directo o indirecto de estas potestades, ya que por un lado es un delegado de la Administración para el cumplimiento de una finalidad de interés público, pero por otro es una persona jurídica privada, que en consecuencia no puede dictar actos administrativos ni se beneficia del principio de autotutela ejecutiva y declarativa.

Como extensión de este primer problema, está el de la jurisdicción competente para el conocimiento de las resoluciones que se dicten en este tipo de asuntos. Por un lado, la jurisdicción contencioso-administrativa se crea con la finalidad específica de atender a las peculiaridades del funcionamiento de la Administración, como ente encargado de la prestación de servicios de interés público o general. De hecho, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, contiene previsiones específicas en la materia, del mismo modo que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial[1]. Pero precisamente por la distorsión que genera la intervención de un sujeto privado en la prestación del servicio público, puede suceder que el conflicto se traslade al ámbito de las relaciones entre el

1. De conformidad con el artículo 2.e) de la LJCA, según el cual:
"El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:
[...]
e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".
Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 9.4, establece:
"[...]
Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.
También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas".

reclamante y la empresa contratista o concesionario, que —reiteramos— es un sujeto de derecho privado. De este modo, parece contra natura que las relaciones entre particulares puedan someterse al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante lo anterior, y también producto de la aludida distorsión, con carácter previo a cualquier reclamación, es preciso que la Administración se manifieste, esto es, dicte una resolución, como consecuencia de un procedimiento administrativo tramitado para tal fin. Y de ello se deriva que, *ab initio*, y como cualquier resolución administrativa, puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

De todo lo expuesto se deriva que en la actualidad ambas jurisdicciones —civil y contencioso-administrativa— puedan conocer de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con el siguiente sistema de distribución:

- La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las demandas que se interpongan exclusivamente contra la Administración, o bien conjuntamente contra la Administración y el contratista.
- La jurisdicción civil conocerá de las demandas que se interpongan exclusivamente contra el contratista o concesionario o su aseguradora.

El presente artículo versa sobre las vicisitudes de una reclamación de esta índole, y la jurisprudencia y la doctrina que los órganos consultivos han establecido en relación con una problemática histórica que ha sido tratada de forma dispar en las sucesivas legislaciones, y que, probablemente por ello, dista de ser pacífica (*vid*. epígrafe 3).

2
Marco normativo

La institución de la responsabilidad patrimonial se regula en el artículo 106.2 de la Constitución Española[2], como un principio que disciplina las relaciones entre la Administración y los administrados, y que supone a la vez un derecho de todo administrado y una obligación de toda Administración.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula los principios de la responsabilidad patrimonial (capítulo IV, título pre-

2. Artículo 106.2 CE:
"Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

liminar, artículos 32 y siguientes). La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, disciplina el procedimiento para hacer efectiva la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial (título IV), y que en esencia es el procedimiento administrativo común, con una serie de especialidades por razón de la materia (artículos 61, 65, 67, 81, 82, 86, 91, 92, 96 y 114).

También existen preceptos dispersos en la legislación de régimen local que aluden a la responsabilidad patrimonial, aunque no pueda decirse que constituyan ni un régimen sustantivo autónomo, ni siquiera especialidades con respecto a la regulación general. El artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece lo siguiente: "Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa". En sentido similar se pronuncia el artículo 223 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Por otro lado, los órganos consultivos ostentan la competencia para dictaminar con carácter preceptivo y no vinculante sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50 000 €, salvo que la legislación autonómica establezca otra diferente[3].

Conviene distinguir esta competencia de la establecida en tiempos relativamente recientes por parte del artículo 191.3.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que atribuye a los órganos consultivos el conocimiento de las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50 000 €[4]. Descendiendo a las especialidades propias

3. La práctica totalidad de las legislaciones autonómicas han rebajado esta cuantía. Así, el artículo 13 de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias establece el límite de 6000 €. La Ley 4/2005, del Consejo Consultivo de Andalucía, establece el límite de 15 000 € para aquellas reclamaciones entre Administraciones públicas no pertenecientes a la Administración de la comunidad autónoma. Por su parte, los artículos 12.j) de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, y 17.a) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 91/2015, de 18 de junio, establecen la competencia del órgano consultivo siempre y cuando la cuantía reclamada sea superior a 15 000 € en caso de las entidades locales, y 30 000 € en caso de la Administración autonómica.

4. Al igual que en el caso de la responsabilidad patrimonial extracontractual, la legislación básica estatal permite rebajar esta cuantía a través de la normativa correspondiente de la comunidad autónoma.

de la responsabilidad de contratistas y concesionarios, la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con una dicción muy similar a la prevista en las normas de contratación pública precedentes, establece, para aquellos que hayan sufrido un daño producido por contratista (artículo 196) o concesionario (artículo 258.e) en la ejecución de un contrato, la posibilidad de dirigirse a la Administración para que informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. Estos preceptos se dictan al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, que atribuye al Estado competencia legislativa en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas (disposición final primera, "títulos competenciales").

En cuanto a la Administración local, el artículo 128 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, también impone al concesionario que gestione un servicio público de competencia de las entidades locales la obligación de indemnizar a terceros de los daños que les ocasionase el funcionamiento del servicio, salvo que se hubiesen producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la corporación con carácter ineludible.

Finalmente, es interesante realizar una específica referencia al ámbito autonómico de Galicia. La Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, establece en su artículo 50 la obligación del contratista de indemnizar por los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. Esta ley ha ofrecido una serie de reglas a nivel procedimental a las que seguidamente haremos referencia, y que merecen en su conjunto una valoración muy positiva.

3
La responsabilidad de contratistas y concesionarios en la jurisprudencia

Con la entrada en vigor de la Ley 13/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y de forma coherente con la Ley Orgánica del Poder Judicial, el legislador procesal parecía apostar de un modo directo, claro y homogéneo a favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad

patrimonial, aun en el caso de que mediase la actuación de contratistas o concesionarios (2.e LJCA y 9.4 LOPJ). De hecho, la exposición de motivos de la LJCA contenía una referencia expresa a esta cuestión, y tras establecer la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en todo lo relativo a la contratación administrativa, ya avanzaba lo siguiente: "Algo parecido debe decirse de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal". Con esta declaración, reconocía una problemática histórica, y manifestaba una clara intención de ponerle fin[5].

Pero si esta era la pretensión de la ley, en ningún caso puede considerarse cumplida.

Poco tiempo después de su entrada en vigor, la Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, por medio de auto de 27 de diciembre de 2001, declaró la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial, basándose en que se había dirigido frente a la Administración, y también frente a su compañía aseguradora, entendiendo por esta razón que se estaban cuestionando temas de derecho privado.

Esta resolución fue la primera de muchas. En diversos autos de esta misma Sala Especial —autos de 19 de julio de 2009, 22 de junio de 2011, 24 de abril de 2015 (ATS 2964/2015), 19 de diciembre de 2016 (ATS 12363/2016),

5. La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, ya recogía una cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, tratando de reafirmar la unidad jurisdiccional cuando se suscitasen cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, evitando de esta manera el peregrinaje de jurisdicciones. Pero unos meses más tarde, la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en su artículo 41, dispuso que cuando el Estado actuase en relaciones de derecho privado la responsabilidad habría de exigirse ante los tribunales ordinarios. *De facto*, esto supuso que la mayor parte de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración del Estado se dirigiesen a la jurisdicción civil. esta situación cambia con la entrada en vigor de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 144 disponía: "Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley".

30 de mayo de 2018 (ATS 6028/2018), conflicto de competencia 21/2017—, el Tribunal Supremo atribuyó a la jurisdicción civil la competencia para el conocimiento de reclamaciones dirigidas contra una entidad pública empresarial ante reclamaciones de responsabilidad patrimonial, como consecuencia del funcionamiento de servicios públicos. Esta decisión se adoptó basándose en la naturaleza jurídico-pública del organismo, y en que la reclamación guarda relación directa con la prestación de un servicio público que tiene encomendado.

Pero la problemática más intensa, y la que puede perjudicar en mayor medida los intereses del ciudadano y su derecho a una administración eficaz, es aquella que deriva de una línea jurisprudencial que, en esencia, considera que la Administración debe tramitar y resolver toda reclamación de responsabilidad patrimonial que se le formule, pero, si declara la responsabilidad del contratista, será la jurisdicción civil la competente para su cuantificación y ejecución. En la práctica, esto supone que si el ciudadano opta por dirigirse a la Administración, eventualmente puede que sea remitido a la jurisdicción civil para entablar un litigio de esta naturaleza.

En concreto, la STS núm. 2295/2016, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4625), reconoce lo siguiente: "Bien es verdad que no han faltado pronunciamientos de esta Sala en los que, ante la falta de declaración de la forma expuesta por la Administración, se declara la responsabilidad de la Administración concedente por el mero hecho de no responder a esa alternativa que, en todo caso, podrá repetir contra la concesionario si el daño surge como consecuencia de un mandato ineludible que le impuso aquella, debiendo citarse en este sentido la sentencia de 7 de abril de 2001, dictada en el recurso de apelación 3509/1992, con abundante cita de otras; en las que se funda esa imputación directa a la Administración del daño precisamente en la desatención de la petición del lesionado conforme a lo que le impone a los poderes públicos los mencionados preceptos vigentes al momento de los hechos enjuiciados, de contenido similar a los actuales". Pero lo más relevante, y —reiteramos— lo que produce una mayor problemática para el ciudadano, es la consideración de que, "así como la exigencia de responsabilidad en el supuesto de que sea imputable al concesionario deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional —en este sentido Auto de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 24 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2965)—; en el supuesto de que se impute el daño al concesionario, pero por órdenes impuestas por la Administración, siendo esta la responsable, el régimen de responsabilidad sigue los trámites procedimentales y procesales establecidos con carácter general para la

responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Así pues, cuando el daño se impute a un concesionario —o contratista—, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para aquel primer caso y la vía administrativa para la segunda".

No han faltado pronunciamientos posteriores aparentemente contradictorios. En concreto, la STS núm. 1645/2018, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4019), analiza un supuesto en que la Administración recibe una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el paciente, y resuelve reconociendo la existencia del derecho a ser indemnizado del paciente, y, al mismo tiempo, la imputación de los daños al hospital privado concertado. La resolución se ejecutó en sus propios términos: la Administración pagó la indemnización y exigió primero y repercutió en vía ejecutiva la cantidad pagada sobre el hospital concertado. La cuestión que reviste interés casacional era "si la declaración de responsabilidad patrimonial sanitaria de una Administración Pública efectuada por dicha Administración, concluyendo con ello un procedimiento en el que tuvo plena participación la entidad sanitaria concertada, y en la que se añadía que tal declaración lo era sin perjuicio de la posterior acción de repetición que pudiera ejercitarse frente al centro concertado, exige a aquélla iniciar y resolver un procedimiento administrativo diferente cuando decide ejercitar tal acción, o si, por el contrario, la resolución que puso fin al expediente de responsabilidad patrimonial es título ejecutivo suficiente para exigir el reembolso de la indemnización abonada sin necesidad de ulterior procedimiento". El Tribunal Supremo considera que si en un procedimiento en que fue citada como interesada se declara la existencia de responsabilidad de la Administración frente al paciente, pero también del hospital privado frente a la Administración, es un pronunciamiento consentido, firme, y por tanto ejecutivo.

De este modo, no queda claro si la Administración ha de limitarse a declarar la responsabilidad del contratista, "dejando abierta la vía civil" para su cuantificación y efectividad, o bien, al contrario, la Administración puede declarar dicha responsabilidad del contratista, determinar su importe, asumir la indemnización, y repetir contra el contratista. O más bien, parece que el Tribunal Supremo considera ambas vías igualmente válidas.

4
La solución de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración

Esta ley desarrolla la normativa básica estatal, y en concreto el artículo 214 del entonces texto refundido, actual artículo 196 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, que dispone lo siguiente:

> "1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.
>
> 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación.
>
> 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.
>
> 4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto".

La redacción del vigente precepto básico coincide sustancialmente con lo señalado en la normativa básica que le precede, si bien en el derogado por la actual LCSP se recogía que los terceros podían requerir previamente al órgano de contratación "para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad", mientras que en el vigente artículo 196 se sustituye la referencia "se pronuncie" por "informe" (de significación más limitada). No obstante, a diferencia de la anterior, explicita también entre las prerrogativas de la Administración la de "declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato" (artículo 190).

Pese al contenido literal de los preceptos transcritos, el desarrollo legislativo llevado a cabo por la Comunidad Autónoma de Galicia a través de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración (artículos 40 y 41), modula el alcance de la disposición que se acaba de reproducir, estableciendo expresamente la po-

sibilidad de que la Administración instruya, en cualquier caso, las reclamaciones que se le dirijan por el funcionamiento de sus servicios gestionados indirectamente, y emita una resolución administrativa en la que, en su caso, se valore directamente la responsabilidad del contratista.

De conformidad con el artículo 40 de la mencionada Ley 1/2015, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a la Administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal, sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Incluso se prevé que, si la Administración titular del servicio público entiende que se produjeron lesiones en los bienes y derechos de las personas usuarias susceptibles de ser indemnizadas por concepto de responsabilidad patrimonial, iniciará de oficio el procedimiento correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal.

Singularmente relevante es lo establecido en artículo 41, bajo la rúbrica: "Intervención del gestor del servicio en el expediente de responsabilidad patrimonial":

> "1. En la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial en los casos de servicios públicos en régimen de gestión indirecta se dará audiencia al contratista, y se le notificarán cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento al efecto de que comparezca en él, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba considere necesarios.
>
> 2. El procedimiento se instruirá de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración y determinará si existe responsabilidad patrimonial de la Administración, por ser el daño producido por causas imputables a la Administración, o si existe responsabilidad patrimonial del contratista.
>
> 3. Si en el procedimiento se determina la existencia de responsabilidad patrimonial del contratista, la Administración, como garante de la posición de las personas usuarias, en virtud de la ley y en el uso de sus potestades contractuales, ordenará a aquél el abono de la indemnización a la persona usuaria y le indicará un plazo para ello.
>
> En caso de incumplimiento de la resolución por el contratista, las cantidades determinadas por la Administración en el procedimiento tendrán la consideración de crédito de derecho público, a efectos de su recaudación por el órgano competente de la Administración. Las can-

tidades recaudadas serán objeto de entrega a la persona usuaria del servicio perjudicado.

Asimismo, el régimen jurídico del servicio podrá prever el abono de las cantidades determinadas en el procedimiento directamente por parte de la Administración como responsable última del servicio y su posterior exigencia como crédito de derecho público al contratista.

4. Los pliegos de los contratos deberán hacer referencia a lo previsto en este artículo".

El régimen jurídico expuesto merece una valoración muy positiva, especialmente desde la perspectiva de los problemas que genera a efectos prácticos la intervención de un sujeto privado en la determinación de una responsabilidad pública extracontractual[6]. Se trata de un desarrollo legislativo completo, que dota de seguridad jurídica a la materia, que mejora la regulación estatal, y que permite al administrado decidir la vía que prefiere para hacer efectiva la responsabilidad, sin que ello suponga un sometimiento a cargas extraordinarias o peregrinajes jurisdiccionales innecesarios; y evita las polémicas antes aludidas.

En este sentido, con la misma claridad que la ley, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de diciembre de 2018 (recurso núm. 554/2018), que al interpretar el artículo 40 de la Ley 1/2015, de 1 de abril, manifiesta:

"El contenido de este precepto refuerza la obligación de la Administración de pronunciarse, como aquí ha hecho, sobre la determinación del quantum indemnizatorio que corresponda, sin que pueda reservarlo a un ulterior procedimiento, y menos aún a la jurisdicción civil, salvo que el perjudicado escoja voluntariamente esta jurisdicción para dirigirse exclusivamente frente al concesionario (supuesto al que se refiere el Auto dictado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (conflicto negativo de competencia número 4/2015)".

Sin embargo, tales disposiciones no se extienden a las entidades locales de Galicia, dado el ámbito de aplicación de la norma previsto en su ar-

6. Además, contempla otras previsiones que, aun no teniendo carácter procedimental, y de forma indirecta, contribuyen a facilitar a los administrados el ejercicio de su derecho a reclamar:

– El prestador del servicio está obligado a remitir a la Administración autonómica las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que le puedan formular directamente las personas usuarias. El contrato incluirá expresamente esta obligación como obligación esencial, cuyo incumplimiento será causa de resolución contractual.

– El régimen jurídico de cada servicio público podrá precisar los estándares mínimos de calidad cuyo incumplimiento se considerará funcionamiento anormal y que determinarán el derecho de la persona usuaria a ser indemnizada, sin perjuicio de la posible acreditación de mayores daños y perjuicios de acuerdo con la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

tículo 1[7], por lo que la regulación aplicable a las entidades locales gallegas sería la establecida en el citado artículo 191 de la LCSP, cuyas disposiciones, además, han sido objeto de incorporación al régimen de responsabilidad patrimonial previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, entre los principios que disciplinan la institución (artículo 32.9)[8].

5
Doctrina consultiva. Especial referencia al Consello Consultivo de Galicia

Contando con una disposición legal que ampara, en el ámbito de la Administración autonómica gallega, el proceder más garantista para el administrado, no ofrece dudas su aplicación. Sin embargo, al margen de esa disposición legal, las tensiones son reiteradas y evidentes cuando se aborda la responsabilidad del contratista interpuesto.

Diversos consejos consultivos vienen defendiendo (así, dictámenes 210/2016, 287/2019 y 300/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias) que el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la Administración de forma directa o indirecta, por lo que, si se acreditan el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos legalmente exigidos, previa audiencia del con-

7. Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración:

"Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. La presente ley tiene por objeto reconocer los derechos que asisten a la ciudadanía en sus relaciones con el sector público autonómico gallego y regular los mecanismos que aseguren el cumplimiento efectivo de estos derechos con la finalidad de garantizar unos servicios públicos de calidad que sirvan con objetividad a los intereses generales.

2. Su ámbito de aplicación será el sector público autonómico, integrado, de acuerdo con la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, por la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y por las entidades instrumentales.

3. Los ámbitos de la Administración relativos a la educación, a la sanidad y a la justicia se regirán por su normativa específica, y en ellos la presente ley será de aplicación supletoria".

8. Artículo 32.9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

"Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público".

tratista, debe ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente al contratista implicado en la causación del daño por el que se reclama. También vienen precisando que, con relación a esta acción de repetición, el artículo 196 de la LCSP —tal como se recogía ya en la normativa anterior— establece que la responsabilidad por los daños ocasionados en ejecución del contrato atañe, por regla general, al contratista, quien ha de afrontarla en definitiva de no mediar título de imputación al servicio público. Por ello, instada la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración, esta debe no solo dar audiencia al contratista, sino también declarar su eventual responsabilidad y acudir a la acción de regreso cuando la indemnización se abone por la Administración, pues de lo contrario se cargaría sobre el todo social un montante indemnizatorio que atañe al haber de la empresa e implica la concreción de un riesgo que la ley residencia, con carácter general, en el contratista, no en la Administración contratante. Esta asunción de la responsabilidad —sin perjuicio de la posterior repetición— parece la postura más garante de la igualdad de la posición de los ciudadanos, en cuanto que equipara la vía de resarcimiento cuando el servicio es prestado por la propia Administración y cuando es prestado por un contratista o concesionario, y evita con ello que se inutilice todo el procedimiento administrativo sustanciado a su instancia cuando el servicio es objeto de prestación indirecta. Se razona así en la doctrina consultiva más reciente que "la Administración, como titular del servicio público, es responsable hacia los ciudadanos de los daños causados en la prestación de servicios públicos, sin perjuicio de su derecho a repetir frente a sus contratistas", y que el perjudicado "ostenta el derecho, constitucional y legislativamente reconocido", a reclamar por esos daños, pesando sobre la Administración el deber de asegurar la "completa reparación", recordándose que también el artículo 1908 del Código Civil residencia la responsabilidad en "los propietarios" del elemento o instalación en diversos supuestos, por lo que se concluye que "ha de abonarse a la reclamante la cantidad por el Ayuntamiento, sin perjuicio de que este pueda repetirla frente al contratista" (por todos, dictámenes 173/20 y 86/21 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid). En la misma línea se manifiestan otros consejos consultivos (entre otros, dictámenes 44/2019 y 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias, y 511/2019 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana). Tal como se puntualiza en el Dictamen 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias, cabe "la posibilidad de que la propuesta de resolución estime la reclamación, declare la responsabilidad del contratista y le exija a este el pago de la indemnización", pero dado que se ha sustanciado un procedimiento de responsabilidad patrimonial

y pesa el deber de asegurar la plena indemnidad, la Administración "también tiene la posibilidad legal de pagar la indemnización a la entidad reclamante, y seguidamente ejercer el derecho de repetición sobre la empresa concesionaria". Al efecto, conviene recordar que la Administración dispone de potestades y prerrogativas para exigir el reintegro al contratista, habiendo declarado el Tribunal Supremo, respecto a la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad imputando la misma a una empresa interpuesta, que "esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines" (STS de 20 de noviembre de 2018 —ECLI:ES:TS:2018:4019—, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

Procede reparar además en que es común que el ciudadano, desconociendo la modalidad de gestión del servicio, dirija su reclamación frente a la Administración titular del mismo a través de un procedimiento administrativo que no requiere de asistencia técnica, de modo que, una vez ventilada en ese procedimiento la causalidad del daño cuyo resarcimiento se impetra, no procede inutilizar esta tramitación remitiendo al reclamante a reemprender su pretensión por otros cauces, pues ese peregrinaje no solo pugna con los criterios de eficiencia y buena administración, sino también con la igualdad de los administrados, quienes disponen, en los supuestos de gestión directa, de la garantía de un procedimiento administrativo informado por el principio de gratuidad.

No obstante lo anterior, es patente que el legislador estatal no ha aprovechado las sucesivas reformas de la normativa de contratación para imponer el sometimiento del contratista al procedimiento tramitado por la Administración, ni para explicitar que el titular del servicio pueda o deba asumir la responsabilidad para después repetir contra el prestador. Antes bien, al limitarse ahora a "informar" sobre a cuál de las partes (contratista o Administración) corresponde la responsabilidad (artículo 196 de la LCSP), y detenerse su prerrogativa en "declarar la responsabilidad imputable" al contratista (artículo 190), no parece amparar una condena al gestor interpuesto cuantificando en sede administrativa el perjuicio causado.

Por ello, el Consello Consultivo de Galicia disiente de la doctrina de la generalidad de los órganos consultivos, con seguidismo de lo establecido en la STS núm. 2295/2016, de 25 de octubre, exclusivamente en lo relativo a las entidades locales, optando por una postura que obliga al ciudadano a abrir una doble vía para obtener el resarcimiento. Así, la doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre el cauce aplicable para sustanciar la responsabilidad patrimonial de contratistas y concesionarios de las entidades locales

se recoge, entre otros, en los dictámenes CCG 51/2023, CCG 229/2020, CCG 57/2021, CCG 166/2021, CCG 5/2022 y CCG 364/2018, y puede resumirse de la siguiente manera:

- La Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, no resulta de aplicación a las entidades locales.
- No obstante lo anterior, la normativa de aplicación no impide a las entidades locales tramitar un procedimiento de responsabilidad patrimonial, aun en el caso de que los daños no sean consecuencia de una orden de la Administración, todo ello con fundamento en la garantía última del funcionamiento del servicio público que le corresponde como titular del mismo.
- Iniciado un procedimiento de responsabilidad patrimonial, no resulta procedente que la Administración acuerde el archivo sobre la consideración de que la responsabilidad correspondería eventualmente al contratista.
- Como consecuencia de lo anterior, si la reclamación imputa el daño al concesionario o contratista la Administración está obligada a tramitar y resolver.
- Pero, y aquí es donde el órgano consultivo gallego se aparta del resto de la doctrina, si la resolución imputa el daño al contratista o concesionario, el CCG dictamina que dicha resolución debe limitarse a apreciar la concurrencia de los presupuestos legales para ello (particularmente, el nexo causal), declarando su responsabilidad, dejando abierta la vía civil para el reclamante a los efectos de determinar el *quantum* indemnizatorio y la exigencia de dicha cantidad. Esta doctrina —reiteramos— es una consecuencia de la interpretación y aplicación de lo establecido en la citada STS núm. 2295/2016, de 25 octubre (ECLI:ES:TS:2016:4625), y en el Auto de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 24 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2965), que se citan en todos los dictámenes.

6
Conclusiones

La doctrina del órgano consultivo gallego, y sobre todo la jurisprudencia en que se fundamenta, a pesar de la claridad, supone en la práctica la condena a un peregrinaje primero administrativo, y después jurisdiccional, para el perjudicado por el funcionamiento de un servicio público.

Es cierto que el administrado siempre puede optar por acudir directamente a la vía civil cuando considere que la imputación corresponde al concesionario o contratista. Pero en aquellos casos en que, por razones de prudencia, o por existir razonables dudas, opte por ejercer su derecho a presentar una reclamación administrativa, pueden darse situaciones que mal se compadecen con los principios de eficacia o celeridad que deben presidir la actuación de las Administraciones públicas.

En este sentido, es evidente que la jurisdicción civil no está vinculada por resoluciones administrativas, y puede perfectamente suceder que considere que la responsabilidad no corresponde al concesionario o contratista, discrepando del previo pronunciamiento administrativo. En este caso, el administrado se verá obligado a reproducir su pretensión ante la Administración, que a su vez podrá invocar que la resolución que declara la responsabilidad del contratista es consentida, definitiva y firme por no haber sido recurrida en tiempo y forma ante la jurisdicción competente, esto es, la contencioso-administrativa.

Por otro lado, puede también suceder que la Administración declare la existencia de una concurrencia de culpas entre el contratista y el administrado, en un determinado porcentaje. Pero, en la medida en que la determinación de la cuantía concreta corresponde a la jurisdicción civil, se producirá una situación absurda en la que se determina un porcentaje, pero no la cantidad total sobre la que se aplica dicho porcentaje.

El Consello Consultivo es perfectamente consciente de esta situación, y de hecho ha manifestado en varios de los aludidos dictámenes lo siguiente: "Respecto de este criterio de imputación de daños al contratista y el procedimiento para exigirlo, sin embargo, no somos ajenos al debate que se ha suscitado en torno a la necesidad de que la resolución administrativa se pronuncie sobre todos los aspectos de la reclamación y también sobre los problemas que genera esta solución adoptada en el ámbito jurisprudencial desde la perspectiva del administrador porque tiene que dirigir la reclamación de dos maneras diferentes, por lo que sería recomendable contar con una regulación normativa que resolviera esta controversia de manera clara y efectiva mediante formulando un procedimiento ad hoc con garantías para todos los afectados para este tipo de reclamaciones".

La "regulación normativa que resolviera esta controversia de una manera clara y efectiva" es precisamente la establecida en la tantas veces citada Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración. Pero —reiteramos— dicha ley solo resuelve las reclamaciones que pretendan dirigirse contra la Administración autonómica, dejando al margen las entidades locales, por descontado, el sector público

estatal. Precisamente por ello, la problemática jurisprudencial aludida es inexistente en el caso de las reclamaciones dirigidas contra la Administración autonómica gallega.

Así las cosas, resulta incomprensible cómo a nivel estatal, y teniendo en cuenta la longevidad de esta problemática, que se remonta a la Ley de la Jurisdicción de 1956 y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, no se haya dado una solución, que no deja de ser una garantía para el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, y en definitiva para el cumplimiento del principio de responsabilidad establecido en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución Española. El legislador puede perfectamente poner fin a esta problemática con una regulación básica que establezca obligatoriamente una vía única para este tipo de reclamaciones, y tiene el ejemplo exitoso de la legislación autonómica gallega para tomar como referente. El problema no es tanto de claridad, sino de uniformidad. En tanto que no proceda de esta manera, la inseguridad jurídica permanecerá.

La responsabilidad patrimonial por daños causados por las entidades mercantiles municipales. Aspectos procedimentales (Dictamen 198/2023, de 4 de mayo de 2023)

Begoña Delgado Castro
Letrada mayor acc. del Consejo Consultivo de Canarias

1. **Introducción**
2. **El supuesto examinado**
3. **La inviabilidad de la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por la entidad empresarial**
   - 3.1. El criterio del Tribunal Supremo
   - 3.2. La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)
   - 3.3. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)
4. **Una cuestión conexa: la legitimación pasiva de la Administración municipal**
5. **Conclusión final**

1
Introducción

El art. 2.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) declara la aplicación de esta ley al sector público institucional, que, entre otros, se integra por las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de la propia ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previs-

tos en el art. 3 y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas [art. 2.2.b)].

A su vez, en materia de responsabilidad patrimonial, el art. 35, relativo a la "Responsabilidad de Derecho Privado" —precepto que resulta de aplicación a tales entidades al amparo de lo establecido en el art. 2.2.b) citado—, dispone: "Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y ss., incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad".

De esta manera, a tenor de los citados preceptos legales, el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se ha extendido a los daños ocasionados a los particulares por las entidades instrumentales de derecho privado, en cuanto que integrantes del sector público. Con ello, se ha incluido a estas entidades en el régimen sustantivo de la responsabilidad extracontractual contemplado en los arts. 32 y ss. de la propia LRJSP.

La cuestión que surge entonces inmediatamente es de carácter adjetivo y gira en torno a la posibilidad de que tales entidades puedan tramitar y resolver el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, dado que si bien forman parte integrante del sector público, no son Administraciones públicas.

El Dictamen 198/2023, de 4 de mayo, que ahora comentamos, tuvo precisamente por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución culminatoria de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, en el que la persona interesada solicitó el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados durante el desarrollo de prácticas no laborales organizadas por una sociedad mercantil participada íntegramente por el Ayuntamiento. La particularidad del presente supuesto deriva del hecho de que la citada reclamación fue presentada no ante la Administración municipal, sino directamente ante la entidad mercantil, que tramitó el procedimiento y pretendía su resolución, previo dictamen del Consejo Consultivo. En el dictamen se aborda precisamente, a la luz de la normativa aplicable y su interpretación jurisprudencial, la viabilidad jurídica de la tramitación de un procedimiento administrativo por una entidad instrumental privada de la Administración.

Como antecedentes de este dictamen, y bajo la vigencia de la normativa anterior, podemos asimismo hacer mención de nuestros anteriores pronunciamientos 91/2015, de 19 de marzo, y 311/2018, de 17 de julio, aunque no

contemplan el mismo supuesto que el ahora analizado, ya que si bien la responsabilidad se imputaba a la entidad mercantil, la reclamación fue presentada ante la Administración, que tramitó y resolvió el correspondiente procedimiento.

En el primero de los citados, la entonces Viceconsejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias encomendó a una empresa pública de la Administración autonómica unas obras de urbanización, que a su vez fueron adjudicadas por esta a una entidad mercantil. Producidos daños a particulares durante la ejecución de la obra, la reclamación fue presentada ante la Viceconsejería, que tramitó el procedimiento de responsabilidad patrimonial y dictó la resolución finalizadora del mismo. Por su parte, el Dictamen 311/2018 analizó la conformidad a derecho de la propuesta de resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento de la sociedad mercantil que realizaba la gestión, promoción y explotación de un palacio de exposiciones y congresos, adscrita a la citada Consejería. En ambos asuntos el Consejo Consultivo consideró conforme a derecho la tramitación seguida.

2
El supuesto examinado

El Dictamen 198/2023 recoge los siguientes antecedentes de interés en este asunto:

— La reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial se plantea ante la entidad municipal (en adelante, la Sociedad de Desarrollo), entidad mercantil local bajo la forma de sociedad anónima cuyo capital social pertenece íntegramente al Ayuntamiento y que se encarga de prestar —mediante gestión directa y en régimen de derecho privado *ex* arts. 85 y 85 ter de la LRBRL— un servicio público local como es el "fomento y promoción del desarrollo económico y social municipal en el marco de la planificación autonómica" [art. 11.g) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias]. En este sentido, el art. 2 de los Estatutos de la Sociedad de Desarrollo contempla como objeto social la realización de cuantas actuaciones sean de interés para el desarrollo económico y social del municipio, pudiendo llevar a efecto dentro del término municipal, entre otras actividades, los servicios de formación y orientación laboral, así como servicios de promoción de empleo.

— En este contexto, con fecha 30 de julio de 2018, la Sociedad de Desarrollo suscribe contrato de arrendamiento de servicios docentes con la Fundación Laboral de la Construcción, "[...] para la impartición de la formación específica de 'Mozo de Almacén', modalidad presencial, [...] enmarcada en el Proyecto OyE. Formación en familia. Oportunidades y empleo".

  De tal manera que correspondía a la Fundación Laboral de la Construcción "[...] realizar las funciones de planificación, impartición y evaluación de la acción formativa [...]", debiendo "impartir la acción formativa de 'Mozo de Almacén' a los/as participantes seccionados/as del Proyecto OyE-Formación en familia. Oportunidades y Empleo, desde el 30 de julio al 3 de agosto de 2018".

— Con fecha 24 de septiembre de 2018 se rubrica convenio marco entre la Sociedad de Desarrollo y la empresa R.C., S.L. para el desarrollo de prácticas profesionales en empresas de los usuarios de proyectos y acciones de la Sociedad de Desarrollo.

  Este convenio marco tiene por objeto "[...] regular el marco de colaboración entre la entidad R.C., S.L. y la Sociedad de Desarrollo para posibilitar la realización de prácticas profesionales de los usuarios/as de acciones formativas y proyectos de empleo y formación de la Sociedad de Desarrollo" —estipulación primera—. En este sentido, y como se indica en el propio convenio marco, "las prácticas profesionales a emprender quedarán patentes mediante acuerdos singularizados que se incorporarán progresivamente, a medida que se vayan formalización, como anexos o adendas al presente convenio" —párrafo segundo de la estipulación segunda—.

— Con fecha 27 de septiembre de 2018 se firma adenda al convenio marco, que "[...] tiene por objeto regular el marco de colaboración entre la entidad R.C., S.L. y la Sociedad de Desarrollo, en base al convenio Marco firmado con fecha 24/09/2018 para posibilitar la realización de prácticas profesionales de los usuarios/as del proyecto OYE: Formación en Familia. Oportunidades y Empleo de la Sociedad de Desarrollo de la especialidad formativa: Mozo de Almacén". En virtud de esta primera adenda al convenio marco, la empresa R.C., S.L. se compromete a admitir alumnos —y, en consecuencia, a realizar prácticas profesionales—, y, entre otros, al después interesado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. De acuerdo con la estipulación cuarta, las prácticas no laborales se desarrollarían desde el 8 de octubre de 2018 hasta el 2 de noviembre de ese mismo año.

No obstante, este alumno formuló, diez días después de su inicio, escrito de renuncia a las prácticas, manifestando la imposibilidad de continuar participando por motivos de salud, ya que, según manifestó, el primer día de prácticas el calzado de seguridad proporcionado por la empresa le había provocado una úlcera en el pie izquierdo. De acuerdo con su relato posterior, esta lesión desembocó, ante la evolución desfavorable, en la amputación del primer dedo del citado pie, que es el daño por el que se reclama.

— Con carácter previo a la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, el interesado interpuso demanda ante la jurisdicción social frente a la Sociedad de Desarrollo, la empresa R.C., S.L. y la entidad aseguradora de esta, solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados —a juicio del demandante— del accidente laboral sufrido por el trabajador el día 8 de octubre de 2018, durante el desarrollo de las prácticas profesionales. Tras la sustanciación del oportuno proceso judicial, se dicta sentencia de 21 de octubre de 2020, que desestima la pretensión planteada por el actor, al no constar la existencia de relación laboral alguna.

— Finalmente, la reclamación se presenta ante la Sociedad de Desarrollo, que, como ya se ha señalado, tramita el procedimiento, entendiendo así su competencia no solo para la sustanciación de tales trámites, sino también para su resolución, emitiendo una propuesta de resolución de carácter desestimatorio que es elevada al Consejo Consultivo para la emisión de su preceptivo dictamen.

3
La inviabilidad de la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por la entidad empresarial

El dictamen del Consejo Consultivo centra su argumentación sobre la cuestión, de necesario y previo pronunciamiento, relativa a la posibilidad de que la sociedad mercantil municipal tramite y resuelva el procedimiento.

El dictamen distingue los aspectos sustantivos de los procedimentales. Así, desde una perspectiva sustantiva, resulta aplicable al caso concreto lo establecido en el art. 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), relativo a la "responsabilidad de derecho privado" —precepto que resulta de aplicación al amparo de lo establecido en el art. 2.2.b) del referido texto legal—, que dispone:

"Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad".

Por tanto, estima el Consejo que, tratándose de una reclamación patrimonial deducida directamente ante la sociedad mercantil encargada de la prestación de un servicio público de competencia municipal [arts. 85 y 85 ter LRBRL en relación con el art. 11.g) LMC], procede exigir "su responsabilidad" —como indica textualmente el art. 35 de la LRJSP—, esto es, la de la Administración matriz y titular del servicio público local, con arreglo a las previsiones contenidas en el art. 32 y ss. LRJSP.

Opinión diversa merece, sin embargo, la tramitación procedimental seguida en las presentes actuaciones. A juicio del Consejo Consultivo, la tramitación adjetiva o formal observada no resultó ajustada a derecho, pues en todo caso el procedimiento debió ser tramitado y resuelto por la Administración municipal. Esta conclusión se alcanza sobre la base de un triple orden de consideraciones jurídicas.

3.1
El criterio del Tribunal Supremo

La afirmación anterior se sustenta en primer lugar, en el dictamen, en la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020, emitida por la Sala Tercera, Sección 5.ª, en el seno del recurso de casación n.º 5442/2019, de la que el dictamen, tras la reproducción de algunos de sus fundamentos, extrae las siguientes conclusiones:

En primer lugar, resulta admisible que "[...] las Administraciones acuda(n) a personal ajeno a su propio personal cuando fuera necesaria la adquisición de bienes o realización de obras o servicios para su propia actividad prestacional y que dicha intervención pueda hacerse, como alternativa a los contratos administrativos, por medio propios (*in house providing*) [...]". Sin embargo, y como indica la propia resolución judicial, "no es eso de lo que se trata en el presente supuesto en el que, como cabe concluir de lo reflejado en la sentencia de instancia, lo que se encomienda al personal de la Empresa Pública, no es esa prestación de servicios puntuales y accesorios sino una intervención, ya

se verá en qué medida, en la propia y genuina actividad administrativa, en los procedimientos necesarios para la adopción de los actos que la constituyen. No se trata de que ese personal sometido al régimen de Derecho Privado preste los servicios que la Administración necesite, sino de tramitar los procedimientos correspondientes cuyas resoluciones que le pongan fin pueden ser los que afecten a los ciudadanos".

En segundo lugar, el alto tribunal advierte que, cuando se trata de la tramitación de procedimientos administrativos que den lugar a resoluciones susceptibles de afectar a los interesados, resulta aplicable la reserva —legal— en exclusiva a los funcionarios públicos de las tareas que "impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas" (art. 9.2 EBEP): "[...] en la medida en que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y éstas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios públicos, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos. [...]. En resumen, la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida(s) las competencias correspondientes [...]".

Esta reserva al personal estatutario de la tramitación de los procedimientos se fundamenta en la relación orgánica de los funcionarios: "[...] debemos partir de una regla básica cual es que las Administraciones Públicas desarrolla(n) su actividad mediante su propio personal que, como regla general, está sometido a una relación jurídica de carácter administrativo, la relación orgánica, en virtud del cual y mediante el correspondiente nombramiento pasa a adscribirse al órgano correspondiente de la Administración del que constituye el elemento humano, siendo su titularidad la que le permite la actuación, no en nombre propio, sino de la misma Administración. Pero esa relación, precisamente por esa naturaleza estatutaria, genera también importantes derechos y deberes para el funcionario lo cual, a su vez, no es sino una manifestación de la objetividad, imparcialidad y sometimiento al Derecho que debe regir en toda actividad pública".

Finalmente, el Tribunal Supremo introduce una matización a su doctrina. Y es que la regla general no impide, sin embargo, que en la tramitación del procedimiento administrativo por los órganos competentes de la Administración pública puedan intervenir terceros con una función de "auxilio y

asistencia técnica" puntual y en función de determinadas actuaciones que requieran esa intervención por sus peculiaridades.

A juicio del Consejo Consultivo, todo lo anteriormente expuesto queda perfectamente ilustrado —a modo de resumen— en el fundamento de derecho segundo de la resolución judicial comentada, al indicar que "[...] no es infrecuente que la Administración pueda acudir a la colaboración externa para la prestación de servicios públicos en lo que se ha venido a conocer como la externalización en dicha prestación. Menos aún que debe cercenarse, sino todo lo contrario, que ello pueda hacerse acudiendo a medios propios, con independencia de la forma jurídica que dichos medios tengan. Pero no es de eso de lo que se trata en el presente supuesto porque ni se trata de un servicio público, en sí mismo considerado, sino de una propia actuación administrativa interna mediante la cual pueden dictarse los actos administrativos que, ellos sí, pueden comportar esa prestación de servicios; ni el ejercicio de dicha actividad puede encomendarse a personal ajeno a la Administración, como hemos visto. Por ello no es que la Administración externalice un servicio, es que externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional". De tal manera que "[...] la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida(s) las competencias correspondientes [...]", "[...] sin que sea admisible una pretendida alteración de [...] la exigencia legal de que la Administración ejercita(e) sus potestades mediante el personal funcionario del que debe estar dotado cada uno de los órganos que la integran".

En definitiva, para el Consejo Consultivo, la responsabilidad de la tramitación de los procedimientos administrativos corresponde —tanto formal como materialmente— a los órganos integrados en la Administración pública, no así a las entidades instrumentales de las que aquella se valga para la prestación de los servicios públicos de su competencia —y mucho menos a los particulares, en una suerte de "[...] privatización encubierta de un servicio (la tramitación de los procedimientos administrativos) que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del derecho administrativo propio del Estado de derecho"—. Lo que, en unión de lo manifestado en la STS de 14 de septiembre de 2020, lleva a concluir que la sustanciación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial tramitados con ocasión de los daños derivados de la prestación, por parte de la Sociedad de Desarrollo —sociedad anónima de capital íntegramente

público—, de un servicio público municipal, le corresponde a la propia entidad pública —Ayuntamiento— titular del servicio público implicado en la producción del hecho lesivo.

3.2
La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)

La inicial conclusión se alcanza en el dictamen no solo con fundamento en la doctrina jurisprudencial que acaba de exponerse en el apartado anterior, pues en realidad esta viene a refrendar lo dispuesto en la legislación de régimen local. Y es que, como se establece en el párrafo final del art. 85 LRBRL, "la forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el art. 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos", en coherencia con lo preceptuado en el art. 92.3 LRBRL: "corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función". De esta manera, como ocurre en el caso analizado, el modelo de gestión por el que se haya optado —gestión directa mediante sociedad mercantil local— y el régimen jurídico al que quede sometida la entidad instrumental prestadora del servicio público municipal —de derecho privado *ex* art. 85 ter LRBRL— no son circunstancias que impiden, sino que, al contrario, obligan a observar lo dispuesto de forma imperativa en los arts. 92.3 LRBRL y 9 EBEP.

3.3
La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)

Por último, idéntica conclusión alcanza el dictamen al analizar la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común.

Así, se tiene en cuenta que el ámbito subjetivo de aplicación de la LPACAP se extiende al sector público, en donde se incluye el denominado "sector público institucional" [art. 2.1.d)], que a su vez se halla integrado, entre otros, por las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas [art. 2.2.b)], como es el caso de la sociedad anónima que ahora se examina. Estas entidades de derecho privado, por disponerlo así el propio precepto legal, quedan "sujetas a lo dispuesto en las normas de esta ley que específicamente se refieran a las mismas", y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

Pues bien, teniendo en cuenta que, por un lado, el art. 92 de la LPACAP, al referirse —con carácter básico *ex* art. 149.1.18.ª CE— a la "competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial", omite cualquier mención del órgano competente de las entidades de derecho privado llamado a resolver esta clase de procedimientos administrativos —no así respecto a las "entidades de derecho público"—, y que, por otro lado, la potestad de tramitar tales procedimientos administrativos no le está reconocida legalmente, tal y como advierte el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de septiembre de 2020, para el Consejo Consultivo es obligado colegir, una vez más, que la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la prestación del servicio público municipal corresponde a la Administración titular del servicio implicado, y no a la sociedad privada responsable de la gestión material de aquel.

El dictamen se hace eco también, en el marco del derecho autonómico comparado, de la acogida de este razonamiento jurídico en la legislación autonómica sobre servicios públicos. Así, y sirva como ejemplo, cita la Ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, que, tras señalar en su art. 37.2 que "en los casos de gestión directa del servicio a través de otras entidades instrumentales del sector público diferentes de las expresadas en el apartado anterior [...] —entidades públicas instrumentales— las relaciones de las personas usuarias con el prestador del servicio tendrán naturaleza jurídico-privada, sin perjuicio de la obligación del prestador del servicio de admitir a la utilización del servicio a las personas que cumplan los requisitos para ello y, en particular, sin perjuicio de la aplicación de las previsiones de este título y de la tutela y garantía de la posición de la persona usuaria por la administración competente", viene a establecer en su art. 40 ["Responsabilidad patrimonial derivada de la prestación de los servicios públicos de titularidad autonómica"] dos previsiones normativas de especial relevancia. Por un lado, se indica que "las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a

la administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal, sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración" —art. 40.1—. Y, por otro, se advierte que "si la administración titular del servicio público entiende que se produjeron lesiones en los bienes y derechos de las personas usuarias susceptibles de ser indemnizadas por concepto de responsabilidad patrimonial, iniciará de oficio el procedimiento correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal" —art.40.2—. Lo que no hace más que ratificar cuanto se ha manifestado hasta ahora respecto a la competencia para tramitar esta clase de procedimientos administrativos.

4
Una cuestión conexa: la legitimación pasiva de la Administración municipal

Como complemento a cuanto se ha señalado en los apartados anteriores, el dictamen considera pertinente advertir —por cuanto se trata de una cuestión conexa e implícitamente planteada por la representante del perjudicado en su reclamación— que, aun cuando la reclamación patrimonial pudiera ser presentada ante la entidad privada instrumental, ante la Administración titular del servicio público implicado, o ante ambas, lo cierto es que, a la vista de la mera literalidad del art. 35 de la LRJSP y de los recientes pronunciamientos judiciales al respecto, se entiende que la responsabilidad recae en la entidad pública titular del servicio público al que se imputa el daño, sin que resulte procedente accionar autónomamente —y, consecuentemente, responder en exclusiva y desvinculadamente de la responsabilidad de la Administración pública titular de la competencia propia—, en concepto de responsabilidad patrimonial, contra la sociedad mercantil que gestiona el servicio implicado en la producción del hecho lesivo. Así parece deducirse de la sentencia n.º 777/2018, de 19 de diciembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. n.º 564/2016), al indicar, en relación con el art. 35 de la LRJSP, que "este nuevo régimen faculta a los particulares el derecho a ser indemnizados, siempre que concurran todos los presupuestos legales, por las Administraciones públicas en el caso de las Sociedades Mercantiles (en este caso estatal) (art. 35 de la Ley 40/2015) [...]"; lo que nos conduce a entender que, por más que se reclame directamente —en concepto de responsabilidad

patrimonial de las Administraciones públicas *ex* arts. 32 y ss. LRJSP— a la sociedad mercantil prestadora del servicio público, la acción indemnizatoria se entiende dirigida, en todo caso, contra la Administración pública matriz y titular del servicio público, como garante y responsable última de la prestación del servicio implicado en la producción del daño.

En el mismo sentido, el dictamen cita la sentencia n.º 850/2021, de 21 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuyos fundamentos jurídicos se puede leer lo siguiente:

> "Falta de agotamiento de la vía administrativa frente a la Comunidad de Madrid.
>
> Sostiene la Comunidad de Madrid que en la medida que no se ha ejercitado acción alguna en vía administrativa frente a la misma, no puede recaer un pronunciamiento condenatorio respecto de dicha Administración.
>
> Cierto es que tanto en la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en vía administrativa como en el suplico de la demanda se menciona únicamente a ARPROMA, hoy OBRAS DE MADRID. GESTIÓN DE OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A., no obstante, como hemos expuesto, Obras de Madrid. Gestión de Obras e Infraestructuras, S.A., es una empresa pública de la Comunidad de Madrid, que forma parte de su Administración Institucional, participada al cien por cien por la Comunidad de Madrid, y que está adscrita a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, por lo que la acción dirigida contra Arprona ha de entenderse igualmente dirigida contra la Consejería de quien depende. Cabe señalar que las competencias respecto a las actividades y servicios que desarrollan, aunque localizadas en el ente institucional, siguen perteneciendo a la Administración pública de la que depende aquél, pertenencia que explica el hecho de que la responsabilidad del ejercicio de la competencia corresponde a la administración matriz. De esta especial situación surge la necesidad de fiscalización, control y tutela de los entes institucionales por parte de la Comunidad, siendo regulada ampliamente por la ley la forma en que se desarrollan aquéllos. En atención a lo expuesto, procede la desestimación del motivo invocado.
>
> [...] Sobre la causa de inadmisibilidad por falta de legitimación pasiva.
>
> [...] la falta de legitimación pasiva planteada por la demandada, debe ser rechazada. En efecto, y como hemos visto más arriba, la recurrente dirigió directamente su reclamación administrativa a ARPROMA, hoy OBRAS DE MADRID. GESTIÓN DE OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A.,

cuyo silencio administrativo implica su desestimación y la posibilidad de acudir a esta sede judicial reclamando la declaración de ilegalidad de dicha decisión administrativa.

Por consiguiente, es obvio que cabe considerar a tal Administración con legitimación pasiva, con independencia del éxito o fracaso de las pretensiones del recurrente, cuestión que después deberá ser tratada por la Sala".

5
Conclusión final

La aplicación al caso analizado de los argumentos legales y jurisprudenciales expuestos en las líneas precedentes lleva al Consejo Consultivo a considerar que en este asunto el procedimiento no se ha instruido por el órgano competente, habida cuenta de que el expediente de responsabilidad patrimonial, instruido por parte del director-gerente de la sociedad mercantil de referencia, vulnera las normas imperativas o de *ius cogens* que resultan de aplicación al caso (arts. 85.2, *in fine*, y 92.3 LRBRL, y art. 9.2 EBEP en relación con el art. 6.3 del Código Civil), y la resolución final que en su caso se dictara podría incurrir por ello en causa de nulidad por aplicación del art. 47.1.g) LPACAP, y podría asimismo suponer una omisión, total y absoluta, del procedimiento "legalmente establecido" [art. 47.1.f) LPACAP], tal y como se extrae de la sentencia n.º 77/2019, de 13 de marzo de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (rec. 137/2017), ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia n.º 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020 (rec. 5442/2019).

En consecuencia, concluyó el Consejo Consultivo en este dictamen que debían retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la fase de admisión a trámite de la reclamación patrimonial interpuesta, debiendo procederse a sustanciar el correspondiente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración titular del servicio público a la que se le imputaba la causación del daño resarcible. Y, una vez practicada la instrucción del procedimiento —con estricta observancia de los trámites y demás garantías establecidas en la LPACAP—, procedería elevar la oportuna propuesta de resolución a este Consejo Consultivo de Canarias, a fin de que se evacuara dictamen preceptivo de conformidad con su ley reguladora.

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.

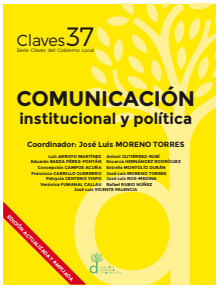
- FORMATO: La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 11. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir las Normas de citación APA.
  Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.

- EXTENSIÓN: Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. 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.

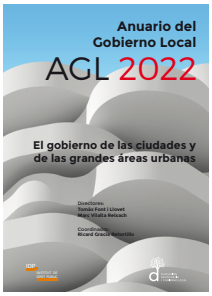
FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

ÚLTIMAS PUBLICACIONES:



Comunicación institucional y política

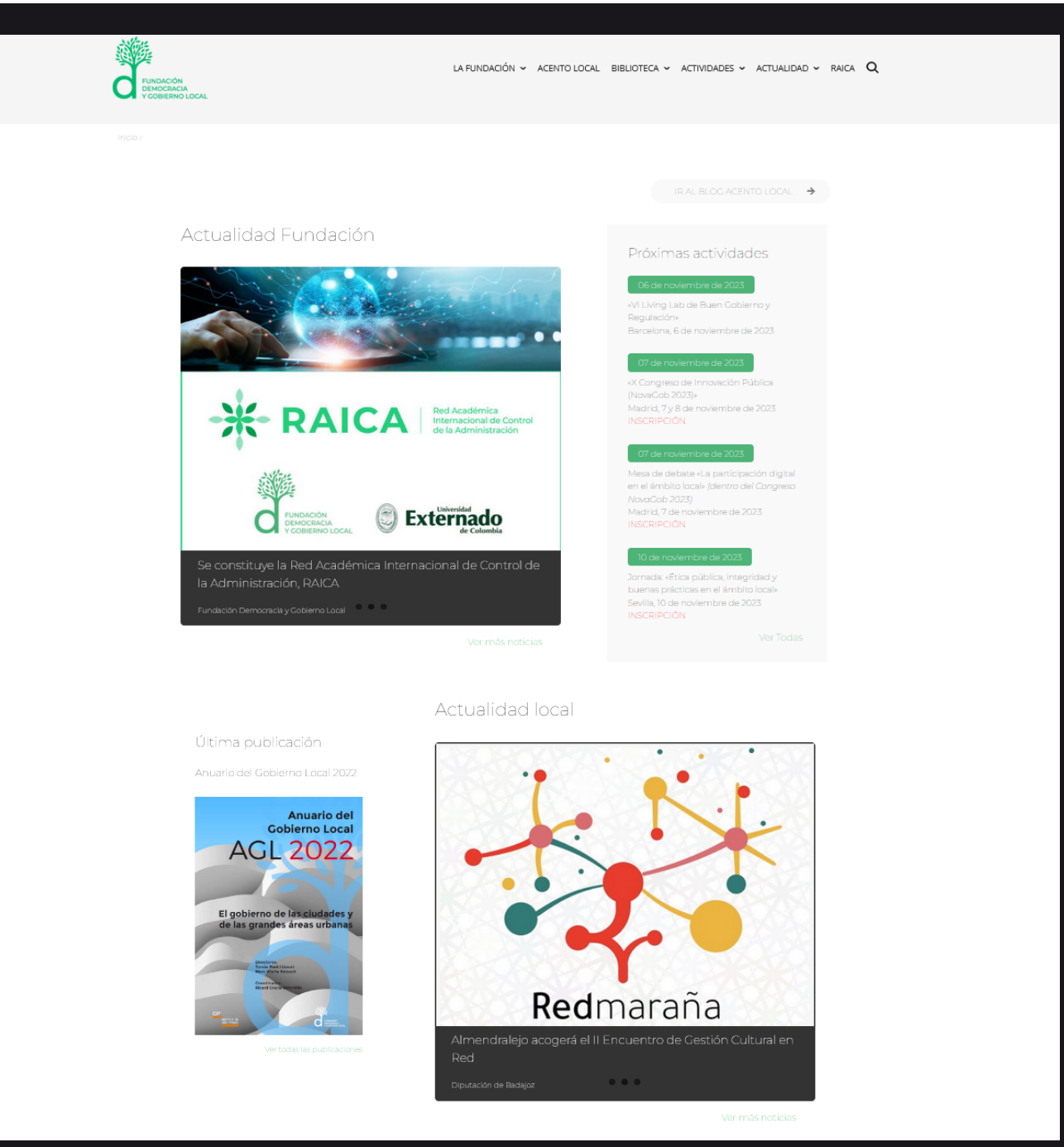
Anuario del Gobierno Local 2022



Anuario del Buen Gobierno y
de la Calidad de la Regulación 2022

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



QDL63ÍNDICE

ESTUDIOS

I. Sección monográfica
El régimen especial de los municipios de gran población en su vigésimo aniversario

14 Las transformaciones de la ciudad y su derecho. El papel actual de las grandes ciudades · TOMÀS FONT I LLOVET

33 Municipios de gran población, veinte años después · FRANCISCO VELASCO CABALLERO

67 Ámbito de aplicación del régimen de los municipios de gran población · SILVIA DEL SAZ

91 La potestad de autoorganización de los entes integrantes de la Administración local. Especial referencia a los municipios de gran población · LUCIANO PAREJO ALFONSO

144 Evaluación del régimen económico-financiero de los municipios de gran población · CÉSAR MARTÍNEZ SÁNCHEZ

171 De la capitalidad y el régimen especial de la villa de Madrid · JOSÉ JOAQUÍN JIMÉNEZ VACAS

199 El régimen especial del Ayuntamiento de Barcelona · JORDI CASES PALLARÈS y ELISENDA AGUILÀ RECHA

231 La aplicación práctica del régimen especial de los municipios de gran población en los ayuntamientos de tamaño intermedio · JOSÉ MARÍA MENÉNDEZ ALONSO

II. Sección general

256 Contratos con prestaciones de carácter intelectual · CARME SIBINA VIDAL

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

310 Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en materia de autonomía local · JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

333 Los principios estructurales de la gobernanza local y el Tribunal Supremo · JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT

370 Urbanismo judicial: jurisprudencia para la ciudad del futuro · RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE

388 Declaraciones institucionales, colocación de pancartas, banderas y otros símbolos en las entidades locales · ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ

416 El delito de construcción ilegal y el papel de la Administración local para su prevención y sanción · ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

446 Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de mayo a 1 de septiembre de 2023) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

CRÓNICA CONSULTIVA

474 Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre el cauce aplicable para sustanciar la responsabilidad patrimonial de contratistas y concesionarios · JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR

491 La responsabilidad patrimonial por daños causados por las entidades mercantiles municipales. Aspectos procedimentales (Dictamen 198/2023, de 4 de mayo de 2023) · BEGOÑA DELGADO CASTRO

FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

www.gobiernolocal.org