

## Artículos

- La alteración de términos municipales en la reforma local de 2013: crónica de un fracaso anunciado  
*The alteration of municipal terms in the local reform of 2013: chronicle of an announced failure*  
ELOÍSA CARBONELL PORRAS ..... 5-21
- El municipio turístico de Andalucía: claves sustantivas de su nueva regulación  
*The tourist municipality of Andalucía: substantive keys of its new regulation*  
MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO ..... 22-40
- Análisis sobre la implantación del singular modelo de Cartas de Servicios en Cataluña  
*Analysis on the implementation of the unique model of Services Cards in Catalonia*  
MARÍA DEL MAR CARAZA CRISTÍN ..... 41-59
- Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas  
*Limits of the principle of budgetary stability with respect to the financial autonomy of the Spanish Autonomous Communities*  
CARLO ALBERTO CIARALLI ..... 60-83

## Estudios breves

- Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano  
*Economic crisis and protection of social right in Europe. Reflections from the Italian perspective*  
GIANLUCA GARDINI ..... 84-98
- La potestad autonormativa en relación con los estatutos del personal de los parlamentos autonómicos  
*Autonomous authority in relation to the staff regulations of autonomous parliaments*  
RAFAEL CANO SILVA ..... 99-109

## Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)  
*Again on non-attached members of local government (the ruling of the constitutional court 151/2017, december 21)*  
LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ ..... 110-127
- El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa  
*Vehicle rental with driver (VTC) and its legal implications. Uber, Cabify and the collaborative economy*  
NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO ..... 128-147
- La inaudita STC 108/2017, de 21 de septiembre, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà  
*The unprecedented Constitutional Court's Judgment no. 108/2017, of September 21, about Law of the Parliament of Catalonia 8/2015, of June 10, of creation of the municipality of Medinyà*  
MIQUEL PONS PORTELLA ..... 148-164



# reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **9**  
Nueva época  
Abril, **2018**



MINISTERIO  
DE HACIENDA  
Y FUNCIÓN PÚBLICA

**INAP**  
INSTITUTO NACIONAL DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ISSN: 1989-8975  
DOI: 10.24965/reala  
www.inap.es  
<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA>

**Director del INAP:** Manuel Arenilla Sáez  
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración  
(Universidad Rey Juan Carlos)

**Director de la Revista:** José María Baño León  
Catedrático de Derecho Administrativo  
(Universidad Complutense de Madrid)

**Coordinación:**  
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

**Redacción y administración:**  
Atocha, 106, 28012 Madrid  
Tel.: 91 273 91 62  
correo electrónico: [reala@inap.es](mailto:reala@inap.es)

**Edita:** Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975  
NIPO: 174-17-020-1  
Depósito legal: M-1.582-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:  
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

**Director:** José María Baño León, Universidad Complutense de Madrid (España)  
**Secretaría:** Lucía Alarcón Sotomayor, Universidad de Córdoba (España).

### CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Rebollo Puig, Universidad de Córdoba (España). José Carlos Vieira de Andrade, Universidad de Coimbra (Portugal). Gianluca Gardini, Universidad de Ferrara (Italia). Diego Zegarra Valdivia, Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú). Concepción Barrero Rodríguez, Universidad de Sevilla (España). Alejandro Huergo Lora, Universidad de Oviedo (España). Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (España). Belén Noguera de la Muela, Universidad de Barcelona (España). Silvia Díez Sastre, Universidad Autónoma de Madrid (España).

### CONSEJO CIENTÍFICO

Germán Fernández Farreres, Universidad Complutense de Madrid (España). Francisco López Menudo, Universidad de Sevilla (España). Eloy García López, Universidad Complutense de Madrid (España). Eloísa Carbonell Porras, Universidad de Jaén (España). Mariano López Benítez, Universidad de Córdoba (España). Marco Dugato, Universidad de Bolonia (Italia). Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemania). Silvia del Saz Cordero, UNED (España). Marcos Vaquer Caballería, Universidad Carlos III de Madrid (España). Alessandra Pioggia, Universidad de Perugia (Italia). Francesco Bilancia, Universidad de Chieti-Pescara (Italia). Edorta Cobreros Mendazona, Universidad del País Vasco (España). Eduardo Cordero Quinzacara, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Francisco Villar Rojas, Universidad de La Laguna (España). Hans Christian Röhl, Universidad de Konstanz (Alemania). José María Rodríguez de Santiago, Universidad Autónoma de Madrid (España). Joan Manuel Trayter Jiménez, Universidad de Gerona (España). Mercedes Fuertes López, Universidad de León (España). José María Gimeno Feliú, Universidad de Zaragoza (España). Luis Míguez Macho, Universidad de Santiago de Compostela (España). Eva Desdentado Daroca, Universidad de Alcalá (España). José Luis Blasco Díaz, Universidad Jaume I de Castellón (España). Estanislao Arana García, Universidad de Granada (España). Gabriel Domenech Pascual, Universidad de Valencia (España). Julián Valero Torrijos, Universidad de Murcia (España). Raúl Letelier Wartenberg, Universidad de Chile (Chile). Juan José Díez Sánchez, Universidad de Alicante (España). Giuseppe Piperata, Universidad de Venecia (Italia). Fabio Medina Osorio, Universidad Rio Grande del Sur (Brasil). Héctor Santaella Quintero, Universidad de Externado (Colombia).

La Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (**REALA**), publicada desde el año 1985 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), es la sucesora de la revista Estudios de la Vida Local (REVL), publicación iniciada por el Instituto de Estudios de Administración Local en 1942. Está dirigida a un público formado por académicos, investigadores, expertos y en general a todos aquellos profesionales interesados por los ámbitos del Gobierno y de la Administración local y autonómica. Tiene carácter multidisciplinar, especialmente en aquellas ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del objeto de la revista: derecho, ciencia de la administración, ciencia política, gestión pública, sociología y economía. **REALA** es una publicación de periodicidad semestral (mayo-noviembre) editada en formato digital que asume los criterios de exigencia aplicados en aquellas revistas que gozan de máximo reconocimiento internacional, empezando por la selección (mediante el protocolo del Open Journal System para la evaluación anónima por pares) de trabajos originales y conformes a las directrices para autores. En la evaluación participan revisores externos nacionales e internacionales ajenos al Consejo de Redacción y al INAP.



**REALA** se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

## Sumario / Table of contents

### Artículos

La alteración de términos municipales en la reforma local de 2013: crónica de un fracaso anunciado <i>The alteration of municipal terms in the local reform of 2013: chronicle of an announced failure</i>	
ELOÍSA CARBONELL PORRAS .....	5
El municipio turístico de Andalucía: claves sustantivas de su nueva regulación <i>The tourist municipality of Andalucía: substantive keys of its new regulation</i>	
MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO .....	22
Análisis sobre la implantación del singular modelo de Cartas de Servicios en Cataluña <i>Analysis on the implementation of the unique model of Services Cards in Catalonia</i>	
MARÍA DEL MAR CARAZA CRISTÍN .....	41
Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas <i>Limits of the principle of budgetary stability with respect to the financial autonomy of the Spanish Autonomous Communities</i>	
CARLO ALBERTO CIARALLI .....	60

### Estudios breves

Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano <i>Economic crisis and protection of social right in Europe. Reflections from the Italian perspective</i>	
GIANLUCA GARDINI .....	84
La potestad autonormativa en relación con los estatutos del personal de los parlamentos autonómicos <i>Autonomous authority in relation to the staff regulations of autonomous parliaments</i>	
RAFAEL CANO SILVA .....	99

### Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre) <i>Again on non-attached members of local government (the ruling of the constitutional court 151/2017, december 21)</i>	
LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ .....	110
El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa <i>Vehicle rental with driver (VTC) and its legal implications. Uber, Cabify and the collaborative economy</i>	
NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO .....	128
La inaudita STC 108/2017, de 21 de septiembre, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà <i>The unprecedented Constitutional Court's Judgment no. 108/2017, of September 21, about Law of the Parliament of Catalonia 8/2015, of June 10, of creation of the municipality of Medinyà</i>	
MIQUEL PONS PORTELLA .....	148

<b>Autores</b> .....	165
----------------------	-----



## La alteración de términos municipales en la reforma local de 2013: crónica de un fracaso anunciado<sup>1</sup>

### *The alteration of municipal terms in the local reform of 2013: chronicle of an announced failure*

Eloísa Carbonell Porras  
Universidad de Jaén  
eloisa.carbonell@ujaen.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Jaén. Con anterioridad ha sido profesora en las Universidades de Córdoba y Complutense de Madrid. Sus líneas de investigación fundamentales son el Derecho Local y el Derecho del Transporte.

---

#### RESUMEN

La reforma de la legislación básica de régimen local operada por la Ley 27/2013, de 27 diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, ha incidido en la planta municipal para intentar corregir los problemas de minifundismo en un doble plano: por un lado, se han endurecido los requisitos para crear municipios por segregación; y, por otro, se aprueban medidas de fomento de la fusión de municipios, regulando el convenio de fusión voluntaria. Estas modificaciones delimitan el objeto de este estudio que analiza los principales problemas jurídicos que la interpretación de estos cambios suscita así como sus consecuencias reales. Sobre su base, se concluye que, aunque los cambios sí son relevantes para impedir nuevos municipios, tienen una eficacia muy limitada para reducir los municipios pequeños existentes.

#### PALABRAS CLAVE

Derecho local; términos municipales; fusión de municipios.

---

#### ABSTRACT

The reform of the basic legislation of the local regime operated by Law 27/2013, of December 27, on Rationalization and Sustainability of Local Administration has affected the municipal structure in order to try to correct the problems of small municipalities in a double sense: on the one hand, the requirements to create municipalities by segregation have been hardened; and, on the other, measures to promote the merger of municipalities have been approved, by regulating the voluntary merger agreement. These modifications delimit

---

<sup>1</sup> Este trabajo constituye mi colaboración para la obra *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje al Profesor Luciano Parejo Alfonso* y ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional, *Las Entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea* (DER2016-74843-C3-1-R), del que soy Investigadora Principal, que se desarrolla en el Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI) SEJ-317, "El Derecho Público y la crisis institucional y económica". También deben tenerse en cuenta el Grupo de Excelencia de la Universidad Rey Juan Carlos, "Derecho y política económica" (GEDPE), y el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid 931089, "Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa", en los que colaboro como miembro externo.

the object of this study that analyzes the main legal problems that the interpretation of these changes imply as well as their real consequences. On its basis, it is concluded that, although the changes are relevant to prevent new municipalities, they have a very limited effectiveness in reducing the existing small municipalities.

## KEYWORDS

Local regime; municipal terms; merger of municipalities.

## SUMARIO

I. UNA AMBICIOSA REFORMA DE LIMITADA EFICACIA. II. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 13 LBRL EN GENERAL. III. LOS NUEVOS REQUISITOS PARA LA CREACIÓN DE MUNICIPIOS POR SEGREGACIÓN DE UN NÚCLEO DE POBLACIÓN. IV. LA FUSIÓN VOLUNTARIA DE MUNICIPIOS: A) GENERALIDADES. B) MUNICIPIOS SUSCEPTIBLES DE FUSIONARSE. C) NATURALEZA DEL CONVENIO DE FUSIÓN Y SU RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO GENERAL PARA ALTERAR LOS TÉRMINOS MUNICIPALES. D) CONSECUENCIAS DE LA FUSIÓN. D) LAS MEDIDAS DE FOMENTO DE LA FUSIÓN. E) LA PROPUESTA DE FUSIÓN DEL ARTÍCULO 116. BIS LBRL. V. UNA REFLEXIÓN FINAL. VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. UNA AMBICIOSA REFORMA DE LIMITADA EFICACIA

La Ley 27/2013, de 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL) llevó a cabo una profunda modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LBRL), directamente relacionada con la reforma del artículo 135 de la Constitución y el programa de medidas para reestructurar nuestra organización pública del conocido informe CORA. Con esta idea los objetivos básicos según el preámbulo de la LRSAL son «clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio “una Administración, una competencia”, racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas». Su aprobación fue controvertida, discutiéndose en todos los foros y desde todas las perspectivas posibles. Pretendía reformar nuestras Administraciones locales desde la óptica de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, que constituyó su fundamento inicial, pero afecta con diverso alcance y sentido a todo el régimen local. Sin embargo, por razones distintas, las consecuencias no han sido las esperadas: las Comunidades Autónomas reaccionaron con rapidez para evitar su aplicación<sup>2</sup>; la doctrina se mostró sumamente crítica, cuestionando su constitucionalidad y su eficacia en la consecución de esos objetivos, poniendo de manifiesto sus deficiencias técnicas que, en cierta medida, abrieron cauces para realizar interpretaciones conforme la Constitución pero en sentido diferente del pretendido por el legislador<sup>3</sup>; el Tribunal Constitucional ya ha resuelto los diversos recursos de inconstitucionalidad, anulando algunos

<sup>2</sup> Puede verse, entre otros, A. GALÁN GALÁN, “La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. extraordinario 2015; o, J. TEJEDOR BIELSA, “El desarrollo autonómico de la reforma local de 2013. Entre la rebelión y el pragmatismo”, en *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, 2015, pág. 81 y ss.

<sup>3</sup> El VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Alicante, los días 8 y 9 de febrero de 2013, ya cuestionaba algunas de las modificaciones que se pretendían introducir y así se recoge en las actas publicadas en *La planta del Gobierno Local*, coordinadas por J. J. DIEZ SÁNCHEZ, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2013. También pueden verse las obras colectivas *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, 2014; *La reforma de 2013 del régimen local español*, 2014; *La reforma del régimen local*, 2014; *Sostenibilidad financiera y Administración local. Un estudio comparado*, 2014; *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, 2014; *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, 2015; *Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Estudio sobre la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, 2015; *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, 2015; y, *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, 2015; *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local*; así como los números monográficos del *Anuario del Gobierno Local*, 2013, *Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: ¿es esta la reforma?*, 2013; y *¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013*, 2012; de *Cuadernos*

de sus artículos e interpretando otros conforme a la Constitución<sup>4</sup>. Por todo esto, la efectividad de la reforma cuatro años después ha sido limitada con carácter general<sup>5</sup>. Tampoco son muchos los logros conseguidos en la pretensión de incidir en el minimunicipalismo como seguidamente se pone de manifiesto.

## II. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 13 LBRL EN GENERAL

Como es sabido, la reforma ambiciona modificar la estructura organizativa local desde la óptica de la racionalización y la sostenibilidad financiera. En la materialización de este objetivo destaca, sin duda, la supresión de las Entidades locales de ámbito territorial inferior al Municipio que podían reconocer las Comunidades Autónomas según disponía la letra a) del apartado 2 del artículo 3 LBRL, que ha sido suprimida<sup>6</sup>. En relación con las Entidades Locales constitucionalmente garantizadas, la LRSAL pretendería incidir en la planta municipal modificando al efecto el artículo 13 LBRL sobre los términos municipales, por un lado, y, por otro lado, reforzando la posición institucional de las Diputaciones Provinciales según confiesa expresamente el preámbulo de la LRSAL. De esta segunda cuestión he tenido ocasión de ocuparme con cierto detalle para concluir que, tras la reforma, también las comarcas –y otros entes supramunicipales– pueden considerarse «entidades equivalentes» a las Diputaciones provinciales (como desde el principio han sido las Comunidades Autónomas uniprovinciales, las Diputaciones Forales vascas y los Cabildos y Consejos Insulares), de modo que la consecuencia final podría suponer lo contrario al pretendido reforzamiento de las Diputaciones<sup>7</sup>. Ahora se analiza la nueva redacción del artículo 13 LBRL, que establece la legislación estatal básica en relación con la alteración de los términos municipales<sup>8</sup>.

de Derecho Local, *La revisión del Gobierno y la Administración local en la Ley 27/2013*, núm. 34, 2014; de la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nueva Época. núm. extraordinario, 2015; y de la *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinario 169, *Análisis de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*. También las monografías M. MEDINA GUERRERO, *La reforma del régimen local*, 2014; L. MELLADO RUIZ, *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?*, 2014.

Como tuve ocasión de señalar en E. CARBONELL PORRAS, “Sobre la reforma local y las competencias municipales propias”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99/100, 2014, págs. 765-766, además de las dudas sobre la constitucionalidad de algunos preceptos o la necesidad de realizar interpretaciones conforme a la Constitución de la misma, la LRSAL es deficiente técnicamente; incurre en varias contradicciones e incongruencias que se aprecian con más claridad cuando se maneja un texto consolidado de la LBRL, pues no siempre tuvo en cuenta los preceptos que no eran modificados; y se acrecientan con la lectura de las disposiciones adicionales y transitorias de la propia LRSAL.

<sup>4</sup> Concretamente se trata de la STC 41/2016 de 3 marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Asamblea de Extremadura; la STC 111/2016, de 9 de junio, el interpuesto por la Junta de Andalucía; la STC 168/2016, de 6 de octubre, el del Principado de Asturias; la STC 180/2016, de 20 de octubre, el del Parlamento de Navarra; la STC 44/2017, de 27 de abril, el de los Diputados integrantes de diversos grupos parlamentarios; la STC 45/2017, de 27 de abril, el interpuesto por el Parlamento de Andalucía; la STC 54/2017, de 11 de mayo, el del Parlamento de Cataluña; la STC 93/2017, de 6 de julio, el de la Generalitat de Cataluña; la STC 101/2017, de 20 de julio, el del Gobierno de Canarias; y la STC 107/2017, de 21 de septiembre, que resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por 2.393 municipios. Puede verse, entre otros, L. MEDINA ALCOZ, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, y R. GRACIA RETORTILLO, “La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía local”, ambos en *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, pág. 189 y ss. y 2.225 y ss., respectivamente; A. BAYONA I ROCAMORA, “La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional: comentarios a las primeras sentencias”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 2017, pág. 284 y ss.; C. PADRÓS REIG, “El examen de la constitucionalidad de la reforma local de 2013”, en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 46, 2017; J. M. DÍAZ LEMA, “La STC 041/2016: aval del Tribunal Constitucional a las medidas relativas a la planta local y la reordenación de las competencias locales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, pág. 351 y ss.; L. MARTÍN REBOLLO y J. M. ALEGRE ÁVILA, “Las competencias locales en la STC 41/2016, de 3 de marzo”, en *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, 2017, pág. 2.015 y ss.; o A. BOIX PALOP, “El régimen local tras el fracaso de la reforma 2013”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 68, 2017, pág. 24 y ss.

<sup>5</sup> Pueden verse las reflexiones generales de L. MELLADO RUIZ, “Crisis económica y Administración local” en *Crisis económica y Derecho Administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, 2016, pág. 95 y ss. También F. VILLAR ROJAS, “Razones y contradicciones de la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” en *La administración al día*, 18 de julio de 2014; o L. PAREJO ALFONSO, “Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno local” en *Cuadernos de Derecho local* núm. 34, 2015, pág. 15.

<sup>6</sup> En consecuencia también se elimina el artículo 45 LBRL que las regulaba. De todo ello se ha ocupado con detenimiento R. PIZARRO NEVADO, “Entidades y «entes» de ámbito territorial inferior al municipio tras la reforma local de 2013”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* núm. 8, 2017, pág. 49 y ss.

<sup>7</sup> Vid. E. CARBONELL PORRAS, “Replanteamiento sobre las provincias: del pretendido reforzamiento de su posición institucional a una posible mutación constitucional”, en *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, 2016, pág. 105 y ss.

<sup>8</sup> Como es sabido, las Comunidades Autónomas asumieron la competencia relativa a las alteraciones de los términos municipales de su territorio con apoyo en el artículo 148.1. 2.ª de la Constitución. Sobre el reparto de competencias en esta materia, puede verse E. CARBONELL PORRAS, “La planta local: análisis general y perspectivas de reforma”, en *La planta...*, cit., pág. 28 y ss.

Curiosamente y a pesar de la insistencia doctrinal en la necesaria corrección de nuestra planta municipal, ninguno de los borradores de anteproyectos de la reforma contemplaban modificar el artículo 13 LBRL, aunque sí lo hace el Proyecto de Ley<sup>9</sup>. Los cambios tienen diferente alcance: en primer lugar, se exige el informe de la Administración que ejerza la tutela financiera en todos los procedimientos de alteración de términos municipales ( apartado 1.º); en segundo lugar, se endurecen las condiciones para la creación de nuevos municipios (apartado 2.º); y, en tercer lugar, se desarrollan las medidas de fomento de la fusión de los municipios que desde 1985 preveía el apartado 3.º, introduciendo al efecto los nuevos apartados 4.º, 5.º y 6.º. Esta modificación suscita diversas cuestiones de interés que no han pasado desapercibidas para la doctrina<sup>10</sup>.

Seguidamente se analizan las novedades más relevantes del nuevo artículo 13 LBRL respecto de la creación de nuevos municipios, que puede producirse por segregación de un núcleo de población en el supuesto previsto en el apartado 2, o por fusión de municipios preexistentes en los apartados 4 a 6. Se trata, por tanto, de dos supuestos diferentes pues, en el primer caso, nacerá un nuevo municipio, manteniéndose aquél del que se segrega, mientras que en el segundo, sí se reducirá el número de municipios al suprimirse los fusionados. Pero en los dos supuestos se trata de alterar los términos municipales y, en consecuencia,

<sup>9</sup> El grupo de colaboración interadministrativa del Instituto Nacional de Administración Pública formuló una propuesta de modificación del articulado LBRL (versión 1. 2 de 25 de mayo de 2012) que no afectaba al artículo 13 de la misma, aunque en las cuestiones pendientes se incluía la relativa a la alteración de términos municipales planteándose la posibilidad de añadir al apartado 2 del artículo 13 LBRL la prohibición de que el municipio resultante de una segregación pudiera tener menos de 20.000 habitantes. Tampoco el informe ejecutivo de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), disponible en [http://www.sefp.minhfp.gob.es/web/areas/reforma\\_aapp/actuaciones.html](http://www.sefp.minhfp.gob.es/web/areas/reforma_aapp/actuaciones.html), presentado al Consejo de Ministros del 21 de junio de 2013, págs. 18-19, hace referencia a concretas medidas de corrección de los términos municipales. Los diversos anteproyectos de ley de 13 de julio, de 14 de noviembre y de 22 de diciembre de 2012, así como los de 4 y 18 de febrero y 21 de mayo de 2013 no prevén ninguna reforma del artículo 13 LBRL. Es el Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes generales. Congreso de los Diputados de 6 de septiembre de 2013, núm. 58-1 el que ya introduce la modificación que coincide con la definitivamente aprobada.

No obstante, el anteproyecto de 4 de febrero de 2013 incorporaba a la LBRL un nuevo artículo 61 bis que determinaba la extinción de los municipios con población inferior a 5.000 habitantes si sus órganos de gobierno habían sido disueltos por su persistencia en el incumplimiento de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria o concurrían ciertas circunstancias (evaluación negativa de los servicios mínimos, remanentes de tesorería para gastos generales negativos...). Esta opción fue pronto abandonada pues con el anteproyecto de 18 de febrero de 2013 el precepto sólo contemplaba la intervención de estos municipios. La versión de 21 de mayo de 2013 también acaba con esta idea, limitándose a remitir a las medidas coercitivas previstas en la Ley Orgánica 2/2012, que tampoco está presente en el Proyecto de Ley.

<sup>10</sup> De esta nueva regulación se han ocupado M.ª J. ALONSO MAS, "El nuevo régimen de las fusiones de municipios", en *Reforma...*, cit., pág. 297 y ss.; J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, "Estrategias para ganar tamaño en la gestión administrativa tras la reforma de 2013", en *Los retos...*, cit., pág. 145 y ss.; M.ª A. ARIAS MARTÍNEZ, "La fusión de municipios", en *La racionalización...*, cit., pág. 105 y ss.; A. DE DIEGO GÓMEZ, "Las fusiones de ayuntamientos", en *La reforma...*, cit., pág. 301 y ss., y "La fusión de ayuntamientos en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, 2014, pág. 546 y ss.; J. M. DÍAZ LEMA, "La proyección del principio de sostenibilidad financiera sobre el marco competencial y la reordenación del «mapa» local (Ley 27/2013, de 27 diciembre)", en *Sostenibilidad financiera...*, cit., pág. 101 y ss.; E. JIMÉNEZ BLANCO, "La fusión de municipios en la Ley de racionalidad y sostenibilidad de la Administración Local", en *Análisis...* cit.; M. ALMEIDA CERREDA, "Un nuevo instrumento para el redimensionamiento de la planta municipal española: el convenio de fusión entre ayuntamientos", en *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 2, 2015, pág. 331 y ss.; y "La planta local a pequeña escala: municipios y entidades locales menores", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 35, 2014, pág. 7 y ss.; también M. ALMEIDA CERREDA, "La fusión convencional de municipios: una institución introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, y consagrada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016, de 3 de marzo", y D. DE SANTIAGO IGLESIAS, "Debate sobre la fusión de municipios en España: balance histórico y estado actual de la cuestión", ambos en *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, 2017; F. A. CASTILLO BLANCO, "La reforma de los Gobiernos Locales en España. ¿una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?", en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, 2017, II, pág. 1947 y ss.; A. CALONGE VELÁZQUEZ, "La fusión de municipios, único instrumento de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local para la modificación de la planta municipal: una oportunidad perdida", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma* núm. extraordinario enero 2015, pág. 6 y ss.; J. AMENÓS ÁLAMO, "El elemento territorial del municipio en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", en *Anuario de Gobierno local 2013*, 2014, pág. 49 y ss.; L. M. ARROYO YANES, "La creación de municipios en el nuevo derecho de la Administración Local", y F. J. SANZ LARRUGA, "De la segregación a la fusión de municipios en España", ambos en *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, 2014, págs. 2177 y ss., y 2403 y ss., respectivamente; A. PALOMAR OLMEDA, "La supresión-fusión de municipios", en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 37, 2015 pág. 225 y ss.; M. PONS-PORTELLA, "La población mínima de los nuevos municipios: estado de la cuestión tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", en *Revista de Estudios de la Vida Local y Autónoma* núm. 5, 2016; F. J. GRACIA HERRERO, "La racionalización de la estructura organizativa en los pequeños municipios tras la reforma local", en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, 2014, págs. 529 y ss. y, J. ÁLVAREZ MONTOTO, "La incidencia de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en la planta local española. La fusión voluntaria de municipios", en *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 173, 2014, pág. 12 y ss. Desde una perspectiva más amplia, F. J. DURÁN GARCÍA, *La fusión de municipios como estrategia*, 2016, y "La fusión coactiva de municipios en España: principios, estrategia y resultados", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 57, 2016, pág. 44 ss.; así como E. MARÍNEZ DE LA CASA RODRÍGUEZ, "Vetos y resistencias en el fracaso de la reforma de la planta local en España", en *Revista Española de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, núm. 5, 2015, p. 120 ss.

deberá estarse a lo previsto con carácter general en el apartado 1 de este artículo 13 LBRL que, como es sabido, remite a la legislación de las Comunidades Autónomas la regulación, dentro del respeto a unos trámites básicos (audiencia a los municipios afectados, dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico, y puesta en conocimiento de la Administración del Estado) entre los que ahora se incluye un nuevo informe, el de la Administración que ejerza la tutela financiera<sup>11</sup>. Se trata, por tanto, de una reforma limitada, que no incide radical y drásticamente en la planta municipal<sup>12</sup>.

En todo caso, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha considerado que la nueva regulación no invade las competencias autonómicas en materia de alteración de términos municipales, siendo manifestación de las competencias del Estado derivadas de los apartados 14.º y 18.º del artículo 149. 1. de la Constitución.

### III. LOS NUEVOS REQUISITOS PARA LA CREACIÓN DE MUNICIPIOS POR SEGREGACIÓN DE UN NÚCLEO DE POBLACIÓN

Desde 1985 la legislación estatal básica ha supeditado la creación de nuevos municipios a la existencia de un núcleo de población territorialmente diferenciado, que constituye el presupuesto previo necesario, y a la acreditación de que no se producirá una disminución en la calidad de los servicios que se venían prestando y que el nuevo municipio contará con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales. Ahora el artículo 13. 2 LBRL exige dos nuevos requisitos: que el núcleo de población territorialmente diferenciado cuente con al menos 5.000 habitantes y que los municipios resultantes sean financieramente sostenibles. Estos requisitos son exigibles a la creación de un nuevo municipio por segregación de ese núcleo de población diferenciada, pero no cuando el nuevo municipio es consecuencia de un proceso de fusión. Precisamente uno de los supuestos previstos en la legislación autonómica para fusionar municipios es que separadamente carezcan de capacidad o recursos suficientes para atender los servicios municipales obligatorios.

El Tribunal Constitucional ha rechazado la pretendida inconstitucionalidad del precepto afirmando que «la exigencia de que se creen nuevos municipios sólo cuando resulten financieramente sostenibles (apartado 2), si no deriva directamente de los artículos 31.2, 103.1 y 135 de la Constitución, entra dentro, sin lugar a dudas, de la competencia estatal para diseñar el modelo municipal español; exactamente igual la fijación de mínimos poblacionales: el Estado puede desarrollar un modelo municipal al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución “basado en mayores exigencias de población y territorio”, si lo considera “necesario para garantizar la viabilidad del ejercicio de las competencias que se atribuyen a los municipios y con ello su autonomía”»<sup>13</sup>. La constitucionalidad del nuevo artículo 13.2 LBRL ha sido reafirmada, además, en la STC 108/2017, de 21 de septiembre, que estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà, que es declarada inconstitucional y consiguientemente nula por violación de la legislación estatal básica al crear un nuevo municipio que sólo cuenta con 866 habitantes, según reconoce expresamente su preámbulo<sup>14</sup>.

Hasta ahora han sido las Comunidades Autónomas las que han fijado la población mínima exigible al núcleo territorialmente diferenciado que aspira a convertirse en un nuevo municipio, generalmente inferior a los 5.000 habitantes<sup>15</sup>. La entrada en vigor de la reforma provoca la inaplicación de forma inmediata y permanente de la legislación autonómica que contradiga la nueva regulación básica<sup>16</sup>. Además, hay que de-

<sup>11</sup> Corresponderá a la Comunidad Autónoma si ha asumido estatutariamente la tutela financiera o al Ministerio de Hacienda, sin perjuicio de las especialidades forales y, como nada ha dispuesto la Ley, el informe se entenderá no vinculante de acuerdo con el artículo 80. 1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En el mismo sentido, M.ª A. ARIAS MARTÍNEZ, “La fusión...”, cit., pág. 117.

<sup>12</sup> Puede verse L. COSCULLUELA MONTANER, “Reforma de la Administración Local. Una oportunidad de modificar la planta municipal que no puede perderse”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 157, 2013, pág. 11 y ss.

<sup>13</sup> Fundamento Jurídico 6.º, apartado b) de la STC 41/2016, a la que remiten las SSTC 111/2016, 180/2016, 44/2017, 54/2017, 93/2017 y 101/2017.

<sup>14</sup> Vid. R. PIZARRO NEVADO, “Entidades...”, cit., pág. 71.

<sup>15</sup> De este dato se ha ocupado M. PONS-PORTELLA, “La población...”, cit., que pone de relieve la cifra oscila entre los 500 habitantes en la Rioja hasta los 6.000 de las Islas Baleares. Salvo Canarias y Galicia que también exigen 5.000 habitantes, las demás prevén inferior población o no han fijado un mínimo. L. M. ARROYO YANES, “Incidencia general...”, cit., pág. 956 cuestiona que el legislador estatal básico no haya tenido en cuenta los requisitos de población previstos en la legislación autonómica.

<sup>16</sup> Como es sabido, la aprobación de normas estatales básicas y sus efectos la legislación autonómica preexistente que quedaría desplazada, derogada o devendría inconstitucional es un tema ampliamente debatido del que, por razones obvias, se prescinde. Un

ducir que tampoco podría producirse la creación de un nuevo municipio si aquel del que se segregara viera reducida su población por debajo de dicha cifra<sup>17</sup>. Por otra parte, los municipios afectados por el proceso de alteración deben ser financieramente sostenibles, lo que, en principio, remite al cumplimiento de los principios de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; concretamente a su artículo 4, dedicado al principio de sostenibilidad financiera, que puntualiza en su apartado 2.º, que «se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea»<sup>18</sup>.

En otro plano, debe notarse que el recelo de las Comunidades Autónomas ante una reforma local que iba a incidir en la planta municipal provocó, como ha señalado Pizarro Nevado, que se activaran los procedimientos de creación de nuevos municipios, generalmente con población inferior a los 5.000 habitantes, incluso después de la entrada en vigor de la reforma, el 31 de diciembre de 2013<sup>19</sup>. Así ha sucedido particularmente en la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>20</sup>. La creación de estos nuevos municipios se produce por segregación de las entidades Inframunicipales creadas conforme a la anterior normativa autonómica<sup>21</sup> y la inaplicación de

---

detenido análisis de esta cuestión, con la bibliografía más relevante, lo ha realizado M. REBOLLO PUIG, "En busca de la prevalencia perdida", en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, 2017, pág. 1.581 y ss., al que remitimos. En esa misma obra colectiva A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, "Desplazamiento versus inconstitucionalidad sobrevenida (la lucha encubierta entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional)", pág. 1.617, analiza la jurisprudencia constitucional al respecto. La STC 102/2016, de 25 de mayo, dictada en relación con el cambio en la mayoría exigida para alterar los términos municipales en la legislación estatal básica invoca la cláusula de prevalencia del artículo 149. 3 de la Constitución, para sostener que se produce la inaplicación de la norma autonómica que deviene contraria a una norma estatal básica posterior.

<sup>17</sup> En el mismo sentido, M.ª J. ALONSO MAS, "El nuevo...", cit., págs. 306-307.

<sup>18</sup> El artículo 4 de la Ley Orgánica aclara que la sostenibilidad de la deuda comercial, se producirá cuando el período medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad y que para el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera las operaciones financieras se someterán al principio de prudencia financiera. En todo caso, la Ley Orgánica en su conjunto está orientada a garantizar ese principio. A estos efectos es relevante el artículo 6, relativo al principio de transparencia, que dispone que la contabilidad de las Administraciones Públicas, así como sus Presupuestos y liquidaciones, «deberán contener información suficiente y adecuada que permita verificar su situación financiera, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera y la observancia de los requerimientos acordados en la normativa europea en esta materia». En el mismo sentido, M.ª J. ALONSO MAS, "El nuevo...", cit., págs. 306-307; M.ª A. ARIAS MARTÍNEZ, "La fusión...", cit., pág. 118; y M. ALMEIDA CERREDA, "La planta local...", cit., pág. 9.

<sup>19</sup> Vid. R. PIZARRO NEVADO, "Entidades...", cit., págs. 70-71. También Miquel PONS-PORTELLA, "La población...", cit., y D. Santiago Iglesias, "Debate...", cit., pág. 233.

Así, antes de la aprobación de la reforma, en Extremadura se han creado por segregación de entidades locales menores los municipios de Tiétar y Puelblonuevo de Miramontes segregado del de Tayuela, provincia de Cáceres, (Decreto 103/2011, de 1 de julio, BOE de 24 de septiembre de 2011 y Decreto 225/2013, de 3 de diciembre; BOE de 27 de febrero de 2015, respectivamente) y de Guadiana del Caudillo por segregación del de Badajoz (Decreto 29/2012, de 17 de febrero; BOE de 3 de agosto de 2012). Es particularmente llamativo el Decreto 23/2018, de 20 de febrero, por el que se constituye el núcleo de población de la Moheda de Gata, perteneciente al municipio de Gata, en entidad local de ámbito territorial inferior al municipio, que también se rige por la legislación anterior a la LRSAL pues el acuerdo de iniciación del expediente de creación de la citada entidad inframunicipal (con un núcleo de población de 600 habitantes) se adoptó en sesión plenaria el 30 de agosto de 2010 y la solicitud del Ayuntamiento de Gata fue presentada el 7 de septiembre de 2010.

<sup>20</sup> En concreto se trata de los Decretos del Consejo de Gobierno andaluz 105/2015, de 17 de marzo, por el que se aprueba la creación del municipio de Domingo Pérez de Granada por segregación del término municipal de Iznalloz (Granada) (BOE de 7 de marzo de 2016); 62/2015, de 3 de febrero, por el que se aprueba la creación del municipio de Játar por segregación del término municipal de Arenas del Rey (Granada) (BOE 15 de diciembre de 2015); 144/2015, de 2 de junio, por el que se aprueba la creación del municipio de Balanegra por segregación del término municipal de Berja (Almería) (BOE 22 de septiembre de 2015); 135/2014, de 30 de septiembre, por el que se aprueba la segregación de la entidad local autónoma de Montecorto, del término municipal de Ronda (Málaga), para su constitución como nuevo municipio (BOE de 5 de mayo de 2015); 140/2014, de 7 de octubre, por el que se aprueba la creación del municipio de Dehesas Viejas por segregación del término municipal de Iznalloz (Granada) (BOE 5 de mayo de 2015); y 167/2014, de 2 de diciembre, por el que se aprueba la creación del municipio de Serrato por segregación del término municipal de Ronda (Málaga) (BOE 5 de mayo de 2015).

Distinto es el supuesto del Decreto Foral 27/2016, de 20 de diciembre, que aprueba la segregación de Itsaso del municipio Ezkio-Itsaso y su constitución en municipio independiente, pues el límite de los 5.000 habitantes no resulta de aplicación según establece el artículo 1.5 de la de la Norma Foral 13/2014, de 17 de noviembre, sobre la singularidad foral en la aplicación de las medidas de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en el Territorio Histórico de Gipuzkoa con apoyo en la Disposición adicional primera de la LRSAL.

<sup>21</sup> La creación de nuevos municipios en la Ley 7/1993, de 22 de julio, de Demarcación exigía, entre otros requisitos, un núcleo con una población no inferior a 4.000 habitantes y separado del municipio matriz con una franja de terreno clasificada como suelo no urbanizable de una anchura mínima de 7.500 metros, pero estos requisitos se rebajaban a 2.500 habitantes y una franja de suelo no urbanizable de 5.000 metros si el núcleo de población que aspiraba a segregarse se había constituido en entidad local autónoma. La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, que deroga la Ley 7/1993, ha suprimido tales exigencias. Puede verse M. REBOLLO PUIG y E. CARBONELL PORRAS, "La Administración local en la legislación andaluza", en *Tratado de Derecho Municipal*, 2003, Tomo II, págs. 2.008-2.842; y E. CARBONELL PORRAS, "La Administración local en el Estatuto de Autonomía de 2007 y en la reciente legislación andaluza", en *Tratado de Derecho Municipal*, 2011, Tomo IV, págs. 4.521-4.564. También M. REBOLLO PUIG y R. PIZARRO NEVADO, "Las Entidades Locales Autónomas", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, 2001, pág. 59 y ss.

los nuevos requisitos del artículo 13. 2 LBRL a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la LRSAL, posición defendida por la Comunidad Autónoma y apoyada por el Consejo Consultivo de Andalucía<sup>22</sup>.

#### IV. LA FUSIÓN VOLUNTARIA DE MUNICIPIOS

##### a) Generalidades

Desde la redacción originaria, el artículo 13. 3 LBRL se refería a una posible acción estatal de fomento de la fusión de los municipios, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional, como es sabido, ha entendido que esta habilitación al Estado no restringe las competencias de las Comunidades Autónomas en orden a las alteraciones de términos municipales, que se rigen por la legislación autonómica sin más límites que las previsiones procedimentales y sustantivas del propio artículo 13, e incluso ha subrayado que «ese fomento estatal, si en verdad aspira a ser efectivo, no será impensable, sino todo lo contrario, que se dirija a las propias Comunidades Autónomas, que retienen la competencia plena y efectiva para materializar esas alteraciones territoriales»<sup>23</sup>. Aunque el respeto por estas competencias autonómicas no está tan claro como se verá, lo cierto es que la reforma parece confiar en que la nueva regulación de la fusión de municipios contribuirá a corregir la planta municipal<sup>24</sup>. A tal finalidad, con un orden y redacción discutible, la LRSAL incorpora los nuevos apartados 4, 5 y 6: el primero, sumamente largo y complejo, se refiere al convenio de fusión, fijando sus consecuencias y las acciones de fomento; el apartado 5, alude a la participación de las Diputaciones provinciales; y, en el apartado 6, se trata de la aprobación del convenio de fusión. Por otra parte, la posible fusión de municipios es una de las medidas que los municipios que incumplen los principios de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria pueden adoptar en aplicación del artículo 116 *bis* LBRL en los términos que veremos. Seguidamente se intentan sistematizar los principales aspectos de la fusión de municipios en la LBRL.

En todo caso, debe tenerse presente que cualquier medida tendente a suprimir municipios suele contar con la oposición de los vecinos y genera no pocos conflictos<sup>25</sup>. Al respecto puede traerse a colación la fusión

---

Sobre esta cuestión después de la LRSAL, véase M. PONS-PORTELLA, “La población...”, cit. y L. M. ARROYO YANES, “Incidencia...”, cit., pág. 923 y ss.

<sup>22</sup> El Consejo Consultivo, en su dictamen 98/2014, de 18 de febrero, que resolvió una consulta facultativa en relación con la aplicación de la Ley 7/1993 (derogada en 2010 pero aplicable al procedimiento que motivó la consulta), entendió que los requisitos para la creación de un nuevo municipio que había introducido la LRSAL en el artículo 13. 2 LBRL eran de aplicación inmediata al tratarse de una disposición de derecho material para la que no se había previsto régimen transitorio alguno. Después y respecto de un concreto Proyecto de decreto de creación de un nuevo municipio por segregación (el de Montecorto) vuelve a formularse la misma cuestión, que el Consejo Consultivo, en el dictamen 609/2014, de 24 de septiembre, resuelve en sentido contrario e informa favorablemente aunque el nuevo municipio no cumple el nuevo requisito de población de la legislación estatal básica. A pesar de que el Consejo Consultivo entiende que no existen derechos adquiridos ni se trataría de una aplicación retroactiva de la LRSAL considera razonable el informe de la Dirección General de Administración Local de la Consejería, avalado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas al que se elevó consulta, que defiende que el nuevo artículo 13, 2 LBRL no es de aplicación a los procedimientos de creación de municipios mediante la segregación de núcleos poblacionales de sus respectivos términos municipales, iniciados al amparo de la legislación autonómica con anterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL. Este dictamen cuenta, no obstante, con un voto particular formulado por dos Consejeros que defienden la inmediata aplicación de los nuevos requisitos a todos los procedimientos que no hubieran finalizado antes de la entrada en vigor de la LRSAL. En los mismos términos se pronuncian los dictámenes del Consejo Consultivo, 37/2014, de 30 de septiembre, 738/2014, de 12 de noviembre, 25/2015, de 21 de enero, 125/2015, de 25 de febrero, 250/2015, de 15 de abril, todos favorables a la creación de los nuevos municipios por segregación, y 299/2015, de 29 de abril, 426/2015, de 17 de junio y 754/2015, de 18 de noviembre, aunque estos tres últimos informan desfavorablemente la creación de los nuevos municipios de Fuente Carreteros por segregación de Fuente Palmera (Córdoba), de La Guijarrosa por segregación de Santaella (Córdoba) y de San Martín del Tesorillo, por segregación de Jimena de la Frontera (Cádiz) al considerar que existen dudas sobre la viabilidad económica y la suficiencia financiera de los nuevos municipios.

<sup>23</sup> SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, relativa a la LBRL y 103/2013, de 25 de abril, sobre la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local.

<sup>24</sup> El Preámbulo de la LRSAL subraya que «por primera vez se introducen medidas concretas para fomentar la fusión voluntaria de municipios de forma que se potencie a los municipios que se fusionan ya que contribuyen a racionalizar sus estructuras y superar la atomización del mapa municipal. Entre estas medidas de incentivo se encuentran el incremento de su financiación, la preferencia en la asignación de planes de cooperación local o de subvenciones, o la dispensa en la prestación de nuevos servicios obligatorios como consecuencia del aumento poblacional. Además, si se acordara entre los municipios fusionados alguno de ellos podría funcionar como forma de organización desconcentrada, lo que permitiría conservar la identidad territorial y denominación de los municipios fusionados aunque pierdan su personalidad jurídica. Por último, estas medidas de fusiones municipales incentivadas, que encuentran respaldo en la más reciente jurisprudencia constitucional, STC 103/2013, de 25 de abril, supondrán, en definitiva, que los municipios fusionados percibirán un aumento de la financiación en la medida en que los municipios de menor población recibirán menos financiación».

<sup>25</sup> L. COSCULLUELA MONTANER, “Presentación”, en *Crisis económica y reforma del régimen local*, 2012, pág. 17, se refiere a las razones sentimentales, políticas y a la consideración del municipio como una entidad natural que dificultan cualquier reforma del mapa municipal.

voluntaria anterior a la LRSAL entre los municipios de Oza dos Ríos y Cesuras para la constitución del Municipio de Oza-Cesuras en la Comunidad Autónoma de Galicia, acordada por Decreto 83/2013, de 6 de junio, que ha ocasionado diversos procesos judiciales relacionados con la mayoría exigida para la aprobación en los plenos municipales<sup>26</sup>. También en esta Comunidad Autónoma se ha producido la que, salvo error, es la única fusión voluntaria de municipios aprobada después de la entrada en vigor de la reforma de 2013, la de los Municipios Cerdedo y Cotobade para la constitución del Municipio de Cerdedo-Cotobade aprobada por Decreto 134/2016, de 22 de septiembre<sup>27</sup>. Esta fusión puede aportar algo de luz en la resolución de las cuestiones de interés que la nueva regulación estatal básica suscita.

## b) Municipios susceptibles de fusionarse

El artículo 13. 4 LBRL se refiere a la fusión de «municipios colindantes dentro de la misma provincia, con independencia de su población». El legislador estatal básico no ha querido fijar más condicionantes a los municipios fusionados, que no podrán segregarse hasta transcurridos diez años desde la adopción del convenio de fusión (y en tal caso deberán ajustarse a las nuevas reglas básicas que rigen la creación de nuevos municipios). La fusión de municipios determinará la creación de un nuevo municipio, pero es un supuesto distinto al de la segregación de un núcleo de población para constituir un nuevo municipio antes analizada y, por tanto, no son exigibles los mismos requisitos<sup>28</sup>. En consecuencia, podrían acogerse a este régimen todos los municipios con independencia de su población. No obstante, como después se verá, las ventajas en la financiación del nuevo municipio se refieren a los municipios que no son capitales de provincia o de Comunidad Autónoma ni tienen una población de derecho igual o superior a los 75.000 habitantes. Por lo tanto, el legislador está pensando en los municipios más pequeños, aunque en teoría también podrían celebrar un convenio de fusión municipios con mayor población aunque obtendrían escasas ventajas. Por eso parece claro que no se tienen presentes otros problemas que suscita nuestra planta municipal como, por ejemplo, los supuestos en los que los que se confunden los núcleos de población de varios municipios como consecuencia del desarrollo urbanístico.

## c) Naturaleza del convenio de fusión y su relación con el procedimiento general para alterar los términos municipales

Los municipios «podrán acordar su fusión mediante un convenio de fusión, sin perjuicio del procedimiento previsto en la normativa autonómica» según dispone el artículo 13. 4 LBRL. El primer interrogante surge del sentido de este último inciso, cuestionándose la relación entre este convenio de fusión y la legislación autonómica, que es la competente para regular la alteración de los términos municipales (y la fusión de municipios lo es), sin más condicionantes que los previstos en el propio artículo 13 LBRL. Parece claro

<sup>26</sup> En un primer momento se recurrieron los acuerdos del Concello de Cesuras, de 11 de enero y 22 de febrero de 2013, si bien el recurso se inadmitió por tratarse de actos de trámite del procedimiento de fusión no susceptibles de impugnación autónomas (Vid. STSJ de Galicia 653/2014, de 10 julio, que confirma en recurso de apelación núm. 4243/2014 el auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de A Coruña). Posteriormente, se recurre el Decreto 83/2013 (publicado en el BOE de 18 de junio 2013), y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia plantea la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, que exigía «el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación» para los acuerdos de alteración de términos municipales con carácter voluntario, si bien esta mayoría cualificada entraba en contradicción con la mayoría absoluta del régimen legal de miembros del artículo 47.2 a) LBRL, que había sido modificado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que había sido la seguida en los acuerdos municipales de fusión. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 102/2016, de 25 de mayo, y 116/2016, de 20 de junio inadmite la cuestión. Resulta de interés, no obstante, la invocación por el Tribunal Constitucional de la cláusula de prevalencia del artículo 149. 3 de la Constitución, que provoca la inaplicación de la norma autonómica que deviene contraria a una norma estatal básica posterior. En consecuencia, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 583, 596 y 588, de 6 octubre de 2016 rechazarán la pretendida nulidad del Decreto 83/2013. Puede verse A. R. ANTELO MARTÍNEZ, “Fusiones de municipios: ¿prevalencia del derecho estatal en el régimen de adopción de acuerdos? Especial referencia al caso de los municipios de Ozas y Cesuras en la provincia de A Coruña”, en *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 155, 2013, págs. 91-102 y A. DE DIEGO GÓMEZ, “La fusión de Ayuntamientos con especial referencia a Galicia”, en *Revista Gallega de Administración Pública* núm. 47, 2014.

<sup>27</sup> BOE de 27 de enero de 2017.

<sup>28</sup> Algunos autores han deducido de la nueva regulación que el municipio resultante deberá alcanzar los 5.000 habitantes que se exige para crear un nuevo municipio, excluyéndose los más necesitados de fusionarse. Vid. L. M. ARROYO YANES, “Incidencia...”, cit., pág. 954 y M.ª A. ARIAS MARTÍNEZ, “La fusión...”, cit., págs. 124-125. En contra, M. ALMEIDA CERREDA, “Un nuevo instrumento...”, cit., pág. 342, señala que contradice el tenor literal del artículo 13.4, que expresamente dice que los ayuntamientos se pueden fusionar «independientemente de su población», y, en segundo lugar, porque tal interpretación es contraria al espíritu de la LRSAL, que es el de promover fusiones, en números absolutos.

que las medidas coactivas de corrección de la planta local previstas en la legislación de las Comunidades Autónomas no resultan afectadas por la nueva regulación de la fusión<sup>29</sup>. Incluso son admisibles, en su caso, fusiones no coactivas al margen de esta nueva regulación como se deduce de la literalidad del precepto: «podrán acordar su fusión». El problema fundamental se plantea cuando se opte por este convenio de fusión, cuestionándose su relación con el procedimiento previsto en la legislación autonómica, es decir, si el convenio constituye una alternativa a los procedimientos de fusión previstos en la normativa autonómica o, por el contrario, un trámite que se insertaría en dichos procedimientos. Para unos, el legislador estatal ha regulado un procedimiento y un régimen paralelo a los procedimientos de fusión previstos en la legislación autonómica y, en consecuencia, se invaden las competencias de las Comunidades Autónomas para la alteración de los términos municipales<sup>30</sup>; para otros, la invasión competencial que en tal caso se produciría se salvaría con la aprobación del convenio por quién disponga la legislación autonómica para la fusión de municipios<sup>31</sup>; e incluso se ha propuesto la necesidad de regular un procedimiento simplificado para que las Comunidades Autónomas aprueben el convenio de fusión<sup>32</sup>. El Fundamento Jurídico 6.º de la STC 41/2016 afronta esta cuestión en términos oscuros: por un lado, se subraya que «la nueva redacción del art. 13 LBRL sigue confiando el régimen de creación, supresión y alteración de los términos municipales a la legislación de las comunidades autónomas sobre régimen local» o que «la Comunidad Autónoma no ha quedado al margen del proceso de fusión voluntaria. El apartado 1 del art. 13, además de prever el dictamen preceptivo del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma y el informe de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera del ente local, remite el régimen de la fusión de municipios a la legislación autonómica. El apartado 3 deja a salvo la competencia autonómica en materia de incentivos a la fusión; el apartado 4 señala que los municipios adoptan el convenio de fusión, sin perjuicio del procedimiento previsto en la normativa autonómica; el apartado 5 atribuye a las Comunidades Autónomas la colaboración con las Diputaciones provinciales o entes equivalentes en la supervisión y la coordinación de los servicios resultantes de la fusión». Pero, por otro lado, se indica que «los órganos representativos de los Ayuntamientos afectados son quienes adoptan el convenio de fusión, sin perjuicio del procedimiento previsto en la normativa autonómica» o que «el legislador estatal, en el ejercicio de la competencia que le reconoce el artículo 149.1.18.º de la Constitución, ha optado aquí, como en otros supuestos, por ampliar el alcance y contenido de la autonomía municipal, sin que a ello pueda imputarse exceso competencial de ningún tipo», e incluso se invoca la STC 214/1989, que respaldó la supresión de la intervención autonómica en la aprobación de los Estatutos de las Mancomunidades<sup>33</sup>. Parece, por

<sup>29</sup> Así lo ha reconocido la STC 41/2016: el nuevo artículo 13 LBRL «no impide que la Comunidad Autónoma desarrolle una política propia sobre fusión de los municipios situados en su ámbito territorial ni, en general, que intervenga de diferentes modos sobre el mapa municipal... Nada dice, en particular, sobre las fusiones imperativas... La legislación básica sigue optando en este punto por no establecer las directrices fundamentales de un plan general de reestructuración del mapa municipal español. Por tanto, "la legislación de las Comunidades Autónomas sobre régimen local" podrá regular, planificar y acordar estas fusiones imperativas con los escasos límites que resultan del primer apartado del art. 13 LBRL».

<sup>30</sup> J. M. DÍAZ LEMA, "La proyección...", cit., pág. 127-128, el legislador estatal ha pretendido crear un procedimiento y una figura paralela a las fusiones previstas en la legislación autonómica que naturalmente se mantendría («sin perjuicio de...») y, en consecuencia ha invadido las competencias autonómicas en la materia. También J. AMENÓS ÁLAMO, "El elemento...", pág. 60, entiende que el convenio de fusión no requiere la ratificación posterior por la Comunidad Autónoma o la Diputación provincial.

<sup>31</sup> Vid. M. J. ALONSO MÁZ, "El nuevo régimen...", cit., pág. 314.

<sup>32</sup> Vid. M. ALMEIDA CERREDA, "La planta local...", cit., pág. 16.

<sup>33</sup> La STC 41/2016 dispone: «Al desestimar la impugnación dirigida contra la redacción originaria del art. 13 LBRL, la STC 214/1989 declaró que al órgano autonómico competente corresponderá decretar [las alteraciones de términos municipales], de acuerdo con la regulación propia de la Comunidad que solo se encuentra limitada por las previsiones de orden procedimental y sustantivo que, respectivamente, prevén los párrafos 1.º y 2.º del mismo art. 13 (FJ.º 9). Para calibrar adecuadamente el alcance de esta declaración en el contexto del presente proceso, es preciso tener en cuenta que la Sentencia describía la regulación entonces controvertida, que nada disponía en torno a quién formaliza en concreto el acuerdo de fusión voluntaria. Admitía que cada Comunidad Autónoma regulase este aspecto y, por tanto, que se atribuyese la decisión final con grados variables de discrecionalidad y, en última instancia, que la Administración autonómica pudiese oponer resistencia a la voluntad de fusión de los municipios de su ámbito territorial. El art. 13 LBRL contiene ahora otra regulación conforme a la que los órganos representativos de los Ayuntamientos afectados son quienes adoptan el convenio de fusión, sin perjuicio del procedimiento previsto en la normativa autonómica. A su vez, esa misma Sentencia resolvió una impugnación sobre el régimen jurídico de las mancomunidades muy similar a la aquí planteada. La Junta de Galicia razonaba entonces que la LBRL invadía las competencias autonómicas por entregar a los municipios el poder decisorio en lo concerniente tanto a la creación de las mancomunidades, como a la elaboración de sus estatutos. La STC 214/1989 desestimó la impugnación. Además de destacar la remisión contenida en el art. 44.3 LBRL a favor de la legislación autonómica, declaró: El legislador estatal, en el ejercicio de la competencia que le reconoce el art. 149.1.18.º de la Constitución, ha optado aquí, como en otros supuestos, por ampliar el alcance y contenido de la autonomía municipal, sin que a ello pueda imputarse exceso competencial de ningún tipo, al ser simple concreción de una legítima opción política que, cualquiera que sea la valoración que pueda suscitar, constitucionalmente no permite juicio alguno de este Tribunal (FJ 14). Según hemos declarado recientemente, la concepción que desarrolla la STC 214/1989 parte de que las mancomunidades, en la medida en que no son

tanto, que el acuerdo de fusión voluntaria de los municipios sería suficiente para que se produjera la misma pero, además, habría que respetar los procedimientos previstos en la legislación autonómica. Para integrar ambos planteamientos habría que entender que el convenio de fusión por los municipios vincularía al órgano competente de la Comunidad Autónoma (o al que la legislación haya atribuido la competencia) que se limitaría a ratificarlo, sin perjuicio de incorporar en la resolución que acuerde la fusión otros posibles contenidos que exija la legislación autonómica y de la tramitación del procedimiento previsto en la misma. Las Comunidades Autónomas podrán adaptar, en su caso, sus regulaciones para facilitar la alteración de los términos municipales en estos casos de fusión voluntaria y completar las previsiones del convenio de fusión.

Desde este planteamiento, el convenio de fusión voluntaria de municipios es «un acuerdo con efectos jurídicos» en el amplio sentido del artículo 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público que se rige por lo previsto en el artículo 13 LBRL y la legislación autonómica que pueda dictarse en su desarrollo<sup>34</sup>. Puede considerarse un acuerdo de los previstos en el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, sobre la terminación convencional, que se insertaría en el procedimiento para la alteración de términos municipales regulado en la legislación autonómica. De esta forma, se respetaría la normativa de cada Comunidad Autónoma que, no olvidemos, es la competente en relación con la alteración de términos municipales y la fusión lo es. El convenio de fusión deberá ser aprobado por mayoría simple de cada uno de los plenos de los municipios fusionados según dispone el artículo 13.6 LBRL. No obstante, este apartado añade: «la adopción de los acuerdos previstos en el artículo 47. 2, siempre que traigan causa de una fusión, será por mayoría simple de los miembros de la corporación». La interpretación de este inciso plantea alguna duda pues, como es sabido, el artículo 47. 2 LBRL relaciona los acuerdos que deben adoptarse por mayoría absoluta entre los que se incluye en primer lugar «la creación y supresión de municipios y la alteración de términos municipales». Parece que el legislador estatal básico ha rebajado la mayoría exigible a todos los supuestos de fusión de municipios, y no sólo a los que deriven del convenio de fusión voluntaria del artículo 13 LBRL. Si eso era lo pretendido debió modificar expresamente el artículo 47. 2 LBRL excepcionando la mayoría absoluta cuando se trate de fusionar municipios. En todo caso el Tribunal Constitucional (STC 41/2016) ha amparado esta mayoría en la competencia estatal del artículo 149. 1. 18.º de la Constitución, señalando que «más allá de la virtualidad real de esta previsión (y de la valoración de oportunidad que merezca que una decisión evidentemente trascendental para la vida municipal no esté sujeta a un régimen de mayoría cualificada), es claro que dinamiza el principio constitucional de autonomía local (art. 137 CE) y facilita las fusiones voluntarias con el fin de lograr una reducción del mapa municipal instrumental de los principios de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE)». Sin perjuicio de lo anterior, comparto las críticas generalizadas a esta regla<sup>35</sup>. No resulta congruente que se requiera mayoría absoluta de los plenos municipales para mancomunarse, aprobar su reglamento orgánico o alterar la calificación jurídica de sus bienes, entre otros asuntos, y sea suficiente la mayoría simple para desaparecer como municipio.

En relación con el engarce del convenio de fusión voluntaria y su regulación en la LBRL con la regulación de la alteración de términos municipales prevista en la legislación autonómica es ilustrativo el procedimiento

---

titulares de otros intereses que los de los municipios encomendantes, participan de la autonomía que constitucionalmente se predica de los entes locales que las forman-. Por eso, solo podría concluirse que la regulación estatal impugnada excede del ámbito material de lo básico, si no fuera necesaria para garantizar la autonomía de los municipios mancomunados (STC 103/2013, FJ 3)».

<sup>34</sup> Sobre la nueva regulación de los convenios puede verse, entre otros, H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «Los convenios administrativos», en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, 2016, pág. 265 y ss.; R. BUS-TILLO BOLADO, «Los convenios», en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo I, pág. 1.057 y ss.; M. HERNANDO RYDINGS, «La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios», en *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, 2016, pág. 736 y ss. y R. PIZARRO NEVADO, «Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público», en *El nuevo régimen jurídico del sector público*, 2016, pág. 137 y ss., y «Significación y claves de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público», en *Revista Gallega de Administración Pública* núm. 53, 2017, pág. 327 y ss.

Para J. M. DÍAZ LEMA, «La proyección...», cit., págs. 126-127 «los convenios de fusión son instrumentos contractuales entre dos o más municipios, de carácter temporal, en virtud de los cuales se integran los territorios, poblaciones y organizaciones correspondientes, que el legislador estatal inventiva a través de mejoras en la financiación de los mismos y otras medidas», se rigen por el régimen general de los convenios interadministrativos de los artículos 6 y 9 de la Ley 30/1992 y 56 LBRL y «representan una forma organizativa informal o atípica, al alcance de cualesquiera administraciones; en este sentido no vienen a ser más que una forma de mancomunidad municipal, bien que con carácter general en la medida en que afecta al conjunto de la actividad municipal y por supuesto a la organización entera».

<sup>35</sup> Vid. J. AMENÓS ÁLAMO, «El elemento...», cit., pág. 60, que señala la ironía de que resulta más sencillo fusionarse que crear o modificar una mancomunidad. También M.ª A. ARIAS MARTÍNEZ, «La fusión...», cit., págs. 122 y 125; o M. ALMEIDA CERREDA, «La planta local...», cit., pág. 19.

de fusión seguido por los municipios de Cerdedo y Cotobade para la constitución del nuevo municipio de Cerdedo-Cotobade al que se hizo antes referencia, pues toma en consideración la nueva regulación básica, pero también la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, integrando ambas normas y, en lo que interesa particularmente, aprobándose la fusión por la Comunidad Autónoma<sup>36</sup>.

#### d) Consecuencias de la fusión

El legislador estatal básico también regula con cierto detalle las consecuencias organizativas, presupuestarias, y demás circunstancias derivadas de la fusión. Concretamente la fusión supondrá:

- La integración de los territorios, poblaciones y organizaciones de los municipios, incluyendo los medios personales, materiales y económicos, del municipio fusionado. Los Plenos aprobarán las medidas que adecuen las estructuras organizativas, inmobiliarias, de personal y de recursos, si bien su ejecución no podrá suponer incremento alguno de la masa salarial en los municipios afectados.
- El órgano del gobierno del nuevo municipio estará constituido transitoriamente por la suma de los concejales de los municipios fusionados en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Con esta solución el legislador estatal básico garantizaría el mantenimiento en el cargo de todos los concejales de los municipios fusionados hasta la celebración de las siguientes elecciones municipales, momento en el que desaparecerá la situación transitoria debiendo constituirse la Corporación con el número de concejales que le correspondan según su población.
- El convenio de fusión podrá acordar que cada uno de los municipios fusionados, o alguno de ellos funcione como la nueva forma de organización desconcentrada que regula el artículo 24 *bis* LBRL. Este artículo se refiere a los nuevos «entes de ámbito territorial inferior al municipio, que carecerán de personalidad jurídica, como forma de gestión desconcentrada», que la reforma local ha introducido como consecuencia de la supresión de las Entidades locales inframunicipales. Hasta la reforma de 2013 una de las soluciones que la legislación ofrecía a los núcleos de población diferenciada que perdieran su condición de municipio por su agregación o incorporación a otro colindante era constituirse en Entidades de ámbito territorial inferior al municipio<sup>37</sup>. No parece que la creación de ese «ente»/órgano de gestión desconcentrada suponga realmente ningún estímulo para la fusión del municipio<sup>38</sup>.
- El nuevo municipio se subrogará en todos los derechos y obligaciones de los anteriores municipios. No obstante, si uno de los municipios fusionados estuviera en situación de déficit se podrán integrar, por acuerdo de los municipios fusionados, las obligaciones, bienes y derechos patrimoniales que se consideren liquidables en un fondo, sin personalidad jurídica y con contabilidad separada, adscrito al nuevo municipio, que designará un liquidador al que le corresponderá la liquidación de este fondo. Esta liquidación deberá llevarse a cabo durante los cinco años siguientes desde la adopción del convenio de fusión, sin perjuicio de los posibles derechos que puedan corresponder a los acreedores. La aprobación de las normas a las que tendrá que ajustarse la contabilidad del fondo corresponderá al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado. Esta regla está relacionada con el artículo 116. *bis*. 2. f) LBRL, pues una de las medidas que pueden incluir las Entidades locales que formulen un plan económico financiero por el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de

<sup>36</sup> El procedimiento se inicia con sendos acuerdos municipales de 3 de marzo de 2016, y el sometimiento a información pública según dispone el artículo 32. 2 de la Ley Gallega por un plazo de treinta días desde la publicación en el Diario Oficial de Galicia (realizada los días 16 y 18 de marzo de 2016). El 7 de julio se aprueba el convenio de fusión voluntaria y se produce la aprobación del acuerdo de fusión. Los acuerdos municipales han sido adoptados por mayoría simple en aplicación de la nueva regla básica. Según indica el Decreto 134/2016 se ha evacuado el informe de sostenibilidad financiera, el de la Comisión Gallega de Delimitación Territorial y del Consejo Consultivo, aprobándose la fusión previa deliberación del Consello de la Xunta de Galicia. El Decreto tiene el contenido que exige el artículo 38 de la Ley Gallega, si bien la comisión gestora está integrada por todos los Concejales en aplicación de la LBRL (y no por los vocales designados por la Consellería en número igual al que corresponda a la nueva población que es lo previsto en el artículo 39 de la Ley Gallega).

<sup>37</sup> El artículo 41 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, y, en términos similares, las legislaciones autonómicas contemplaban la posibilidad que los municipios suprimidos por su integración o fusión con otros podrían constituirse en Entidades de ámbito territorial inferior al municipio. Se permitía así, como señala M. REBOLLO PUIG ("La supresión de los pequeños municipios: régimen, alternativas, ventajas e inconvenientes", en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 308, 2008, págs. 168 y ss.), que conservarían cierto grado de administración de sus propios asuntos como entidades descentralizadas.

<sup>38</sup> Así lo ha señalado R. PIZARRO NEVADO, "Entidades...", cit., pág. 70.

deuda pública o de la regla de gasto es una propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia. En tal caso, se trataría de impedir que el municipio resultante de la fusión se vea lastrado financieramente desde su constitución<sup>39</sup>.

- El nuevo municipio aprobará un nuevo presupuesto para el ejercicio presupuestario siguiente a la adopción del convenio de fusión.

Por otra parte, el artículo 13. 5 LBRL establece que las Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, en colaboración con la Comunidad Autónoma, «coordinarán y supervisarán la integración de los servicios resultantes del proceso de fusión» y asumirán también el seguimiento de la fusión de Entidades Locales que se hubiera acordado en el plan económico-financiero (art. 116. *bis*. 3 LBRL).

#### d) Las medidas de fomento de la fusión

El municipio resultante de la fusión obtendría ciertas ventajas que pueden sistematizarse en las siguientes:

En primer lugar, el artículo 13. 4 LBRL prevé unas reglas de financiación que pretenden estimular la fusión, sobre la base del régimen previsto en el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLHL) para los municipios que no son capitales de provincia o de Comunidad Autónoma ni tienen una población de derecho igual o superior a los 75.000 habitantes, y su participación en los tributos del Estado regulada en el artículo 124<sup>40</sup>: se incrementa en un

<sup>39</sup> En este sentido, A. CORCUERA TORRES, “Aspectos financieros de la reforma local”, en *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica* núm. Extraordinario, 2015 pone de manifiesto las siguientes dificultades de la solución arbitrada por el legislador:

«– Problemas de interpretación de la norma para calcular la situación de déficit. Se plantea la duda de si el cálculo de este término, ajeno a la normativa presupuestaria general, ha de efectuarse en términos de contabilidad nacional, esto es, según el Sistema Europeo de Cuentas o ateniéndose a las normas de contabilidad presupuestaria.

– Problemas de integración de este tipo de fondos en el presupuesto general del municipio, pues la regulación subjetiva del mismo (artículo 164.1 del TRLRHL) no lo contempla, estando regulados únicamente a nivel estatal (artículo 2.2 de la Ley General Presupuestaria). De hecho, su aprobación al margen del presupuesto general podría ser contrario a los principios de unidad y universalidad presupuestaria.

– Problemas a la hora de identificar las obligaciones, bienes y derechos patrimoniales que tienen que separarse por ser los causantes del déficit. En este sentido, sólo una adecuada contabilidad de costes, de la que hoy día carecen los municipios, permitiría conocer fielmente tal parte del patrimonio a segregar.

– La propia figura del liquidador que recuerda al administrador de los procesos concursales, de los que son ajenos los entes públicos.

– Y por último, la necesidad de financiar el fondo para su liquidación, en especial para atender las deudas pendientes con acreedores que, lógicamente, recaerá en el nuevo municipio fusionado».

<sup>40</sup> El artículo 124 del TRLHL es del siguiente tenor:

«1. La participación total determinada con arreglo a lo dispuesto en el anterior artículo se distribuirá entre los municipios incluidos en este modelo de financiación con arreglo a los siguientes criterios:

a) El 75 por 100 en función del número de habitantes de derecho de cada municipio, según las cifras de población aprobadas por el Gobierno, que figuren en el último Padrón municipal vigente, ponderadas por los siguientes coeficientes multiplicadores:

Estrato	Número de habitantes	Coefficientes
1	De más de 50.000	1,40
2	De 20.001 a 50.000	1,30
3	De 5.001 a 20.000	1,17
4	Hasta 5.000	1,00

b) El 12,5 por 100 en función del esfuerzo fiscal medio de cada municipio obtenido en el segundo ejercicio anterior al de la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente, ponderado por el número de habitantes de derecho.

A estos efectos, se entenderá por esfuerzo fiscal medio de cada municipio el que para cada ejercicio determinen las Leyes de Presupuestos Generales del Estado en función de la aplicación que por los municipios se haga de los tributos contenidos en esta Ley.

c) El 12,5 por 100 en función del inverso de la capacidad tributaria en los términos que establezcan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

2. En ningún caso, la financiación de ningún municipio, determinada con arreglo a lo dispuesto en esta sección, podrá ser inferior a la que resulte, en términos brutos, de la liquidación definitiva de la participación en los tributos del Estado del año 2003, entendiéndose ésta en los mismos términos recogidos en el último apartado del artículo precedente. De la aplicación de esta regla no se podrá derivar, para cada ejercicio, un importe total superior al que resulte de lo dispuesto en el artículo 123 de esta Ley».

0.10% el coeficiente de ponderación; el esfuerzo fiscal y el inverso de la capacidad tributaria que le corresponda en ningún caso podrá ser inferior al más elevado de los valores previos que tuvieran cada municipio por separado antes de la fusión; y su financiación mínima será la suma de las financiaciones mínimas que tuviera cada municipio por separado antes de la fusión. De la aplicación de estas reglas no podrá derivarse, para cada ejercicio, un importe total superior al que resulte de lo dispuesto en el artículo 123 del TRLHL<sup>41</sup>.

En segundo lugar, «se sumarán los importes de las compensaciones que, por separado, corresponden a los municipios que se fusionen y que se derivan de la reforma del Impuesto sobre Actividades Económicas de la disposición adicional décima de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de Reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, actualizadas en los mismos términos que los ingresos tributarios del Estado en cada ejercicio respecto a 2004, así como la compensación adicional, regulada en la disposición adicional segunda de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, actualizada en los mismos términos que los ingresos tributarios del Estado en cada ejercicio respecto a 2006».

En tercer lugar, el municipio resultante de la fusión quedará dispensado de prestar los servicios mínimos de los previstos en el artículo 26 LBRL que le corresponderían por razón de su aumento poblacional. No se establece hasta cuándo se produciría esa dispensa que previsiblemente afectaría a municipios con población inferior a 5.000 habitantes que alcanzarían esa población al fusionarse y, consecuentemente, deberían prestar los servicios de parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos según la letra b) del artículo 26. 1. En todo caso el legislador debió establecer un plazo pues resulta inadmisibles que la dispensa se perpetúe en el tiempo<sup>42</sup>. La respuesta ante esta indeterminación del legislador es entender que la dispensa resulta aplicable hasta que se celebren elecciones en el municipio resultante de la fusión, circunstancia que determinará el fin de la transitoriedad organizativa y, consecuentemente, debería comenzar la prestación de los servicios obligatorios en atención a su población. Mientras tanto debería ser la Diputación provincial o entidad equivalente la que asumiera la prestación de esos nuevos servicios en aplicación del artículo 13. 5 LBRL<sup>43</sup>.

En cuarto lugar, se dispone que «durante al menos los cinco primeros años desde la adopción del convenio de fusión, tendrá preferencia en la asignación de planes de cooperación local, subvenciones, convenios y otros instrumentos basados en la concurrencia. Este plazo podrá prorrogarse por la Ley de Presupuestos Generales del Estado». Este inciso ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 41/2016 en los siguientes términos:

«Esta regulación es poco específica, pero puede interpretarse sin dificultad que el indicado criterio de preferencia se aplica a la distribución de ayudas económicas a las que puedan optar los municipios fusionados en régimen de concurrencia con otras entidades, siempre que el Estado haya hecho valer respecto de cada concreto programa o instrumento, bien su competencia básica respecto de la planta local con la finalidad de incentivar las fusiones municipales, bien otros títulos de intervención que le permitan establecer, al menos, las condiciones esenciales del otorgamiento de acuerdo con la doctrina constitucional (STC 150/2012, de 5 de julio, FJ 6, que parte de la STC 13/1992, FJ 8).

El tenor literal del precepto, aunque impreciso, no da pie a interpretar que el legislador estatal haya pretendido vulnerar la doctrina constitucional condicionando todas las políticas subvencionales de las Comunidades Autónomas relacionadas con los municipios o, más precisamente, extendiendo la aplicación del indicado criterio de preferencia a ayudas cuya regulación corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas por referirse a materias en que no entra en juego título estatal alguno. Consecuentemente, la medida examinada, en la medida en que se aplica sólo a subvenciones que el Estado puede consignar en sus presupuestos generales y respecto de las que puede regular, al menos, las condiciones esenciales del otorgamiento por disponer de algún título de intervención, no vulnera el sistema constitucional de distribución competencial.»

<sup>41</sup> A. CORCUERA TORRES, "Aspectos...", cit., señala que se establece «una especie de "cortafuegos jurídico" que impide que la cantidad recibida por este sistema de financiación se incremente para el ente fusionado más allá del límite que establece el citado artículo 123, que se refiere a que la participación total para cada ejercicio se determinará aplicando un índice de evolución a la correspondiente al año base, y que refleja el incremento que experimenten los ingresos tributarios del Estado entre el año al que corresponda la participación y el año base». Por eso entiende que no es una medida de fomento de la fusión de municipios, sino de protección del Estado para impedir que se incremente desmesuradamente la participación en sus tributos y propone su revisión.

<sup>42</sup> En el mismo sentido, M. ALMEIDA CERREDA, "La planta...", cit., pág. 133; o A. CORCUERA TORRES, "Aspectos financieros...", cit.

<sup>43</sup> Así lo señala J. AMENÓS ÁLAMO, "El elemento territorial...", cit., pág. 62.

Por lo tanto, la preferencia a favor de los municipios fusionados tiene un alcance reducido y limitado a las ayudas de cualquier tipo del Estado.

### e) La propuesta de fusión del artículo 116. *bis* LBRL

La reforma local también prevé la fusión de municipios como una de las medidas posibles en municipios que no cumplan con las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Los municipios que incumplan el objetivo de estabilidad presupuestaria, el de deuda pública o de la regla de gasto, deberán formular su plan económico-financiero de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y adicionalmente las medidas del nuevo artículo 116 *bis* LBRL. Este precepto hace expresa referencia a la propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia como una de las medidas que «al menos» debe incluir el plan económico-financiero<sup>44</sup>. La doctrina ha criticado esta regulación por afectar a la autonomía local y a las competencias autonómicas, entre otras razones<sup>45</sup>. Ciertamente el artículo, como tanto otros de la reforma, es confuso y contradictorio: de la expresión «al menos» se deduce que el plan debería incluir como mínimo todas medidas posibles, incluida la propuesta de fusión. Pero para formular esta propuesta resulta necesario el acuerdo con alguno de los municipios colindantes que tal vez se alcance si alguno de ellos presenta la misma situación económico-financiera, aunque difícilmente un municipio saneado aceptará fusionarse, a pesar de la creación del fondo sin personalidad al que antes se aludió. Quizá por estos problemas, el Tribunal Constitucional ha interpretado el precepto excluyendo la obligatoriedad de esta propuesta de fusión.

En efecto, la STC 41/2016 (a la que remiten las posteriores) rechaza que el artículo 116 *bis* LBRL, invada la reserva de Ley Orgánica o contradiga sus previsiones y encuadra su regulación en la competencia estatal en materia de hacienda general. Pero, en la STC 180/2016 (que repite la STC 107/2017), también se plantea la posible vulneración de la autonomía local que podría resultar afectada si hubiera que incluir todas las medidas a las que alude el artículo 116 *bis*. Este planteamiento es rechazado por el Tribunal Constitucional, que destaca que es el Municipio el que elabora el plan económico-financiero e incluirá las medidas que considere precisas para cumplir los objetivos de estabilidad presupuestas y sostenibilidad financiera:

«Cuando el art. 116. *bis*.2 LBRL dispone que ‘el mencionado plan incluirá al menos las siguientes medidas’ no ha de entenderse que el ente local está vinculado a recoger en dicho plan todas esas medidas, perdiendo así todo margen de opción en sus decisiones de gasto, sino que debe introducirlas si fueran imprescindibles para recobrar la senda del cumplimiento y en la medida en que lo sean. La cláusula «al menos» significa que el ente local también deberá incluir en el plan otras medidas distintas de las enumeradas en el art. 116 *bis*.2 LBRL cuando el fin al que se orienta aquél lo exija».

<sup>44</sup> Concretamente el artículo 116. *bis*. 2 dispone que el plan económico-financiero «incluirá al menos las siguientes medidas»:

- a) Supresión de las competencias que ejerza la Entidad Local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación.
  - b) Gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la Entidad Local para reducir sus costes.
  - c) Incremento de ingresos para financiar los servicios obligatorios que presta la Entidad Local.
  - d) Racionalización organizativa.
  - e) Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el período medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.
  - f) Una propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia.
3. La Diputación provincial o entidad equivalente asistirá al resto de corporaciones locales y colaborará con la Administración que ejerza la tutela financiera, según corresponda, en la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económicos-financiero. La Diputación o entidad equivalente propondrá y coordinará las medidas recogidas en el apartado anterior cuando tengan carácter supramunicipal, que serán valoradas antes de aprobarse el plan económico-financiero, así como otras medidas supramunicipales distintas que se hubieran previsto, incluido el seguimiento de la fusión de Entidades Locales que se hubiera acordado.»

Como había puesto de manifiesto M.ª J. ALONSO MAS, “El nuevo régimen...”, cit., pág. 308 el precepto era confuso pues parecía exigir que el plan incluyera todas las medidas, siendo algunas de ellas incompatibles entre sí.

<sup>45</sup> Vid. M.ª J. ALONSO MAS, “El nuevo...”, cit., págs. 326-328; M.ª A. ARIAS MARTÍNEZ, “La fusión...”, cit., pág. 112; A. PALOMAR OLMEDA, “La supresión-fusión...”, cit., pág. 244 y ss., que se refiere a este supuesto de fusión como sanción; M. ALMEIDA CERREDA, “La planta local...”, cit., pág. 20; A. DE DIEGO GÓMEZ, “Las fusiones...”, cit., págs. 556-557; o J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, “Estrategias...”, cit., pág. 153.

Con esta interpretación razonable a pesar de la letra del artículo, los Municipios que formulen un plan económico-financiero decidirán si la fusión con un municipio colindante puede suponer la respuesta a sus problemas financieros, sin que estén obligados a ello. Cuando se elija esta opción (si es que se propone en alguna ocasión) la fusión se reconduciría al convenio previsto en el artículo 13 LRBRL que, como se ha visto, regula expresamente la fusión de algún municipio en situación de déficit. Sin perjuicio de lo anterior, y en una muestra más de la precipitada solución a los problemas de la LRSAL, el artículo 116 *bis* LRBRL no contempla la incorporación del municipio, que supone su anexión a uno colindante que podría ser una solución con mayor aplicación práctica. A mi juicio, cabe una interpretación flexible e integradora de ambos preceptos. Un municipio económicamente saneado aceptaría sin dificultades la incorporación de un municipio colindante obligado a formular un plan económico-financiero si se le permitieran aplicar soluciones que no perjudiquen sus cuentas como la creación del fondo previsto en el artículo 13. 4 LRBRL para los supuestos de fusión.

## V. UNA REFLEXIÓN FINAL

El legislador estatal optó por reformar el artículo 13 LRBRL para intentar corregir algunos de los problemas que suscita nuestra planta municipal. Sin embargo, el análisis de los cambios introducidos pone de manifiesto su limitado alcance. La exigencia de un núcleo de población de al menos 5.000 habitantes para la creación de un nuevo municipio por segregación sí puede tener consecuencias efectivas. Se trata de un requisito objetivo y fácil de contrastar, frente a otros de más sutil apreciación. Puede así frenarse la tendencia de algunas Comunidades Autónomas que no han dudado en crear nuevos municipios en los núcleos de población previamente constituidos como Entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio con población significativamente inferiores. Algo de positivo habrá surgido de la reforma. Pero no parece que la nueva regulación de las fusiones voluntarias de municipios sea seguida por muchos municipios, ni siquiera de aquellos que están inmersos en procesos de saneamiento económico. Y eso a pesar de lo que el legislador estatal ha confiado en el convenio de fusión. De todo ello cabe concluir que la LRSAL también en este plano fue una reforma precipitada, motivada por una perspectiva estrictamente económica y sin valorar otras posibles soluciones que había puesto de relieve la doctrina. Así se ha señalado, por ejemplo, con la posible incorporación del municipio no sostenible económicamente a otro financieramente saneado.

Por lo anterior, no parece previsible que se produzca una reducción significativa de municipios ni por la aplicación del convenio de fusión del artículo 13 LRBRL ni por la formulación de propuestas en tal sentido en el plan económico-financiero del artículo 116 *bis* LRBRL. A lo sumo, se habrá conseguido que no se creen nuevos municipios por segregación. No obstante, esto no significa que no existan soluciones. Haberlas haylas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA CERREDA, M.: “La fusión convencional de municipios: una institución introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, y consagrada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016, de 3 de marzo”, en *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, coordinado por C. S. MELO FIGUEIRAS, I. C. MONTEIRO FONSECA, J. FREITAS DA ROCHA y P. MADEIRA FROUFE, Livraria Almedina, Coimbra, 2017.
- “Un nuevo instrumento para el redimensionamiento de la planta municipal española: el convenio de fusión entre ayuntamientos”, en *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 2, 2015.
- “La planta local a pequeña escala: municipios y entidades locales menores”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 35, 2014.
- ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J.: “El nuevo régimen de las fusiones de municipios”, en *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, coordinada por M. J. DOMINGO ZABALLOS, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- ÁLVAREZ MONTOTO, J.: “La Incidencia de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en la planta local española. La fusión voluntaria de municipios”, en *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 173, 2014.
- AMENÓS ÁLAMO, J.: “El elemento territorial del municipio en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en *Anuario de Gobierno local 2013*, 2014.
- ANTELO MARTÍNEZ, A. R.: “Fusiones de municipios: ¿prevalencia del derecho estatal en el régimen de adopción de acuerdos?. Especial referencia al caso de los municipios de Ozas y cesuras en la provincia de A Coruña”, en *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 155, 2013.

- ARIAS MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> A.: “La fusión de municipios”, en *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, dirigida por M. ALMEIDA CERREDA, C. TUBERTINI y P. GONÇALVES, y coordinada por D. Santiago IGLESIAS, F. DI LASCIO y P. CRUZ E SILVA, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ARROYO YANES, L. M.: “La creación de municipios en el nuevo derecho de la Administración Local”, en *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, coordinado por F. BALAGUER CALLEJÓN y E. ARANA GARCÍA, 2014.
- BAYONA I ROCAMORA, A.: “La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional: comentarios a las primeras sentencias”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 2017.
- BOIX PALOP, A.: “El régimen local tras el fracaso de la reforma 2013”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 68, 2017.
- BUSTILLO BOLADO, R. O.: “Los convenios”, en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, coordinado por E. GAMERO CASADO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CARBONELL PORRAS, E.: “Sobre la reforma local y las competencias municipales propias”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99/100, número especial en recuerdo y homenaje al Profesor Demetrio Loperena, 2014.
- “Replanteamiento sobre las provincias: del pretendido reforzamiento de su posición institucional a una posible mutación constitucional”, en *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, 2016.
- “La planta local: análisis general y perspectivas de reforma”, en *La planta del Gobierno Local*, coordinadas por J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2013.
- “La Administración local en el Estatuto de Autonomía de 2007 y en la reciente legislación andaluza”, en *Tratado de Derecho Municipal*, dirigido por S. MUÑOZ MACHADO, Madrid, Iustel, 2011.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A.: “La fusión de municipios, único instrumento de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local para la modificación de la planta municipal: una oportunidad perdida”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* núm. extraordinario enero 2015. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0iextra.10222>.
- CASTILLO BLANCO, F. A.: “La reforma de los Gobiernos Locales en España. ¿Una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, coordinado por José M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, CEPC, II, Madrid, 2017.
- CORCUERA TORRES, A.: “Aspectos financieros de la reforma local”, en *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. Extraordinario 2015. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0iextra.10224>.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: “Reforma de la Administración Local. Una oportunidad de modificar la planta municipal que no puede perderse”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 157, 2013.
- “Presentación”, en *Crisis económica y reforma del régimen local*, coordinada por L. COSCULLUELA MONTANER y L. MEDINA ALCOZ, Civitas Thomson Reuters, Navarra, (Cizur Menor), 2012.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Estrategias para ganar tamaño en la gestión administrativa tras la reforma de 2013”, en *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, coordinada por A. BOIX PALOP y A. M.<sup>a</sup> de la Encarnación, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- DE DIEGO GÓMEZ, A.: “Las fusiones de ayuntamientos”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, 2014.
- “Las fusiones de ayuntamientos”, en *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, coordinada por J. A. CARRILLO DONAIRE y P. NAVARRO RODRÍGUEZ, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2014.
- “La fusión de Ayuntamientos con especial referencia a Galicia”, en *Revista Gallega de Administración Pública* núm. 47, 2014.
- DÍAZ LEMA, J. M.: “La STC 041/2016: aval del Tribunal Constitucional a las medidas relativas a la planta local y la reordenación de las competencias locales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016.
- “La proyección del principio de sostenibilidad financiera sobre el marco competencial y la reordenación del «mapa» local (Ley 27/2013, de 27 diciembre)”, en *Sostenibilidad financiera y Administración local. Un estudio comparado*, coordinada por J. M. DÍAZ LEMA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- DURÁN GARCÍA, F. J.: *La fusión de municipios como estrategia*, Dykinson, 2016.
- “La fusión coactiva de municipios en España: principios, estrategia y resultados”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 57, 2016.
- GALÁN GALÁN, A.: “La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. extraordinario 2015. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0iextra.10225>.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: “Los convenios administrativos”, en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, dirigida por F. LÓPEZ MENUDO, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- GRACIA HERRERO, F. J.: “La racionalización de la estructura organizativa en los pequeños municipios tras la reforma local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, 2014.

- GRACIA RETORTILLO, R.: “La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía local”, en *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, 2016.
- HERNANDO RYDINGS, M.: “La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, en *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, dirigida por C. CAMPOS ACUÑA, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- JIMÉNEZ BLANCO, E.: “La fusión de municipios en la Ley de racionalidad y sostenibilidad de la Administración Local”, en *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, dirigida por F. GARCÍA RUBIO, INAP, Madrid, 2015.
- MARTÍN REBOLLO, L. y ALEGRE ÁVILA, J. M.: “Las competencias locales en la STC 41/2016, de 3 de marzo”, en *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, coordinado por L. PAREJO ALFONSO y J. VIDA FERNÁNDEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, II, 2017.
- MARTÍNEZ DE LA CASA RODRÍGUEZ, E.: “Vetos y resistencias en el fracaso de la reforma de la planta local en España”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 5, 2015, p. 120 y ss.
- MEDINA ALCOZ, L.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, en *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, 2016.
- MEDINA GUERRERO, M.: *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MELLADO RUIZ, L.: *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?*, CEMCI, Granada, 2014.
- “Crisis económica y Administración local” en *Crisis económica y Derecho Administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, dirigida por A. EZQUERRA HUERVA, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- PADRÓS REIG, C.: “El examen de la constitucionalidad de la reforma local de 2013”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, 2017.
- PALOMAR OLMEDA, A.: “La supresión-fusión de municipios”, en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 37, 2015.
- PAREJO ALFONSO, L.: “Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno local” en *Cuadernos de Derecho local*, núm. 34, 2015.
- PIZARRO NEVADO, R.: “Entidades y «entes» de ámbito territorial inferior al municipio tras la reforma local de 2013”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* núm. 8, 2017. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i8.10437>.
- “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en *El nuevo régimen jurídico del sector público*, dirigida por H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- “Significación y claves de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, en *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 53, 2017.
- PONS-PORTELLA, M.: “La población mínima de los nuevos municipios: estado de la cuestión tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, núm. 5, 2016. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10353>.
- REBOLLO PUIG, M.: “En busca de la prevalencia perdida”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, coordinado por José M.ª BAÑO LEÓN, CEPC, Madrid, 2017.
- “La supresión de los pequeños municipios: régimen, alternativas, ventajas e inconvenientes”, en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 308, 2008. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i308.9701>.
- REBOLLO PUIG, M. y CARBONELL PORRAS, E.: “La Administración local en la legislación andaluza”, en *Tratado de Derecho Municipal*, dirigido por S. MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 2003.
- REBOLLO PUIG, M. y PIZARRO NEVADO, R.: “Las Entidades Locales Autónomas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, 2001.
- SANTIAGO IGLESIAS, D.: “Debate sobre la fusión de municipios en España: balance histórico y estado actual de la cuestión”, en *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, coordinado por C. S. MELO FIGUEIRAS, I. C. MONTEIRO FONSECA, J. FREITAS DA ROCHA y P. MADEIRA FROUFE, Livraria Almedina, Coimbra, 2017.
- SANZ LARRUGA, F. J.: “De la segregación a la fusión de municipios en España”, ambos en *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, coordinado por F. BALAGUER CALLEJÓN y E. ARANA GARCÍA, 2014.
- TEJEDOR BIELSA, J.: “El desarrollo autonómico de la reforma local de 2013. Entre la rebelión y el pragmatismo”, en *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, coordinada por A. BOIX PALOP y A. M.ª de la Encarnación, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- VILLAR ROJAS, F.: “Razones y contradicciones de la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” en *La administración al día*, INAP, 18 de julio de 2014.



## El municipio turístico de Andalucía: claves sustantivas de su nueva regulación<sup>1</sup>

### *The tourist municipality of Andalucía: substantive keys of its new regulation*

María del Carmen Núñez Lozano  
Universidad de Huelva  
maria.lozano@dpub.uhu.es

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla. Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva. Sus líneas de investigación se centran en las técnicas de intervención administrativa (en especial, régimen de actividades comunicadas), sectores de actividad (en especial, ordenación de los seguros privados y sanidad) y protección del medioambiente (en especial, régimen jurídico de las costas).

---

#### **RESUMEN**

Este trabajo estudia los aspectos sustantivos de la nueva regulación de Andalucía sobre los municipios turísticos. El análisis jurídico del Decreto 72/2017 permite concluir que la calidad es el principal objetivo de la norma; que se acentúa la consideración de la declaración de Municipio Turístico de Andalucía como un punto de partida y no una meta de llegada; y que la finalidad de este régimen no es compensar los mayores gastos que supone la afluencia de visitantes sino la de mantener y elevar el atractivo turístico del municipio.

#### **PALABRAS CLAVE**

Financiación municipal; turismo.

---

#### **ABSTRACT**

This paper studies the substantive aspects of the new andalusian regulation on tourist municipalities. The legal analysis of Decree 72/2017 allows us to conclude that quality is its main objective; that the declaration of «Tourist Municipality of Andalusia» is accentuated as a starting point and not as an arrival goal; and that the purpose of this regime is not to compensate the greater expenses that visitors affluence supposes but to maintain and elevate the tourist attraction of the municipality.

#### **KEYWORDS**

Municipal financing, tourism.

#### **SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS FINALIDADES QUE PERSIGUE LA REGULACIÓN SOBRE EL MUNICIPIO TURÍSTICO. III. PREMISA Y REQUISITOS SUSTANTIVOS PARA ALCANZAR LA CONDICIÓN DE MUNICIPIO TURÍSTICO. III.1. PREMISA PARA ALCANZAR LA CONDICIÓN DE MUNICIPIO TURÍSTICO:

---

<sup>1</sup> Este estudio se ha realizado en el marco del Centro de Investigación en Patrimonio Histórico, Cultural y Natural y del grupo de investigación "Derecho, Economía y Sociedad" (SEJ-397). Universidad de Huelva.

EL NÚMERO DE HABITANTES. III.2. LOS REQUISITOS SUSTANTIVOS PARA ALCANZAR LA CONDICIÓN DE MUNICIPIO TURÍSTICO. III.2.1. La población turística asistida. III.2.2. La oferta turística. III.2.3. El plan municipal de calidad turística. III.2.4. Los elementos de valoración. IV. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE MUNICIPIO TURÍSTICO DE ANDALUCÍA. IV.1. LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. IV.2. LAS OBLIGACIONES DE LOS MUNICIPIOS TURÍSTICOS DE ANDALUCÍA. IV.3. LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN. IV.4. OTRAS FORMAS DE COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La Comunidad Autónoma de Andalucía contempló el municipio turístico (MT) en su primera ley de ordenación y promoción del turismo, la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo (L99). Fue desarrollada por el Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico (D/2002), modificado por el Decreto 70/2006, de 21 de marzo (D/2006)<sup>2</sup>. Hoy, es el Decreto 72/2017, de 13 de junio, de Municipio Turístico de Andalucía<sup>3</sup> (DMTA) el que desarrolla los artículos 19 y 20 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía (LTA), otorgando carta de naturaleza a la concreta denominación «Municipio Turístico de Andalucía»<sup>4</sup> (MTA).

Aun cuando las líneas maestras del MT se han mantenido<sup>5</sup>, la Ley y el Decreto han introducido novedades de interés. En este estudio nos ocuparemos de los requisitos para alcanzar la condición de MTA y de los efectos de la declaración, que son los dos aspectos esenciales de la regulación, soslayando el procedimiento de declaración y la revocación de la misma, sin perjuicio de puntuales referencias. Con carácter previo se expondrán unas breves consideraciones sobre las finalidades que persigue la regulación, útiles para enmarcar el análisis.

## II. LAS FINALIDADES QUE PERSIGUE LA REGULACIÓN SOBRE EL MUNICIPIO TURÍSTICO

Conviene recordar que el MT es una figura prevista en la legislación de régimen local o turística de distintas Comunidades Autónomas, con un claro perfil orientado a las singularidades de aquellos municipios que, debido a su atractivo turístico, han de atender a una población compuesta no solo por los vecinos sino, también, por quienes lo visitan en régimen de estancia temporal. Como ha señalado la doctrina (CORNO CAPARRÓS<sup>6</sup>), la afluencia de visitantes<sup>7</sup> les obliga a prestar unos servicios cuantitativa y cualitativamente distintos de los que, con arreglo a la población de derecho, les correspondería, de manera irregular en el tiempo cuando la afluencia es, como generalmente sucede, estacional<sup>8</sup>. De ahí que sea necesario acudir a fórmulas encaminadas a la obtención de los recursos precisos para poder prestar los diferentes servicios, para poder cubrir «el incremento de sus necesidades financieras»<sup>9</sup>, una de las cuales es la del «municipio tu-

<sup>2</sup> Por acuerdo del Consejo de Gobierno, han sido declarados municipios turísticos bajo este régimen: Benalmádena (acuerdo de 21 de octubre de 2003), Santiponce (acuerdo de 9 de diciembre de 2003), Ronda (acuerdo de 9 de marzo de 2004), Cazorla, Nerja y Roquetas de Mar (acuerdos de 15 de marzo de 2005), Aracena, Chiclana de la Frontera, Conil de la Frontera, Tarifa y Torremolinos (acuerdos de 9 de mayo de 2006), Chipiona y Fuengirola (acuerdos de 25 de julio de 2006), Rota (acuerdo de 27 de marzo de 2007), Almonte (acuerdo de 24 de marzo de 2009), Almuñécar (acuerdo de 5 de abril de 2011), Baeza (acuerdo de 16 de enero de 2017) y Punta Umbría (acuerdo de 19 de septiembre de 2017).

<sup>3</sup> BOJA número 119, de 23 de junio de 2017, sección «Otras disposiciones»; en el BOJA 121, de 27 de junio de 2017, se procedió a la publicación íntegra del Decreto mediante una corrección de erratas, si bien en la sección «Disposiciones generales».

<sup>4</sup> Bajo el régimen anterior, la expresión «municipio turístico» se ha utilizado en regulaciones diferentes con distinto significado y alcance. Así, el artículo 5.5 del Decreto 353/2003, de 16 de diciembre, por el que se establecen la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia, consideraba «municipios turísticos aquellos en los que las plazas de alojamientos turísticos superen el 5% de la cifra de población según el Padrón Municipal vigente».

<sup>5</sup> Acaso por ello, el preámbulo de la LTA no menciona la figura del MT, a diferencia del de la L99, que le dedica varios párrafos. Claramente, el MT no supone en 2011 ninguna novedad.

<sup>6</sup> 1984: 427.

<sup>7</sup> Utilizaré la palabra «visitante» sin la precisión que aportó al concepto el artículo 2.2 D/2002, que consideró que lo era «la persona que se desplaza a un lugar distinto al de su entorno habitual sin alojarse en ningún establecimiento turístico, no siendo el motivo principal del viaje el ejercicio de una actividad remunerada en el lugar visitado». La regulación actual prescinde de este concepto.

<sup>8</sup> Subrayan LASARTE ÁLVAREZ y ADAME MARTÍN que la estacionalidad agrava el problema (2005: 449 y 450)

<sup>9</sup> LASARTE ÁLVAREZ y ADAME MARTÍN, 2005: 436. Los autores sintetizan la cuestión en los términos que, por su claridad y brevedad, se reproducen a continuación: «[y] el problema consiste en que el sistema actual de financiación local se apoya básicamente en las participaciones en tributos estatales, para cuya cuantificación el dato principal es la población de derecho [...]; y, en segundo lugar, se fundamenta en los tributos propios, especialmente en los impuestos municipales, cuya carga puede sólo modularse igualmente en función de tal población de derecho» (2005: 447).

rístico». Ello no obstante, y como también se ha advertido (FERNÁNDEZ RAMOS<sup>10</sup>), el perfil del MT «como municipio de gran afluencia turística» se ha «desdibujado» en la legislación turística con la introducción de rasgos característicos de «municipio de interés turístico».

Sin embargo, ha de observarse que la motivación económica aisladamente considerada no explica por completo el régimen del MT, pues a ella ha de unirse el objetivo de la calidad, como explicita el artículo 19.2 LTA, que no duda en afirmar que «la finalidad esencial para la declaración de Municipio Turístico es promover la calidad en la prestación de los servicios municipales al conjunto de la población turística asistida mediante una acción concertada de fomento». Esta finalidad, que reitera en términos muy similares el artículo 1.2 DMTA y que ya estaba presente en la L99 (artículo 6.2) y en el D//2002 (preámbulo y artículo 1.2)<sup>11</sup>, impregna ahora en mayor medida la nueva regulación, como habremos de ir viendo.

Por último, esta aproximación a los fines de la regulación nos permite ya afirmar que, aun cuando distintos autores han conectado el régimen del MT con la previsión contenida en el artículo 30 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)<sup>12</sup>, no existe esa vinculación en el caso de Andalucía<sup>13</sup>. Como habremos de ver, el régimen del MTA se traduce en la asunción de unos compromisos para obtener determinadas ventajas, por lo que es factible aun cuando no existiera el artículo 30 LRBRL<sup>14</sup>.

### III. PREMISA Y REQUISITOS SUSTANTIVOS PARA ALCANZAR LA CONDICIÓN DE MUNICIPIO TURÍSTICO

#### III.1. Premisa para alcanzar la condición de municipio turístico: el número de habitantes

La premisa para poder obtener la condición de MTA es la de contar con una población de derecho no superior a cien mil habitantes (artículo 1.3 DMTA). Así estaba ya previsto en la disposición adicional primera de la L99, que optó porque las medidas de promoción y fomento del turismo de las ciudades cuya población superara la cifra fueran objeto de un tratamiento específico en el Plan General del Turismo. Curiosamente, la LTA no recoge el límite máximo de población de derecho, aunque el artículo 15.1 establece que «a solicitud de los municipios, las ciudades con población de derecho superior a los cien mil habitantes podrán ser objeto de planes turísticos específicos para la promoción y fomento del turismo».

Importa destacar que se ha suprimido el requisito de que el municipio tenga más de cinco mil habitantes, introducido en la reforma de 2006 (artículo 2.1 D/2002, en la nueva redacción dada por el D/2006) y de dudosa legalidad<sup>15</sup>.

#### III.2. Los requisitos sustantivos para alcanzar la condición de municipio turístico

Los requisitos propiamente dichos no los establece con carácter exhaustivo la LTA (artículo 19.1), como tampoco lo hacía la L99. Es el DMTA el que precisa los requisitos para la declaración de MTA conforme veremos a continuación.

<sup>10</sup> 2003: 56; 2017: 71.

<sup>11</sup> SANZ DOMÍNGUEZ subrayó que con la figura del MT no sólo se buscan soluciones a las dificultades financieras y a la necesidad de cubrir la demanda de servicios en épocas de masificación sino, además, garantizar la calidad de los servicios turísticos en su conjunto (2003: 346 y 347). *Vid.* con carácter general SUAY RINCÓN y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 1999: 84 y 85.

<sup>12</sup> Entre otros, GALLARDO CASTILLO, 1996: 53 y 54; 2001: 91; GUILLÉN GALINDO, 1999: 57; SUAY RINCÓN y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 1999: 71 y ss.; LASARTE ÁLVAREZ y ADAME MARTÍN, 2005: 423; GIL CASIÓN, 2011: 159, nota 259; y BOUAZZA ARIÑO, 2012: 263. RAZQUÍN LIZÁRRAGA señala la conexión, si bien aclara que la legislación autonómica en la materia no trata de ofrecer soluciones organizativas (2000: 43 y 48 y 49); y con carácter general, CARBONELL PORRAS apunta que «para el Derecho positivo los regímenes municipales especiales no implican necesariamente el establecimiento de un régimen diferenciado de organización, sino concretas previsiones en aspectos diversos del régimen municipal» (2007: 780). Igualmente, CALONGE VELÁZQUEZ y VILLAREJO GALENDE concluyen que no hay un verdadero estatuto de MT (2000: 333, 343 y 344).

<sup>13</sup> En cambio, otros autores consideran que el fundamento del MT se encuentra en el citado artículo e incluyen el caso de Andalucía (ILDEFONSO HUERTAS, 2003: 188 y 189 y ROMÁN MÁRQUEZ, 2008: 1199 y 1200).

<sup>14</sup> En esta línea, BERMEJO VERA (2001: 246) ha sostenido que «anunciar transferencias económicas a modo de compensaciones por gasto, anunciar formalmente la ampliación de la capacidad tributaria del Ente municipal turístico, o establecer prestaciones municipales obligatorias siempre remitiendo a los instrumentos de colaboración o cooperación, no es más que redundar sobre lo que es viable sin habilitaciones reguladoras especiales».

<sup>15</sup> Coincido pues con FERNÁNDEZ RAMOS, 2017: 75.

### **III.2.1. La población turística asistida**

El primer requisito viene referido a la población turística asistida. El artículo 19.3 LTA considera que es «[l]a constituida por quienes no ostenten la condición de vecinos o vecinas del municipio pero tengan estancia temporal en el mismo por razones de visita turística o pernoctación en alojamientos turísticos»; y añade que «[s]u determinación se efectuará por los medios de prueba que reglamentariamente se establezcan». El artículo 2.a) DMTA reproduce el concepto y detalla cuándo se considera que se alcanza el requisito. En concreto, ello sucede si se cumple al menos uno de los dos condicionantes que señala: a) visitas turísticas; b) pernoctaciones. La LTA ha prescindido del requisito del número de viviendas de segunda residencia, presente en la L99 y en el D/2002<sup>16</sup> hasta su modificación por el D/2006<sup>17</sup>, esto último, a mi juicio, de manera ilegal.

Por lo que respecta a las visitas turísticas, se ha de acreditar, mediante el conteo diario de las que tienen lugar en el principal recurso turístico del municipio, que su número en el último año natural es, al menos, cinco veces superior al de la población de derecho según la última cifra oficial de padrón municipal, siempre que dicha afluencia se encuentre repartida en más de treinta días al año.

Este condicionante se endurece respecto de la regulación anterior porque se concreta el parámetro de comparación con la referencia al último año natural; y también porque el conteo de las visitas se predica del «principal recurso turístico del municipio» y no de «los recursos turísticos del municipio»<sup>18</sup>.

Por otra parte, la circunstancia de que a efectos de la constatación de la visita turística solo se tenga en cuenta la que se realiza al recurso turístico impide que se pueda computar la sola estancia en el municipio sin visitar espacios concretos en los que se tome razón de ello, lo que no es coherente con algunos de los elementos que considera el DMTA para estimar que existe una oferta turística, como es el caso de los recursos culturales (distintos de los patrimoniales o naturales) o etnográficos<sup>19</sup>. Por eso coincido con RIVERO YSERN en que hubiera sido oportuna la libertad de medios de prueba<sup>20</sup>.

Sin embargo, se ha prescindido del concepto de visitante que incluía el artículo 2 del D/2002, de modo que puede interpretarse que no se excluyen las visitas turísticas al principal recurso turístico del municipio que realizan quienes pernoctan en establecimientos de alojamiento turístico<sup>21</sup>.

En cuanto a las pernoctaciones, se exige que, de acuerdo con los últimos datos oficiales elaborados por la consejería competente en materia de turismo sobre pernoctaciones en los establecimientos de alojamiento turístico previstos en el artículo 40 LTA, se tenga un número de pernoctaciones diarias en media anual (pernoctaciones al año/365) superior al diez por ciento de la población de derecho del municipio, o bien alcanzar ese porcentaje durante al menos tres meses al año, computándose para ello la media diaria mensual (pernoctaciones al mes/30).

Los criterios para determinar el número de pernoctaciones no han cambiado. Interesa subrayar que la nueva regulación no da entrada a las que tienen lugar en viviendas con fines turísticos y en viviendas turísticas de alojamiento rural, en la misma línea que el D/2002. Estas viviendas no tienen la consideración de establecimientos turísticos y, dado que el artículo 2.a) DMTA sólo se refiere a las pernoctaciones en estos y no hace ninguna mención expresa a ellas<sup>22</sup>, tales pernoctaciones no se tienen en cuenta a efectos de la declaración de MTA. A mi juicio, se trata de una opción incoherente con las finalidades que persigue la figura del MT; en este sentido, la exclusión de estas viviendas de la categoría de establecimientos turísticos se ex-

<sup>16</sup> En la versión original del artículo 2.1 del D/2002, debía cumplirse alguno de los requisitos referidos a pernoctaciones diarias, número de viviendas de segunda residencia o número de visitantes; o bien con carácter acumulativo la mitad de las exigencias referidas a pernoctaciones diarias y número de viviendas de segunda residencia.

<sup>17</sup> Tras la reforma, se exigió el cumplimiento de uno de los dos requisitos, referidos a pernoctaciones y número de visitantes. El preámbulo del D/2006 explicaba que «no en todos los casos puede concebirse el fenómeno turístico como causa del exceso de la segunda residencia, sino que existen otros hechos, al margen del turismo, que motivan este crecimiento, no debiendo configurarse este exceso como circunstancia habilitante de la declaración de Municipio Turístico, sin perjuicio de que su impacto en la población turística asistida sea tenido en cuenta en la cuantificación de los convenios que celebre la Administración Autonómica».

<sup>18</sup> Sin embargo, el artículo 5 del Decreto (redacción de 2006), que regulaba la documentación que había que acompañar a la solicitud de MT, exigía un «certificado que acredite las visitas realizadas al recurso turístico más visitado». En la redacción original, el artículo 2.1.c) sí se refería al «recurso turístico de mayor afluencia del municipio».

<sup>19</sup> ROMÁN MÁRQUEZ (2008: 416) señaló la dificultad de computar el número de quienes visitan los recursos naturales.

<sup>20</sup> 2008: 127.

<sup>21</sup> Con todo, el artículo 2.a) sí distingue entre quienes tienen estancia temporal «por razones de visita turística o pernoctación».

<sup>22</sup> Lo que sería factible porque el artículo 19.3 LTA se refiere a «pernoctación en alojamientos turísticos», sin exigir que se trate de establecimientos de alojamiento turístico.

plica porque la actividad a la que sirven de soporte no es la principal del propietario<sup>23</sup>, pero ello, obviamente, no tiene nada que ver con la circunstancia de que en ellas tienen lugar, salvo algún caso excepcional, las pernотaciones de quienes no forman la población de derecho.

### **III.2.2. La oferta turística**

El segundo requisito es el de la oferta turística. Aunque el artículo 6.1 L99 ya lo exigía, el D/2002 no precisó nada al respecto. Con arreglo al artículo 2.b) DMTA,

«la oferta turística con la que cuente el municipio, sustentada en sus recursos patrimoniales, naturales, culturales o etnográficos, deportivos y de ocio, ha de tener una consistencia y atractivo tal que sea capaz de generar un flujo de visitantes hacia el mismo. El municipio también ha de disponer de una infraestructura turística mínima conforme a su realidad socioeconómica y geográfica para poder satisfacer las necesidades de la población turística asistida».

Como se aprecia, se trata de una formulación sustentada en referencias valorativas que, por una parte, modula el requisito de las pernотaciones porque en la práctica resta operatividad a las que tengan lugar por razones distintas de los recursos patrimoniales, naturales, culturales o etnográficos, deportivos y de ocio<sup>24</sup>; y, por otra parte, el exigir una cierta infraestructura turística, avala la consideración de que la calidad no es solo un objetivo de esta regulación sino que, además, el previo esfuerzo orientado a ella del municipio que aspira a ser MTA es en sí mismo un requisito<sup>25</sup>. En todo caso, la formulación engloba condicionantes que responden a algunos de los elementos de valoración que se enumeran en el artículo 3<sup>26</sup>, de modo que se aprecia un cierto solapamiento.

### **III.2.3. El plan municipal de calidad turística**

El artículo 19.1 LTA prevé como uno de los requisitos necesarios el contar un plan municipal de calidad turística que contemple las medidas de mejora de los servicios y prestaciones. Un «plan turístico municipal o instrumento de planificación turística similar» de «duración no inferior a la cuatrienal» ya había sido previsto en el artículo 3.4 D/2002 como un elemento de valoración para la declaración de MT; en la reforma de 2006 se prescindió de la referencia al «instrumento de planificación turística similar» y de la duración mínima del plan [artículo 3.c) D/2002 reformado].

El artículo 2.c) DMTA solo menciona que el plan municipal deberá estar vigente tanto en el momento de la solicitud como en el caso previsto en el artículo 15.3<sup>27</sup> y ajustarse a las grandes líneas estratégicas de la planificación turística de la Junta de Andalucía, tal y como en su día reclamó la doctrina<sup>28</sup>. Es el artículo 5.e) el que, al detallar la documentación que ha de acompañar a la solicitud de declaración de MTA, especifica su contenido mínimo:

<sup>23</sup> Vid. el preámbulo del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos.

<sup>24</sup> La capacidad para generar un flujo de visitantes es el índice que se emplea para considerar la existencia de oferta turística. En buena medida, el flujo de visitantes como requisito ya está considerado en el de las pernотaciones. De ahí que en esta parte la formulación de la oferta turística se ordene a modular las pernотaciones que son relevantes (recordemos que el DMTA ha prescindido de la noción de visitante que contenía el artículo 2.2 del D/2002 y que a lo sumo se puede considerar que lo es quien no pernотata). En otros términos, aunque un municipio cumpla con el requisito de las pernотaciones, si no dispone de recursos patrimoniales, naturales, culturales o etnográficos, deportivos y de ocio, no podrá aspirar a la condición de MTA. Ha de notarse que en este extremo la formulación de la oferta turística no modula el requisito de las visitas turísticas, dado que lo que las define es que tengan lugar al principal recurso turístico del municipio y no la simple estancia.

<sup>25</sup> Así lo indicó ROMÁN MÁRQUEZ respecto de la L99 y el D/2002 (2008: 425 y 426). Con anterioridad, RIVERO YSERN subrayó el valor que confería la Ley citada a la actitud del municipio (2000: 87 y 2001: 204).

<sup>26</sup> Así, la existencia de oficinas de turismo, de recursos turísticos en el término municipal declarados de interés turístico o de interés cultural, de plazas de alojamiento inscritas en el Registro de Turismo de Andalucía y de oficinas municipales donde se facilite información a la población turística asistida sobre sus derechos como personas consumidores y usuarias; a lo que se añade la ubicación del término municipal, total o parcialmente, en alguno de los espacios naturales protegidos de Andalucía o sus Áreas de Influencia Socioeconómica [artículo 3, letras e), f), g), p) y k), respectivamente].

<sup>27</sup> El artículo 15.3 establece, en lo que aquí interesa, la obligación de acreditar cada cuatro años ante la Consejería competente el cumplimiento de los requisitos que dieron lugar a la declaración. Por eso la referencia a dicho artículo 15.3 en este lugar puede considerarse ociosa. No lo es en cambio la puntualización de que el plan debe estar vigente, ya que con arreglo 5.3.e) D/2002, en su versión original, bastaba con la aportación de un avance del plan.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, 2003: 68.

1. Diagnóstico de la actividad turística en el municipio en el que se detallen necesidades y problemas del sector, visitantes y turistas que recibe y sus motivaciones, incluyendo estadísticas diferenciadas por sexo tanto con respecto al empleo como al turismo. 2. Los objetivos que persigue el plan municipal de calidad turística. 3. La descripción de las actuaciones de mejora de los servicios y prestaciones vinculados con la actividad turística, con indicación de su presupuesto y calendario de ejecución. 4. Los mecanismos de seguimiento y evaluación del plan municipal de calidad turística.

En buena medida, estos contenidos ya se encontraban previstos en el artículo 3.4 del D/2002 (regulación de 2002) por referencia al plan turístico municipal<sup>29</sup>.

Nada se dice sobre la valoración del plan que se presente; en particular, no se establece ningún estándar o medida de la calidad a la que se ordene. A mi juicio, el diagnóstico de la actividad turística es su piedra angular, de manera que la primera apreciación debe girar en torno a su suficiencia y acierto. Constatados estos, debe examinarse la coherencia que guardan los objetivos con el diagnóstico y la que presentan las actuaciones de mejora con unos y otro, así como la idoneidad de los mecanismos de seguimiento y evaluación en atención a las actuaciones concretas que se hayan propuesto.

La nueva funcionalización del plan municipal de calidad turística como requisito y no como elemento de valoración, además de evidenciar que la calidad es uno de los objetivos de esta regulación, permite considerar que se pretende que sólo alcancen la condición de MTA los municipios que *a priori* hayan demostrado su disposición para realizar un esfuerzo de mejora en la atención de las necesidades y problemas que se suscitan en el sector turístico. La circunstancia de que no se hayan querido establecer estándares concretos de mejora avala que se exige una actitud o disposición.

#### III.2.4. Los elementos de valoración

El cuarto requisito consiste en acreditar el cumplimiento de al menos diez de los elementos de valoración que recoge el artículo 3 [artículo 2.d)].

Antes de proceder a su exposición, conviene recordar que la L99 había avanzado dos requisitos de valoración y que el D/2002 añadió finalmente otros, luego modificados por el D/2006. Este esquema, como bien apreciara la doctrina, introducía en la decisión de otorgar la condición de MT «un cierto margen de valoración, no ya reglada» (FERNÁNDEZ RAMOS)<sup>30</sup>.

La LTA sigue la misma pauta que su antecesora y también expresa dos elementos de valoración, en la misma línea además<sup>31</sup>. El DMTA, sin embargo, añade otros quince y, lo que resulta más llamativo, se aparta de su precedente porque prescribe que se ha de acreditar el cumplimiento de al menos diez. De este modo, los elementos de valoración adquieren una funcionalidad distinta, pues en definitiva son ahora también requisitos. La cuestión que en consecuencia se plantea es la de si la acreditación del cumplimiento de los diez «elementos de valoración» es suficiente o, por el contrario, la Administración andaluza puede valorar el resto de los elementos para, en su caso, resolver negativamente. Y, en relación con ello, si el DMTA se ajusta en este punto a la LTA.

A mi juicio, la exigencia expresa y terminante del cumplimiento de diez de los elementos de valoración acota el examen a los que haya seleccionado el municipio y resta fuerza a la caracterización de la decisión sobre la condición de MT como discrecional, pues no tiene sentido la imposición de un mínimo (la concurrencia de los diez elementos) para a continuación denegar la solicitud a resultas de la valoración realizada sobre otros elementos (como máximo siete) que no se exigen<sup>32</sup>; cuestión distinta es, claro está, los términos en que están redactados muchos de los elementos, que precisamente apuntan a una actividad de valoración antes

<sup>29</sup> La reforma de 2006 prescindió del apartado cuarto del artículo 3, conformándose su letra c) con la exigencia de que el plan contuviera al menos «un diagnóstico de la situación turística, así como la propuesta de actuaciones para mejorar la oferta del turismo en el municipio».

<sup>30</sup> 2003: 64 y 2017: 75 y 80. En opinión de RIVERO YSERN, la Ley configuraba la declaración de MT como una «decisión reglada en la que hay que manejar diversos conceptos jurídicos indeterminados» (2000: 88 y 2001: 205); posteriormente consideró que la valoración era en gran parte discrecional (2008: 130; *vid.* no obstante la pág. 135).

<sup>31</sup> Artículo 20.1: «a) Los servicios públicos básicos que presta el municipio respecto a la vecindad y a la población turística asistida, b) Los servicios específicos que tengan una especial relevancia para el turismo».

<sup>32</sup> Según el artículo 7.2 DMTA, los actos de instrucción que realiza la Secretaría General en el procedimiento son los «necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de *datos y criterios en virtud de los cuales deba examinarse la idoneidad para ser declarado turístico el municipio solicitante*». Lo resaltado en cursiva indica, a mi juicio, que la idoneidad no ha de examinarse a la luz de todos los elementos de valoración.

que a una actividad de constatación. En cuanto a si el DMTA se ajusta en este punto a la LTA, no plantea ningún problema la ampliación de los requisitos porque la Ley lo consiente expresamente al remitir su fijación al reglamento. Sin embargo, el Decreto no se «ajusta» a la Ley porque al convertir los elementos de valoración en requisitos hace desaparecer la discrecionalidad propia de aquellos; cuestión distinta es que pueda calificarse el Decreto como ilegal, pues al cabo es la propia Administración autonómica la que se ha autolimitado con carácter general y abstracto, pudiéndose justificar esta opción en el principio de seguridad jurídica.

En todo caso, resulta paradójico el que la formulación del requisito referido a la oferta turística [artículo 2.b) DMTA] se ajuste más a lo que es un elemento de valoración, mientras que los que se enuncian como «elementos de valoración» (artículo 3 DMTA) sean, de suyo, requisitos, bien que enunciados muchos de ellos en términos valorativos. Sobre este particular, el DMTA rompe con el esquema acuñado en el D/2002 que, como subrayara la doctrina<sup>33</sup>, configuró los requisitos como elementos estrictamente reglados y arbitró una importante esfera de discrecionalidad en lo relativo a los elementos de valoración.

Los elementos de valoración son, como ya se ha indicado, diecisiete. A continuación, examinaremos cada uno de ellos.

*a) Servicios públicos básicos que, según lo previsto en la normativa básica estatal sobre Régimen Local, preste el municipio respecto a la vecindad y a la población turística asistida, cuyo refuerzo se precise para satisfacer sus necesidades.*

Este elemento de valoración se formula en términos distintos respecto de las regulaciones anteriores<sup>34</sup>, ya que en lugar de «servicios mínimos» se alude a «servicios públicos básicos»<sup>35</sup> y se puntualiza que el refuerzo de los servicios sea preciso para satisfacer las necesidades, pudiéndose interpretar que se refiere a una situación de déficit en la prestación. Lo que debe valorarse, pues, no es ni el esfuerzo presupuestario que en su caso se esté haciendo para prestar los servicios (regulación de 2002), ni las actuaciones municipales que en su caso estén teniendo lugar (redacción de 2006), sino justamente la necesidad de reforzar la prestación.

*b) Servicios específicos prestados por el municipio que tengan una especial relevancia para el turismo, tales como salud pública, medio ambiente urbano, transporte colectivo urbano, protección civil y seguridad ciudadana y que asimismo cumplan con los parámetros de sostenibilidad ambiental, social y económica.*

Este elemento de valoración también presenta una redacción distinta a la de 2002 y 2006. De nuevo, no es el esfuerzo presupuestario el que debe valorarse (regulación de 2002); aunque tampoco es la necesidad de reforzar la prestación, como sucedía con el anterior elemento. Lo que debe valorarse son los servicios que efectivamente se prestan, al igual que se dispuso en la reforma de 2006. Respecto de esta última, se registran variaciones en las áreas aunque algunas de ellas son más nominales que reales<sup>36</sup> y se añade que los servicios cumplan con los parámetros de sostenibilidad ambiental, social y económica, cláusula que a mi juicio es excesivamente amplia e indeterminada, pues no se precisa nada acerca de tales parámetros, sin que pueda descartarse que en algún caso pueda desplegar cierta operatividad.

La inclusión de este elemento de valoración, dada su funcionalidad como requisito, favorece a los municipios de mayor población, pues los que se enuncian son servicios mínimos que han de prestar los municipios según el número de habitantes (artículo 26 LRBRL). Así, un municipio de más de cincuenta mil habitantes sólo tendría realmente que reunir nueve requisitos de los restantes de la lista. Es cierto que se matiza que los servicios han de cumplir con los parámetros de sostenibilidad ambiental, social y económica, lo que en su caso podría determinar que un municipio de más de cincuenta mil habitantes no alcanzara el requisito; pero como ya se ha dicho, la indeterminación de la cláusula le resta eficacia. Para municipios con menor número de habitantes el cumplimiento del elemento sí tiene verdadera significación y es indicativa de un esfuerzo previo; por otra parte, ha de notarse que hay más posibilidades de que se pueda concluir que la prestación de un servicio sobre el que no pesa obligación atendiendo al número de habitantes incumple el parámetro de sostenibilidad económica.

*c) Disponer de planes de accesibilidad para la supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de transporte, así como otras actuaciones municipales, con incidencia en la actividad turística, orientadas a la accesibilidad universal.*

<sup>33</sup> ROMÁN MÁRQUEZ, 2008: 433 y 434.

<sup>34</sup> Originariamente, el artículo 3.1 D/2002 se refería al «esfuerzo presupuestario que realiza el municipio en relación con la prestación de servicios mínimos que, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, presta efectivamente el municipio». En la redacción de 2006 se aludía a «[l]as actuaciones municipales en relación a los servicios mínimos que debe prestar el municipio respecto a los vecinos y a la población».

<sup>35</sup> En consonancia con el artículo 92.2.d) del reformado *Estatuto de Autonomía*.

<sup>36</sup> En 2006 se consideraron la «salubridad pública e higiene en el medio urbano y natural, transporte público de viajeros, protección civil y seguridad ciudadana, así como otros que sean de especial relevancia turística».

Los planes de accesibilidad ya estaban contemplados en el D/2002, primero como contenido del planeamiento urbanístico general (regulación de 2002) y, después, como elemento de valoración autónomo (regulación de 2006); se añaden ahora las otras actuaciones municipales con incidencia en la actividad turística, orientadas a la accesibilidad universal. A mi juicio, la mención a los planes de accesibilidad resulta sorprendente porque su aprobación ya venía impuesta por la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía<sup>37</sup>, cuya disposición adicional quinta estableció que los planes de adaptación y supresión de barreras debían ser elaborados en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley y realizados en un plazo máximo de diez años. Parece, pues, que la obligación no ha sido en todos los casos cumplida ni exigida. En la actualidad, el artículo 53 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, dispone que.

«[L]a Administración de la Junta de Andalucía y las Administraciones locales deberán aprobar, en las condiciones y plazos que se determinen en la normativa aplicable, planes de accesibilidad para adecuar los entornos susceptibles de ajustes razonables a las exigencias normativas de accesibilidad. Los planes de accesibilidad deberán ser revisados y actualizados, en su caso, cada cinco años».

Dado que el Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía, no señala plazo para la elaboración de los planes de accesibilidad, cobra sentido, tristemente, la previsión de estos planes como elemento de valoración, que ciertamente favorecerá a aquellos municipios que sí hayan cumplido las obligaciones en la materia.

*d) Inversiones previstas en el presupuesto municipal para la promoción e infraestructuras turísticas.*

Este elemento ya estaba previsto en el D/2002 [artículo 3.a) de la regulación de 2006]. Coincidió con ROMÁN MÁRQUEZ<sup>38</sup> en que con el mismo se valora el grado de implicación del municipio en la actividad turística, no tanto por el montante que se dedique a estas finalidades sino por su proporción en relación con el presupuesto total.

*e) Existencia de oficinas de turismo accesibles convenientemente señalizadas y equipadas.*

Originariamente, el artículo 3.1.e) D/2002, al regular los elementos de valoración, incluyó la información turística como una de las áreas en las que se consideraban prioritarias las actuaciones y prestación de servicios específicos. En la reforma de 2006 este elemento de valoración cobró sustantividad propia y se formuló en parecidos términos a los ahora vigentes [artículo 3.d) del Decreto reformado], de modo que dio entrada a la valoración de la existencia de oficinas de turismo de titularidad distinta de la municipal.

Las oficinas de turismo, por tanto, pueden ser de titularidad pública o privada, como prevé el artículo 3.1 del Decreto 202/2002, de 16 de julio, de Oficinas de Turismo y de la Red de Oficinas de Turismo de Andalucía, siendo irrelevante a los efectos de la declaración de MTA que estén integradas o no en la Red de Oficinas de Turismo de Andalucía<sup>39</sup>. Dado que solo se mencionan las oficinas, no se consideran los puntos de información turística<sup>40</sup>.

*f) Existencia de recursos turísticos en el término municipal, declarados de interés turístico o de interés cultural.*

En la reforma de 2006 se introdujo como nuevo elemento de valoración «la relevancia de los recursos turísticos existentes en el término municipal, con especial atención a los bienes declarados de interés cultural» [artículo 3.e) D/2002, reformado]<sup>41</sup>. Ahora, el elemento de valoración referido a los recursos turísticos se torna más exigente, pues es preciso que estén declarados de interés turístico o de interés cultural. Por otra parte, se advierte con claridad la distinta funcionalidad que adquieren los elementos de valoración, puesto que no se trata de enjuiciar o de valorar sino que, dado por supuesto un estándar de relevancia (la declaración de interés turístico o de interés cultural), basta con acreditar su existencia.

*g) Plazas de alojamiento inscritas en el Registro de Turismo de Andalucía.*

De entrada, este elemento de valoración, que es nuevo, plantea la dificultad del sentido que pueda tener atendiendo a la nueva funcionalidad de los elementos de valoración, configurados realmente como

<sup>37</sup> Sobre esta circunstancia llamó la atención FERNÁNDEZ RAMOS, 2003: 67, nota 50 y 2017: 82, nota 145.

<sup>38</sup> 2008: 427, 1209 y 1210.

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ RAMOS consideró que las oficinas debían estar integradas en la Red (2003: 65).

<sup>40</sup> Es el «establecimiento turístico que, con carácter permanente o temporal, facilita a sus usuarios orientación, asistencia e información turística especializada, bien sobre un determinado evento o fiesta de relevancia turística, bien sobre unas zonas o recursos turísticos concretos» [artículo 2.c) del Decreto 202/2002].

<sup>41</sup> Como en su día postuló FERNÁNDEZ RAMOS, 2003: 70.

requisitos. Y es que ni se cuantifican las plazas de alojamiento ni se ofrece precisión alguna que permita considerar cumplido el requisito. A mi juicio, puede interpretarse que se ha de contar con un número de plazas *razonablemente* superior a la demanda real existente en el momento de solicitar la declaración de MTA. De este modo, las plazas de alojamiento serían un indicador de un esfuerzo previo adicional al que exige el cumplimiento del requisito de la oferta turística<sup>42</sup>, teniendo en cuenta que en ambos casos (para cumplir el requisito de la oferta turística y como elemento de valoración), el esfuerzo es realizado no por el municipio sino *en* el municipio.

*h) Adopción de medidas de defensa y restauración del patrimonio cultural y urbano.*

Al igual que otros elementos de valoración, este ya fue introducido en la reforma llevada a cabo en 2006 [artículo 3.f) D/2002], con buena acogida por parte de la doctrina<sup>43</sup>. Como con claridad se aprecia, se trata de otro indicador del esfuerzo previo del municipio.

*i) Existencia de Ordenanzas Fiscales y de Medio Ambiente, en las que figuren debidamente recogidas medidas para la preservación de los valores medioambientales.*

La reforma de 2006 dio entrada a este elemento de valoración. En su momento se interpretó como una muestra de la preocupación por la calidad global de los destinos turísticos (ROMÁN MÁRQUEZ<sup>44</sup>). En la actualidad, puede reiterarse esta consideración, subrayando que, efectivamente, el elemento revela la preocupación por la calidad global y no por la calidad turística en sí misma considerada y, por otra parte, que complementa de modo especial el elemento de valoración expresado en la letra h)<sup>45</sup>. Finalmente, debe considerarse que la existencia de estas ordenanzas no es *per se* significativa, pues lo relevante no es tanto contar con este tipo de normas sino que de su contenido se deduzca un mayor nivel de protección del que resulta obligado por las normas estatales y autonómicas de aplicación en cada caso.

*j) Adopción de medidas tendentes a corregir las desigualdades entre mujeres y hombres, así como las adoptadas en materia de violencia de género, con incidencia en la actividad turística.*

Este elemento de valoración es nuevo y responde a los mandatos incluidos en los artículos 5 y 6.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, que también han encontrado cumplimiento en los artículos 31 y 56.4 LTA.

*k) Ubicación del término municipal, total o parcialmente, en alguno de los espacios naturales protegidos de Andalucía o sus Áreas de Influencia Socioeconómica.*

Con distinta perspectiva, el D/2002 contempló como elemento de valoración la ubicación *en* el término municipal, de modo total o parcial, *de* alguno de los espacios naturales protegidos de Andalucía (artículo 3.2). La reforma de 2006 modificó la redacción del elemento de valoración, situando en primer plano la ubicación del término municipal en alguno de estos espacios [artículo 3.h) del Decreto reformado]. Esta perspectiva es la que se mantiene, añadiéndose la posibilidad de que el término municipal se encuentre ubicado, total o parcialmente, en las áreas de influencia socioeconómica.

La doctrina ha manifestado puntos de vista distintos en torno a la significación de este elemento de valoración, considerándolo como una muestra de la aproximación del MT al municipio de interés turístico<sup>46</sup> y, en otro sentido, como un factor indicativo del sacrificio económico adicional que realizan los municipios en los que concurre esta circunstancia, de modo que su funcionalidad sería la de justificar una rebaja en la exigencia del resto de los elementos que se han de evaluar<sup>47</sup>. A mi juicio, las dos opiniones son compatibles<sup>48</sup>.

*l) Adopción de medidas de protección y recuperación del entorno natural y del paisaje.*

En su día, el D/2002 recogió un elemento de valoración parecido («protección y recuperación del entorno natural y del medio ambiente»), caracterizándolo como una de las áreas en las que se consideraban prioritarias las actuaciones y prestación de servicios específicos en relación con el esfuerzo presupuestario del municipio en cuanto a servicios con repercusión en el turismo; posteriormente, la reforma de 2006 lo singularizó en los términos actuales. Claramente, el elemento de valoración enlaza con el previsto en la letra

<sup>42</sup> Recordemos que «[e]l municipio también ha de disponer de una infraestructura turística mínima conforme a su realidad socioeconómica y geográfica para poder satisfacer las necesidades de la población turística asistida» [artículo 2.b)].

<sup>43</sup> ROMÁN MÁRQUEZ, 2008: 430.

<sup>44</sup> 2008: 430.

<sup>45</sup> *Vid.* el interesante estudio de BLANQUER (2004).

<sup>46</sup> Esta es la postura que parece sostener FERNÁNDEZ RAMOS, 2003: 69 y 2017: 83 y 84.

<sup>47</sup> ROMÁN MÁRQUEZ, 2008: 430 y 431.

<sup>48</sup> De hecho, FERNÁNDEZ RAMOS señala que la introducción del elemento «tal vez puede obedecer a la finalidad de evitar la oposición por parte de determinados Gobiernos municipales a la declaración en su territorio de espacios naturales protegidos, que se ven como un obstáculo para su desarrollo económico, y, en particular, para su desarrollo turístico» (2003: 70, nota 57).

h) en tanto que indicador del esfuerzo previo del municipio, a lo que cabe añadir que responde a la consideración del patrimonio natural como recurso turístico<sup>49</sup> y que, como ha señalado ROMÁN MÁRQUEZ, apunta a la preocupación por la calidad global del destino turístico<sup>50</sup>.

*m) Existencia de un planeamiento urbanístico que contemple las dotaciones de espacios libres y otras que cumplan las reservas mínimas previstas por la legislación urbanística, justificándose su incidencia sobre la población turística asistida.*

El D/2002 se había referido a la existencia de un planeamiento urbanístico general que debía cumplir una serie de requisitos; en la reforma de 2006, la redacción de este elemento de valoración se aproximó a la actual. En particular por lo que respecta a las dotaciones, en 2002 se exigía que el sistema general de espacios libres cumpliera «los estándares mínimos de acuerdo con la legislación urbanística, referido a la suma de la población turística asistida»; en 2006 se introdujo la mención de «las dotaciones de espacios libres y otras que cumplan las reservas mínimas previstas por la legislación urbanística, referidas a la población de derecho y a la población turística asistida», de manera que, sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá, se amplió el ámbito objetivo de la exigencia (dotaciones distintas de las de espacios libres) y se perfeccionó la redacción en lo relativo a los espacios libres<sup>51</sup>. En la actualidad, basta con justificar la incidencia sobre la población turística asistida de las dotaciones de espacios libres y otras que cumplan las reservas mínimas previstas por la legislación urbanística. Puede observarse que, aunque se valora el esfuerzo adicional que entraña la proyección de los estándares sobre la población turística asistida, ello no es lo mismo que cumplir los estándares mínimos con respecto a la suma de la población de derecho y de la población turística asistida. Con todo, la actual redacción es más correcta, dado que los únicos estándares que la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, referencia por el número de habitantes son los referidos a «parques, jardines y espacios libres públicos» [artículo 10.1.A).c.1)]; de ahí que en 2006 se incurriera en el error de ampliar la exigencia a esas otras dotaciones distintas de los espacios libres y que hoy la norma se conforme con la justificación de la incidencia de todas las dotaciones sobre la población turística asistida.

*n) Actuaciones para potenciar la movilidad sostenible no motorizada o la motorizada basada en energías alternativas.*

Nos encontramos ante un elemento de valoración nuevo que responde al principio de desarrollo territorial y urbano sostenible que proclama el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, claramente conectado con lo dispuesto en su apartado 3.f). Aun cuando su inclusión en 2017 no tiene carácter extraordinario, revela la importancia del «turismo como campo de pruebas para una mejor gestión ambiental» (FERREIRA y NOGUEIRA<sup>52</sup>) y puede considerarse como un indicador del esfuerzo previo del municipio.

*ñ) Distintivos y certificaciones de calidad de los recursos y servicios turísticos que tenga el municipio.*

También se trata de un elemento de valoración novedoso que, como se aprecia, apunta directamente al esfuerzo previo del municipio en pos de la calidad. Esta, la calidad, no se adjetiva, por lo que deben ser considerados tanto los distintivos y las certificaciones de calidad específicamente turísticas como los de índole ambiental<sup>53</sup>.

*o) Declaraciones de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales concedida por la consejería competente en materia de comercio interior.*

La introducción de este elemento de valoración supone una novedad: no estaba previsto en el D/2002<sup>54</sup> ni fue incorporado en la reforma llevada a cabo por el D/2006. A mi juicio, es un elemento que en cierto modo se solapa con algunos de los que el DMTA considera genuinos requisitos, dadas las circunstancias que se consideran a los efectos de la declaración<sup>55</sup>. Coincido con CALONGE VELÁZQUEZ

<sup>49</sup> TUDELA ARANDA (1996: 340) se ha referido a los recursos medioambientales como «recursos turísticos de primerísimo orden», destacando (págs. 291 y 292 y 339 y ss.) la incidencia del *Plan Marco de Competitividad del Turismo Español*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Secretaría General de Turismo, Madrid 1992; vid. también TUDELA ARANDA, 2001: 133.

<sup>50</sup> 2008: 430.

<sup>51</sup> En la redacción inicial iba de suyo que el sistema general de espacios libres debía cumplir los estándares mínimos referidos a la población de derecho.

<sup>52</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ y NOGUEIRA LÓPEZ, 2001: 268.

<sup>53</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ y NOGUEIRA LÓPEZ, 2001: 282 y 283.

<sup>54</sup> Sobre ello llamó la atención FERNÁNDEZ RAMOS, precisando que se trataba de un elemento que, no obstante su omisión, debía ser valorado (2003: 59).

<sup>55</sup> Vid. el artículo 20.3 del Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, en la redacción dada por el Decreto-ley 1/2013, de 29 de enero, así como el artículo 2 del Decreto 2/2014, de 14 de

y VILLAREJO GALENDE<sup>56</sup> en que más bien es la declaración de MT la que debe llevar aparejada la de zona de gran afluencia turística, extremo al que se muestra sensible el artículo 2.1.c) del Decreto 2/2014, de 14 de enero, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para la declaración de zonas de gran afluencia turística, a efectos de horarios comerciales. En todo caso, dado que es el municipio el que inicia con su solicitud el procedimiento para la declaración de zona de gran afluencia turística<sup>57</sup>, puede considerarse que el elemento toma en consideración el interés previo del municipio por atender a la población turística.

p) *Oficinas municipales donde se facilite información a la población turística asistida sobre sus derechos como personas consumidoras y usuarias.*

El artículo 3 cierra la enumeración de los elementos de valoración con esta referencia, nueva respecto de la regulación anterior. Debe tenerse en cuenta que la legislación de consumo de Andalucía no obliga a la existencia de oficinas municipales de información al consumidor, sino que se conforma con prever su fomento por parte de la administración autonómica, aunque, eso sí, de forma especial «[e]n los municipios de alto grado de población flotante, en la forma en que se establezca reglamentariamente» [artículo 21.2.e) de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía]. Por eso tiene sentido la inclusión de este elemento que considera el esfuerzo previo del municipio, aunque se podría haber prescindido de su mención independiente y haberlo incluido en la letra b), referida a servicios de especial relevancia para el turismo.

La conclusión evidente que cabe extraer del conjunto de los elementos de valoración es la de su carácter heterogéneo. Algunos de ellos avalan la consideración, ya anticipada, de que el perfil de MT presenta rasgos característicos de «municipio de interés turístico»<sup>58</sup>. La mayoría apuntan al esfuerzo previo, en términos de calidad turística o de atención al turista, que se exige<sup>59</sup>, como ya señalara respecto de la regulación anterior ROMÁN MÁRQUEZ<sup>60</sup>. En franca minoría se encuentra el que se orienta a las necesidades financieras que plantea la circunstancia de ser un municipio con una abierta desproporción entre la población de derecho y los visitantes por razones turísticas<sup>61</sup>. Otros tienen una significación ajena al perfil de MT o solo de modo indirecto conectan con el factor turístico<sup>62</sup>. Y hay tres en particular –los de las oficinas de turismo privadas, las plazas de alojamiento y los distintivos y certificaciones de calidad obtenidos por la iniciativa privada– distintos a los demás y con un perfil peculiar, pues su concurrencia no depende ni se relaciona con esfuerzo municipal alguno<sup>63</sup>.

El recuento de los elementos que se adscriben a cada grupo, incluyendo los tres citados en último lugar, evidencia que el Decreto se ha asegurado la necesaria concurrencia de al menos dos elementos indicativos del esfuerzo previo en términos de calidad turística<sup>64</sup>, pues la suma de los restantes elementos<sup>65</sup> no es su-

---

enero, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para la declaración de zonas de gran afluencia turística, a efectos de horarios comerciales.

<sup>56</sup> 2000: 357. *Vid.* también MELGOSA ARCOS (2011: pág. 1.207).

<sup>57</sup> La consejería competente solo lo inicia de oficio en el supuesto previsto en la disposición adicional única del Decreto 2/2014, aplicable a municipios con más de 200.000 habitantes.

<sup>58</sup> Letras f) y k).

<sup>59</sup> Letras b), c), d), e), h), i), l), m), n), ñ), o) y p). Respecto de la letra c), recordemos que a la fecha de aprobación del DMTA los planes de accesibilidad locales debían estar necesariamente aprobados; la reciente Ley 4/2017, como ya se ha indicado, da sentido a su inclusión como elemento de valoración. En cuanto a la letra e), tomo ahora en consideración las oficinas de titularidad pública; lo mismo cabe precisar de la letra ñ), que se incluye en este lugar considerando que los recursos y servicios turísticos sean municipales. La letra i) se menciona considerando que las ordenanzas incorporan un mayor nivel de protección ambiental al que resulta exigible por las legislaciones estatal y autonómica.

<sup>60</sup> 2008: 425 y 426.

<sup>61</sup> Letra a).

<sup>62</sup> Letras i) y j). En esta ocasión, la letra i) se menciona considerando la mera existencia de ordenanzas que no incorporen un mayor nivel de protección ambiental. En cuanto a la letra j), el Consejo Consultivo de Andalucía, en su dictamen 333/2017 sobre el Proyecto de Decreto, advirtió a propósito de la redacción inicial de este apartado («adopción de medidas tendentes a corregir las desigualdades entre mujeres y hombres, así como las adoptadas en materia de violencia de género») que «[d]ebería aclararse en qué medida tal previsión puede influir en la declaración como municipio turístico de Andalucía, ya que en otro caso y como medida de política general no tendría cabida en este concreto precepto»; a mi juicio, la nueva redacción del apartado, con el añadido «con incidencia en la actividad turística», supone solo una atención *pro forma* a la consideración del Consejo Consultivo.

<sup>63</sup> Presumimos que el «esfuerzo» lo realiza la iniciativa privada.

<sup>64</sup> Salvo que se trate de un municipio que por el número de habitantes venga obligado a prestar los servicios que enumera la letra b) o que haya cumplido con sus obligaciones en materia de accesibilidad.

<sup>65</sup> Incluso aunque entre ellos se encontraran los reveladores del esfuerzo de la iniciativa privada y la existencia de unas ordenanzas fiscales y de medio ambiente que no incrementaran la protección.

ficiente para alcanzar el número de diez que se exige. También evidencia, y así se ha destacado antes, la preponderancia de elementos de valoración que apuntan al esfuerzo previo del municipio, lo que nos lleva a plantearnos, con LLAGAS GELO<sup>66</sup>, hasta qué punto la norma no hace sino incrementar «artificialmente el impacto del turismo sobre las poblaciones con el desequilibrio que ello supone». Dicho en otros términos, la remediación del problema (las necesidades financieras) aumenta su magnitud.

#### IV. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE MUNICIPIO TURÍSTICO DE ANDALUCÍA

La declaración de MT comporta obligaciones para la Administración de la Junta de Andalucía y para el propio municipio<sup>67</sup>. Puede dar lugar además a la celebración de convenios que, a su vez, pueden generar nuevas obligaciones. Y se deja abierta la posibilidad de otras formas de colaboración interadministrativa (artículo 13.1 DMTA)<sup>68</sup>. Veámoslo a continuación, advirtiendo que soslayaremos los aspectos de índole formal de las obligaciones y de los convenios.

##### IV.1. Las obligaciones de la Administración de la Junta de Andalucía

La primera obligación que se impone, que más bien es un deber genérico, se formula en el artículo 14.1 DMTA en los siguientes términos:

«Para compensar el mayor esfuerzo económico adicional que realiza el Municipio Turístico de Andalucía en la prestación de los servicios, motivado por el carácter turístico del mismo, y con independencia del régimen financiero previsto para los municipios considerados como turísticos por la normativa básica estatal sobre Haciendas Locales<sup>69</sup>, la Administración de la Junta de Andalucía estará obligada a considerarlo de forma prioritaria en las acciones de ordenación y fomento de sus planes económicos cuando resulte compatible con los objetivos de los mismos y en su caso, con el carácter finalista de su financiación».

Son varias las diferencias que se detectan respecto de la regulación de 2006: 1) el deber se impone ahora al conjunto de la administración andaluza, mientras que antes solo resultaban obligadas las consejerías competente en materia de turismo y demás que suscribieran el oportuno convenio; 2) en lugar de la alusión a los planes económicos sectoriales, se matiza que la consideración prioritaria del MTA tendrá lugar cuando resulte compatible con los objetivos de los planes económicos; 3) se suprime la precisión de que se tomaría como elemento de cuantificación la población turística asistida, lo que a mi juicio resta fuerza a esta vía de financiación, si bien se comprende que el DMTA no haya querido predeterminedar un parámetro de consecuencias inciertas.

Finalmente, este deber es independiente de la eventual suscripción del convenio que regulan los artículos 18 a 20, como aclara el preámbulo del DMTA. Cabe subrayar que es la vía de financiación que mejor

<sup>66</sup> 2017: 136.

<sup>67</sup> Ambos tipos de obligaciones se recogen en la sección 4.ª del capítulo II DMTA, que se denomina «efectos». En el D/2002 se insertaban en el capítulo III, titulado «convenios», interpretándose (RIVERO YSERN, 2008: 135) que la firma del convenio por la administración andaluza suponía el reconocimiento del «derecho del Municipio a ser beneficiario de las acciones de ordenación y fomento de sus planes económicos sectoriales». La mejora sistemática es evidente y evita confusiones acerca del carácter de estas obligaciones, que son independientes de la eventual suscripción del convenio, como por otra parte aclara el preámbulo del DMTA.

<sup>68</sup> Vid. las propuestas de RIVERO YSERN (2005) para profundizar en el tratamiento de los municipios turísticos.

En otro orden de cuestiones, la declaración puede surtir efectos indirectos. Vid. el artículo 5.1.a) de la Orden de 25 de marzo de 2002, por la que se regulan los horarios de apertura y cierre de los establecimientos públicos en la Comunidad Autónoma de Andalucía; el artículo 1 y el apartado 1 k) del anexo de la Ley 2/2008, de 10 de diciembre de 200, que regula el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población; el artículo 5 de la Orden de 17 de febrero de 2003, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas para el embellecimiento de zonas con el fin de favorecer la preservación de elementos tradicionales de Andalucía; el artículo 2.1.c) del Decreto 2/2014, de 14 de enero; y la Orden de 5 de enero de 2018, por la que aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, dirigidas a favorecer la recualificación de los destinos turísticos maduros del litoral andaluz mediante el desarrollo de la Economía Digital.

<sup>69</sup> Vid. el artículo 125 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Como es sabido, la noción de municipio turístico que alberga el precepto no vincula a las Comunidades Autónomas en orden al diseño de una política propia en la materia. Y obviamente, la aplicación del artículo se realiza al margen de lo que la legislación autonómica pueda haber previsto. En la doctrina, vid. LASARTE ÁLVAREZ y ADAME MARTÍN (2005: 432 y ss. y 440), ROMÁN MÁRQUEZ (2008: 394 y ss.) y BOUZZAARIÑO (2012:277 y ss.).

responde, al menos en teoría, a la necesidad de obtener recursos adicionales habida cuenta la desproporción entre la población de derecho y la población turística.

La segunda obligación, que es nueva, se impone a la consejería competente en materia de turismo y consiste en hacer mención a la condición de MTA en las acciones de promoción turística que sobre dicho municipio lleve a cabo (artículo 14.2).

Por último, interesa reparar en otra novedad que incorpora el DMTA al regular la documentación que se ha de acompañar a la solicitud de declaración de MTA. El artículo 5.f) exige una «memoria explicativa de aquellas actividades y servicios públicos con incidencia turística que, en el ámbito de sus competencias, tengan dificultad de implantación o de desarrollo, así como las razones que lo motivan», a lo que añade que «se deberá motivar las instalaciones y servicios de competencia autonómica que sería necesario reforzar en los períodos de mayor afluencia turística para satisfacer las necesidades de atención tanto de la comunidad vecinal como de la población turística asistida». Por consiguiente, la memoria no solo versa sobre las actividades y servicios de competencia municipal respecto de los que se aprecian dificultades sino, también, acerca de las instalaciones y servicios de competencia autonómica que es preciso reforzar. Esta mención rompe la perspectiva tradicional, que asocia la afluencia de visitantes con las dificultades municipales, para apuntar de lleno a las instalaciones y servicios autonómicos, que igualmente pueden verse afectados. Ello no obstante, el DMTA no extrae ninguna consecuencia precisa de ello, pues nada hay en su regulación que revele la obligación de la Administración de la Junta de Andalucía de proceder al refuerzo que se aprecia como necesario<sup>70</sup>.

## IV.2. Las obligaciones de los Municipios Turísticos de Andalucía

La declaración como MTA comporta una serie de obligaciones para los municipios. Así, se establece la de «llevar a cabo actuaciones dirigidas a potenciar y mejorar las actuaciones y servicios con incidencia en la actividad turística» (artículo 15.1 DMTA). Prevista ya en el artículo 15.1 del D/2002, ahora se suprime la mención de que esas actuaciones y servicios sean los mencionados entre los elementos de valoración<sup>71</sup>. Por otra parte, el apartado segundo del artículo 15 añade otras obligaciones que se imponen directamente, al margen de los convenios que se puedan suscribir y de índole muy diferente a las acciones que en 2006 debían formar parte del contenido necesario de los convenios<sup>72</sup>. Son las siguientes:

«a) Introducir mecanismos de participación ciudadana y de los agentes económicos y sociales en todos los procesos de planificación turística que se lleven a cabo. b) Integrar la conservación del patrimonio cultural y natural en la planificación turística, prestando especial atención al patrimonio intangible y a los valores, costumbres y tradiciones propias del municipio. c) Promover la accesibilidad universal de los recursos turísticos locales. d) Apostar por un turismo respetuoso con el entorno y sus habitantes, que tenga en cuenta la capacidad de carga del destino y tome conciencia de la limitación de los recursos naturales del territorio. e) Concienciar a la población local y a la población turística asistida de la importancia de una práctica turística responsable, promoviendo actividades igualitarias, educativas y de divulgación sobre el turismo y el desarrollo sostenible».

El nuevo conjunto de obligaciones revela una visión más avanzada del tratamiento del fenómeno turístico, confirmando valor al patrimonio intangible del municipio, prestando mayor atención a la capacidad de carga del destino<sup>73</sup> y trayendo a primer plano lo que se ha denominado (ROMÁN MÁRQUEZ<sup>74</sup>) «la problemática

<sup>70</sup> Como acabamos de ver, la obligación que establece el artículo 14.1 DMTA se ordena a «compensar el mayor esfuerzo económico adicional que realiza el municipio». Por otra parte, el artículo 9.2 tampoco prevé que la propuesta de informe de la Secretaría General contemple ninguna mejora o refuerzo de las instalaciones o servicios autonómicos.

<sup>71</sup> En todo caso, no resulta indiferente la trayectoria que siga el MTA respecto de las actuaciones y servicios que se incluyen entre los elementos de valoración, ya que el artículo 21.c) DMTA considera como causa de revocación de la declaración la «progresiva disminución de la calidad de los servicios municipales que se presten a la población turística asistida, para lo cual se atenderá preferentemente a los elementos de valoración previstos en el artículo 3». En la regulación anterior era causa de revocación la «[v]ariación sustancial de las circunstancias y servicios del artículo 3 del presente Decreto considerados al emitir la declaración de Municipio Turístico», apreciándose por consiguiente una mayor exigencia ahora en el mantenimiento de la calidad.

<sup>72</sup> El artículo 15.2 del D/2002 (redacción de 2006) enumeraba las acciones del municipio que debían incluir los convenios.

<sup>73</sup> Vid. FERREIRA FERNÁNDEZ y NOGUEIRA LÓPEZ (2001: 269 y ss.). Vid. también BENÍTEZ ROCHEL (2005), que concluye que, aunque «los problemas medioambientales de los municipios andaluces no están motivados –exclusivamente– por el turismo [...] a medida que se intensifica el carácter turístico de los municipios, crecen sus necesidades objetivas en materia medioambiental».

<sup>74</sup> 2008: 325 y ss. y 1201.

social» de los municipios turísticos. Asimismo, refleja la relevancia que adquiere en la nueva ordenación «el cómo» además de «el qué».

### IV.3. Los convenios de colaboración

La posibilidad de suscribir convenios<sup>75</sup> es uno de los elementos característicos del régimen jurídico de los municipios turísticos desde que la L99 previera la figura<sup>76</sup>.

El artículo 8 L99 vinculó los convenios con la compensación de «la mayor onerosidad en la prestación de los servicios». Sin embargo, y como ROMÁN MÁRQUEZ pusiera de manifiesto, su finalidad era más amplia, pues con ellos se perseguía «estimular el aumento de la “calidad integral” de los recursos ofertados por el municipio»<sup>77</sup>. Así se deduce de los diferentes acuerdos de declaración de MT, ninguno de los cuales reseña como finalidad esencial de los convenios que se suscriban la compensación por la mayor onerosidad de los servicios<sup>78</sup>, de modo que solo algunas de las líneas básicas de actuación de los convenios recogidas en los referidos acuerdos guardan alguna relación con la compensación aludida<sup>79</sup>. El análisis de los convenios publicados en el *BOJA*<sup>80</sup>, así como los datos de que se disponen sobre su ejecución<sup>81</sup>, confirman lo expuesto.

<sup>75</sup> En la solicitud de declaración de MTA ha de consignarse, en su caso, la voluntad de suscribir un convenio de colaboración (artículo 4.3 DMTA). En el acuerdo del Consejo de Gobierno que efectúe la declaración deben recogerse, si fuera a suscribirse el convenio, las líneas básicas de colaboración y la mención a las consejerías que lo suscribirán (artículo 12.1 DMTA). En la nueva regulación (artículo 18 DMTA), se prevé la posibilidad de que el MTA suscriba un convenio de colaboración con todas las consejerías que hayan manifestado su voluntad al efecto y hayan quedado determinadas en el acuerdo del Consejo de Gobierno, pudiendo posteriormente adherirse otras consejerías (bajo el régimen establecido en 2002, eran varios los convenios que podía celebrar cada municipio, aunque en las distintas declaraciones de MT que han tenido lugar solo se hace referencia a la suscripción de un convenio con la consejería competente en materia de turismo y a la eventual adhesión de otras consejerías); se mantiene la posibilidad de que puedan adherirse otras administraciones públicas y entidades públicas, aunque ya no se prevé, en cambio, la adhesión de entidades privadas, que sí consentía el artículo 13.1 del D/2002.

<sup>76</sup> Se han publicado en el *BOJA* los convenios suscritos con los municipios de Santiponce (*BOJA* 29, de 13 de febrero de 2006), Nerja (*BOJA* 30, de 14 de febrero de 2006), Roquetas de Mar (*ibidem*), Aracena (*BOJA* 31, de 12 de febrero de 2007), Cazorla (*ibidem*), Ronda (*ibidem*), Chiclana de la Frontera (*BOJA* 32, de 13 de febrero de 2007), Conil de la Frontera (*ibidem*), Tarifa (*ibidem*), Torremolinos (*BOJA* 33, de 15 de febrero de 2008), Fuengirola (*ibidem*), Rota (*ibidem*) y Chipiona (*ibidem*). Dado que Baza y Punta Umbría alcanzaron la condición de MT en 2017, es explicable la ausencia de convenio. Por otra parte, en el Parlamento de Andalucía se han reconocido las dificultades presupuestarias para concluir un convenio con Almuñécar (*vid. el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* 336, IX Legislatura, de 18 de noviembre de 2013, pág. 40). Por lo que respecta a Benalmádena, y salvo error por mi parte, no se ha publicado ningún convenio en el *BOJA*; no obstante, en el *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* 162, VIII Legislatura, de 26 de enero de 2009, pág. 28, se proporciona información acerca de un convenio suscrito con vigencia 2004-2009 (*vid. también* la pág. 16 del *Boletín* 171, VIII Legislatura, de 6 de febrero de 2009). En relación con Almonte, y de nuevo salvo error por mi parte, el *BOJA* tampoco ha publicado ningún convenio; sin embargo, en el *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* 269, VIII Legislatura, de 1 de julio de 2009, pág. 77, se consigna el inicio de los trámites para la firma del convenio; y en el *Boletín* 232, IX Legislatura, de 29 de mayo de 2013, pág. 24, se recoge lo siguiente: «dentro del “Convenio de Colaboración entre la Consejería y el Ayuntamiento de Almonte en ejecución de acuerdo de Consejo de Gobierno de declaración de Municipio Turístico”, que refleja un compromiso de pago por importe de 235.486,69 euros». A través de los convenios, la consejería competente en materia de turismo ha aportado una financiación de 17.616.184,81 euros (*Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, Comisiones, núm. 118, X Legislatura, 10 de diciembre de 2015, pág. 8).

<sup>77</sup> 2008: 458.

<sup>78</sup> Todos ellos se refieren al «aumento de la competitividad turística de los destinos compatible con la conservación y mejora de las características medioambientales de los mismos» y, adicionalmente en los acuerdos de declaración de MT de Aracena, Conil de la Frontera, Tarifa, Torremolinos, Chiclana de la Frontera, Chipiona y Fuengirola, a «la concreción de los compromisos del municipio en relación con aquellos servicios públicos de mayor relevancia y repercusión para el turismo», que obviamente no es lo mismo que compensar.

<sup>79</sup> En los acuerdos de declaración de MT de Benalmádena, Santiponce, Ronda, Roquetas de Mar, Cazorla, Nerja y Almonte se incluyen como líneas básicas de actuación «[p]romover la calidad en la prestación de los servicios públicos municipales al conjunto de sus usuarios» y «[p]reservar y mejorar las infraestructuras y equipamientos urbanos». En los acuerdos de declaración de MT de Aracena, Conil de la Frontera, Tarifa, Torremolinos, Chiclana de la Frontera, Chipiona, Fuengirola, Rota, Almuñécar, Baeza, y Punta Umbría se incluyen como líneas básicas de actuación «[m]ejora de la calidad en la prestación de los servicios públicos municipales al conjunto de los usuarios» y «[p]reservación del patrimonio cultural, urbano y medioambiental».

<sup>80</sup> En ellos se recoge como finalidad el establecer un marco de colaboración para la calidad de los servicios mediante una serie de acciones que, con ligeras variantes entre unos y otros convenios, son las siguientes: 1. acondicionamiento, rehabilitación y valorización de los recursos y enclaves turísticos; 2. planificación de los recursos y enclaves turísticos del municipio e integración en tomo a sus grandes referentes culturales; 3. preservación y mejora de las infraestructuras de los principales recursos turísticos; 4. desarrollo de la actividad turística compatible con el respeto a los valores naturales; 5. acondicionamiento y cualificación del espacio turístico (equipamiento, señalización, etc.); 6. la promoción de los servicios públicos municipales al conjunto de los usuarios turísticos; 7. favorecer la implantación de servicios turísticos y de atención al turista de calidad; 8. mayor diversificación de la oferta de actividades; 9. impulsar la ejecución de planes de recualificación [en concreto, el Plan Recualificación de la Costa del Sol Occidental (Qualifica) en los convenios suscritos con Torremolinos y con Fuengirola].

<sup>81</sup> *Id. vid. el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* 162, VIII Legislatura, de 26 de enero de 2009, pág. 28 y ss., en las que se detalla el destino de la aportación económica de la Administración andaluza comprometida en cada convenio. La misma información se encuentra en el *Boletín* 171, VIII Legislatura, de 6 de febrero de 2009, pág. 16 y ss.

Actualmente, el artículo 20.4 LTA señala que el objeto de los convenios es «compensar el incremento en la demanda de la prestación de los servicios», aunque del artículo 18.2 DMTA se desprende, hoy también, una mayor amplitud de fines, añadiéndose a la calidad la pretensión de actuar sobre factores estructurales.

En efecto, el precepto dispone la adopción de medidas para alcanzar, «al menos», los fines que se reseñan, que son los siguientes:

«a) Mejorar los servicios públicos específicos de competencia municipal que tengan una especial relevancia para la actividad turística. b) Proteger los valores tradicionales y culturales de la población autóctona. c) Salvaguardar el medio ambiente y los valores ecológicos de Andalucía. d) Preservar los bienes públicos y privados relacionados con el turismo municipal. e) Aumentar, diversificar y mejorar la oferta turística complementaria, así como crear nuevos productos, velando por la inclusión de medidas que favorezcan la desestacionalización y la mejora de la calidad del empleo. f) Sensibilizar e implicar a la población y a los agentes locales en una cultura igualitaria y de calidad de vida. g) Evitar la saturación turística del destino, atendiendo a su capacidad de carga».

Esta enumeración coincide con la que contenía el artículo 13.2 del D/2002, con las siguientes salvedades: 1) en lugar de mencionar «las condiciones de salubridad pública, protección civil y seguridad en lugares públicos» (apartado a), la referencia tiene lugar a «servicios públicos específicos de competencia municipal que tengan una especial relevancia para la actividad turística», lo que revela un paso más en aras de la calidad integral aludida; 2) además de la cultura de calidad de vida, se menciona la cultura igualitaria; 3) se introduce la alusión a «medidas que favorezcan la desestacionalización y la mejora de la calidad del empleo»; 4) y se añade como nuevo fin el de «evitar la saturación turística del destino, atendiendo a su capacidad de carga». Las dos últimas novedades revelan la pretensión de actuar sobre factores estructurales y enlazan, como también sucede con la alusión a la cultura igualitaria y en general con todos los fines enunciados, con las obligaciones que el artículo 15.1 y 2 impone al municipio. En todo caso, se advierte que el DMTA concibe el convenio más como un instrumento para incrementar el atractivo turístico del municipio y la consecución de nuevas cotas de calidad, a la par que como una herramienta estratégica para incidir sobre factores estructurales, que como una vía para compensar las dificultades financieras que plantea la desproporción entre la población de derecho y los visitantes que recibe el municipio; y ello aun cuando se esfuerce en enfatizar que «los convenios tendrán por objeto compensar el incremento de la demanda de la prestación de los servicios» (artículo 18.2).

A diferencia de lo establecido en el artículo 15.2 del D/2002, conforme a la redacción dada en 2006, no se enumeran acciones concretas de los municipios que deban figurar en los convenios<sup>82</sup>. Ha de tenerse en cuenta que la regulación anterior propició que el convenio comportara una doble carga para el MT: una, la de ejecutar los proyectos concretos que se financiaban a través del convenio<sup>83</sup>; y otra, la de llevar a cabo las actuaciones que se establecían en el anexo III del mismo<sup>84</sup>, que se correspondían con todas o algunas de las previstas en el artículo 15.2 del D/2002 tras su reforma en 2006<sup>85</sup>. Por ello, si la suscripción del convenio no lleva aparejadas ahora otras obligaciones distintas de las que se vayan a financiar a través del mismo, el nuevo enfoque debe ser valorado positivamente<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> El artículo 13.2 del D/2002, en su versión original, no detallaba medidas, sino que establecía los fines que como mínimo se debían alcanzar con las medidas que se adoptaran. En todo caso, hay que tener en cuenta que la mayoría de las acciones que sí se enumeraban en la versión de 2006: o bien están contempladas en el DMTA como elementos de valoración o como obligaciones de los MTA; o bien se corresponden con los fines que deben alcanzarse con los convenios; o bien se refieren a servicios con los que cuentan de ordinario los municipios.

<sup>83</sup> Todos los convenios suscritos reservaron a la Comisión de Seguimiento del convenio la determinación de las actuaciones que se financiarían.

<sup>84</sup> Todos los convenios han mantenido una misma estructura. Los anexos III recogían las actuaciones del municipio en cuestión.

<sup>85</sup> Incluso en los convenios suscritos con Santiponce, Nerja y Roquetas de Mar, anteriores a la reforma del D/2002 (las resoluciones que les dan publicidad son todas de 30 de enero de 2006), pero que se gestaron al tiempo de la tramitación de aquella.

<sup>86</sup> Tomando como ejemplo el convenio suscrito con Chipiona, se puede apreciar mejor lo expuesto. Así, constan en el anexo III distintas actuaciones que debía realizar el municipio relativas a servicios para turistas y visitantes, señalización turística, accesibilidad a los recursos turísticos, promoción turística, creación de productos turísticos, protección del medio urbano y natural, playas y formación. Sin embargo, los 772.861,37 euros aportados por la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte tenían como destino el Corredor Verde Litoral «Costa Ballena-Chipiona», según se lee en la pág. 29 del *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* 162, VIII Legislatura, de 26 de enero de 2009, así como en la pág. 17 del *Boletín* 171, VIII Legislatura, de 6 de febrero de 2009.

#### IV.4. Otras formas de colaboración interadministrativa

El artículo 13.1 DMTA alude a «otras formas de colaboración interadministrativa», aunque no queda claro si éstas son, sencillamente, las que entrañan las obligaciones de la Administración de la Junta de Andalucía recogidas en el artículo 14.

La práctica posterior, sin embargo, ha evidenciado que efectivamente hay otras formas de colaboración. En este sentido, mediante Orden de 27 de julio de 2017 se han aprobado las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, a los municipios turísticos de Andalucía<sup>87</sup>, cuyo preámbulo establece expresamente su incardinación en «esas otras posibles formas de colaboración interadministrativa»<sup>88</sup>. Estas bases tienen vigencia indefinida y está prevista la convocatoria anual de las subvenciones (disposición adicional única de la Orden).

La aprobación de estas bases reguladoras y manifestaciones efectuadas en el Parlamento de Andalucía, junto con la circunstancia de que los convenios que se han firmado con los municipios turísticos (MTs en lo sucesivo) no se han renovado, sugieren que la administración andaluza parece haber dejado en segundo plano la política de financiar los MTs a través de convenios y optado por esta línea de convocatoria directa de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva<sup>89</sup>.

Porque no ha transcurrido el tiempo suficiente al efecto, no es factible realizar una valoración rigurosa de esta posible nueva preferencia ni, tampoco, inferir con certeza la política que, en términos más generales, haya trazado la administración autonómica, aunque sí cabe apuntar tres cuestiones. La primera, que quizás se haya considerado la oportunidad de reservar la suscripción de convenios para cuando se declaren nuevos MTAs, encauzándose la financiación de los ya existentes a través de las subvenciones que se convoquen al amparo de la Orden de 27 de julio de 2017<sup>90</sup>. La segunda, que la finalidad de las ayudas no es compensar el mayor esfuerzo financiero que supone la prestación de servicios a la población turística asistida, ya que directamente se ordenan a sufragar nuevas actuaciones y proyectos relacionados con los espacios y recursos turísticos<sup>91</sup>. La tercera, que se introduce una referencia cierta, igual para todos los municipios<sup>92</sup>, en orden a la determinación de la cuantía de la subvención, que es la participación de cada municipio turístico, en el ejercicio económico anterior al de la convocatoria, en el fondo de participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (PATRICA)<sup>93</sup>.

<sup>87</sup> BOJA 147, de 2 de agosto. La primera convocatoria de subvenciones se ha realizado por Orden de 26 de septiembre de 2017 (BOJA 191, de 4 de octubre).

<sup>88</sup> Con todo, la Orden también razona que las bases reguladoras son una de las medidas que tienen cabida en el *Plan General de Turismo Sostenible de Andalucía Horizonte 2020*, aprobado por Decreto 37/2006, de 9 de febrero. Por consiguiente, puede entenderse que con ellas se da cumplimiento a la obligación impuesta en el artículo 14.1 DMTA, considerando que dicho plan puede caracterizarse como un plan económico.

<sup>89</sup> Vid. las manifestaciones del Consejero de Turismo y Deporte en la Comisión de Turismo y Deporte del Parlamento de Andalucía, sesión de 19 de octubre de 2017, recogidas en el *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*. Comisiones. Núm. 433. X Legislatura. 19 de octubre de 2017; vid. también las realizadas el 21 de septiembre de 2017, (*Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, Comisiones, núm. 407, X Legislatura, 21 de septiembre de 2017, pág. 14).

<sup>90</sup> Otra posibilidad es que los convenios se reserven «para atender demandas sectoriales concretas», como afirmó el Consejero de Turismo y Deporte en la Comisión de Turismo y Deporte del Parlamento de Andalucía en sesión celebrada el 10 de diciembre de 2015 (vid. *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, Comisiones, núm. 118, X Legislatura, 10 de diciembre de 2015, págs. 8 y 9). Ello puede explicar que en el DMTA, a diferencia de la regulación establecida en 2006, no se detallan las acciones que deben figurar en los convenios.

<sup>91</sup> Vid. los conceptos subvencionables en el apartado 2 del cuadro resumen de las bases reguladoras.

<sup>92</sup> ROMÁN MÁRQUEZ (2008: 1230) se pronunció a favor de que el mecanismo de financiación fuera idéntico para todos los municipios.

<sup>93</sup> Habría sido más oportuno que las bases reguladoras hubieran precisado la cuantía anual de la subvención estableciendo un porcentaje fijo referido a la participación en el fondo o, al menos, el porcentaje mínimo referido a dicha participación. Sin embargo, se han limitado a señalar el máximo posible (un 10% de la participación de cada municipio turístico), dejando que el porcentaje concreto se determine en cada convocatoria (vid. el apartado 5 del cuadro resumen de las bases reguladoras). La convocatoria efectuada por la Orden de 26 de septiembre de 2017, ya citada, llega al máximo del porcentaje, de manera que «[l]os importes máximos de las subvenciones que correspondan a las entidades beneficiarias resultarán de aplicar un 10% sobre la participación de cada una de ellas, en el ejercicio 2016, en el Fondo de Participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (PATRICA)»; por otra parte, especifica que se podrán adquirir compromisos de carácter plurianual. En el Parlamento de Andalucía se ha anunciado que la convocatoria de 2018 cuenta con el mismo presupuesto que en 2017, por lo que cabe deducir que el porcentaje previsto es el máximo posible, esto es, el 10% de la participación en el fondo (vid. el *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, Comisiones, núm. 433, X Legislatura, 19 de octubre de 2017, pág. 74).

## V. CONCLUSIONES

Primera: la calidad impregna en mayor medida la nueva regulación. Así lo evidencia el que se haya incrementado llamativamente el número de los elementos de valoración, que éstos hayan pasado a conformarse realmente como requisitos, la propia índole de los nuevos elementos que se han introducido y la circunstancia de que algunos de ellos estaban previstos como acciones que debían realizar los municipios una vez alcanzada la condición de MT<sup>94</sup>. También lo demuestra el que se haya dotado de significado al requisito de la oferta turística anudándolo a factores que son indicativos de calidad. Es igualmente muestra de ello la ampliación de los fines de los convenios, en concreto, la pretensión de mejorar todos «los servicios públicos específicos de competencia municipal que tengan una especial relevancia para la actividad turística» [artículo 18.2.a) DMTA]<sup>95</sup>. Y, cómo no, la exigencia de un plan municipal de calidad turística en lugar de «un plan turístico municipal o instrumento de planificación turística similar» (artículo 3.4 del D/2002)<sup>96</sup>; plan municipal de calidad turística que, además, se configura como un requisito de ineludible cumplimiento y no como un elemento de valoración, que es la caracterización que tenía en 2002. Por último, se ha introducido como nueva causa de revocación de la declaración de MTA la «progresiva disminución de la calidad de los servicios municipales que se presten a la población turística asistida» [artículo 21.b) DMTA]<sup>97</sup>.

Segunda: se acentúa la consideración de la declaración de MTA como un punto de partida y no una meta de llegada<sup>98</sup>. Entraña la obligación de potenciar y mejorar las actuaciones y servicios con incidencia en la actividad turística, sean o no de los seleccionados como elementos de valoración; e implica un compromiso añadido en cuanto a los «modos de hacer». Y todo ello en un esfuerzo continuado en pos de la calidad que, como objetivo último, preside la regulación<sup>99</sup>.

Tercera: se confirma que la motivación originaria de la figura del MT tiene en el Derecho de Andalucía una relevancia absolutamente residual, pues la financiación que se allega por la vía de los convenios y de las subvenciones amparadas en la Orden de 27 de julio de 2017 persigue aportar ingresos para nuevas actuaciones y proyectos turísticos. No se pretende compensar los gastos que genera la afluencia turística sino mantener y elevar el atractivo turístico del municipio. En teoría, los recursos adicionales que son necesarios por la desproporción entre la población de derecho y la población turística vendrían de la mano de la acción de fomento derivada de los planes económicos de la administración andaluza, siempre que, claro está, «resulte compatible con los objetivos de los mismos y en su caso, con el carácter finalista de su financiación» (artículo 14.1 DMTA)<sup>100</sup>. El régimen de los MTAs, pues, se orienta, sencillamente, a fortalecer el sector económico del turismo, considerado como «elemento económico estratégico de Andalucía» (artículo 37.1.14 del Estatuto de Autonomía).

<sup>94</sup> Recordemos que, inicialmente, el artículo 15 del D/2002 no impuso ninguna obligación sustantiva concreta a los MTs, prescribiendo solo el deber de «llevar a cabo actuaciones dirigidas a mejorar los servicios públicos a que se refiere el artículo 3, pudiendo ser objeto de los convenios, entre otras, el establecimiento de medidas para ejecutar programas que potencien y promuevan los recursos turísticos». En la reforma de 2006 se asume un planteamiento distinto que explica el preámbulo del D/2006: se «pretende, además, concretar las obligaciones de los municipios respecto de aquellos servicios públicos que por su relevancia y repercusión en el turismo deben suponer un especial compromiso por parte de los municipios declarados, debiéndose incluir necesariamente como contenido de los convenios que celebren con la Administración turística, de esta forma, la declaración de Municipio Turístico no se concibe tanto como un reconocimiento sino como un compromiso por parte de la entidad local en potenciar y mejorar sus servicios públicos, especialmente aquellos que inciden directamente en la percepción del turista». En consecuencia, el artículo 15.2 pasa a enumerar acciones concretas que deben realizar los municipios. En 2017 se da un paso más: algunas de las acciones que los MTs debían realizar se configuran como elementos de valoración, de manera que ya no suponen una meta sino que son un presupuesto para alcanzar el reconocimiento como MTA.

<sup>95</sup> En 2002 se perseguía la mejora de «las condiciones de salubridad pública, protección civil y seguridad en lugares públicos» [artículo 13.2.a) del D/2002].

<sup>96</sup> En la reforma de 2006 se prescindió de la mención al «instrumento de planificación turística similar» [artículo 3.c)].

<sup>97</sup> El artículo 17.1.a) del D/2002 se refería a la variación sustancial de las circunstancias y servicios contemplados como elementos de valoración.

<sup>98</sup> Certeramente advirtió ROMÁN MÁRQUEZ (2008: 426) que el régimen del MT (y en particular los elementos de valoración) se endereza a seleccionar a aquellos municipios atentos al fenómeno turístico, desde la premisa de que «el legislador andaluz rechaza asimismo la idea de concluir *convenios de colaboración* con municipios que ni se han preocupado nunca del turismo como deberían, ni lo harán probablemente aunque sean declarados *Municipios Turísticos*» (las cursivas en el original).

<sup>99</sup> Vid. en sentido parecido ROMÁN MÁRQUEZ, 2008: 472.

<sup>100</sup> Como señalara ROMÁN MÁRQUEZ (2008: 1204), «[t]odo el edificio jurídico creado en torno al Municipio Turístico tiene como objetivo esencial la consecución de dos *principios básicos*: la calidad integral de la oferta turística local y su sostenibilidad económica, social y ambiental». La sostenibilidad económica, en mi opinión, se predica en esta regulación de la actividad turística del municipio y no del conjunto de servicios y actuaciones que, siendo precisos para la población de derecho, entrañan un coste adicional debido a la magnitud de la suma de esta población y de los visitantes.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERMEJO VERA, J. (2001): “Régimen jurídico de los municipios turísticos”, *Documentación Administrativa*, 259-260: 213-250.
- BLANQUER CRIADO, D. (2004): “La calidad ambiental de los destinos turísticos urbanos”, en BLANQUER, D., ed.: *Turismo cultural y urbano. 6.º Congreso de Turismo Universidad y Empresa*: 527-580. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BENÍTEZ ROCHEL, J. J. (2005): “Impacto medioambiental en los municipios turísticos de Andalucía”, en AURIOLES MARTÍN, A., ed.: *IV, V y VI Jornadas de Derecho Turístico en Andalucía*: 337-354. Sevilla: Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.
- BOUAZZA ARIÑO, O. (2012): “Regímenes locales especiales en materia de turismo”, *Anuario aragonés del gobierno local*, 4: 257-292.
- CARBONELL PORRAS, E. (2007): “Artículo 30”, en REBOLLO PUIG, M., ed.: *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, tomos: 773-790. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. y VILLAREJO GALENDE, H. “Municipios turísticos y horarios comerciales”, en BLANQUER, D., ed.: *III Congreso Universidad y Empresa. Municipios turísticos. Tributación y contratación empresarial. Formación y gestión del capital humano*: 331-358. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CORNO CAPARRÓS, L. (1984): “El estatuto legal del municipio turístico: apuntes para una propuesta”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 42: 423-434.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2003): “El régimen jurídico del municipio turístico en Andalucía. El Derecho a la carta”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 52: 51-85. Publicado también en (2005) AURIOLES MARTÍN, A., ed.: *IV, V y VI Jornadas de Derecho Turístico en Andalucía*: 379-408. Sevilla: Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.
- (2017): “Las administraciones turísticas andaluzas”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., eds.: *Estudios sobre el Derecho del Turismo de Andalucía*: 19-101. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X. y NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2001): “Aspectos jurídicos de un desarrollo turístico sostenible”, *Documentación Administrativa*, 259-260: 251-286. Publicado también (2002): en BLANQUER, D., ed.: *IV Congreso de Turismo Universidad y Empresa. La diversificación y la desestacionalización del sector turístico*: 483-516. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GALLARDO CASTILLO, M. J. (1996): “La ordenación Jurídico-Administrativa del Turismo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 25: 37-58.
- (2001): “La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las Leyes Autonómicas: su promoción y ordenación”, *Documentación Administrativa*, 259-260: 71-94.
- GIL CASIÓN, I. (2011): “Problemas actuales en el ámbito de los municipios turísticos”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, 5: 156-190.
- GUILLÉN GALINDO, M. A. (1999): “La distribución de competencias en materia turística entre el Estado, las Comunidades Autónomas y la Entidades Locales. Especial referencia a la Comunidad Valenciana”, en BLANQUER, D., ed.: *Turismo. Organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial. I Congreso Universitario de Turismo*: 37-60. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ILDEFONSO HUERTAS, R. M. (2003): “Las políticas de turismo en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, extraordinario 2, 2003: 179-204.
- LASARTE ÁLVAREZ, J. y ADAME MARTÍN, F. D. (2005): “Consecuencias de la calificación como municipio turístico en relación con los gastos e ingresos públicos”, en AURIOLES MARTÍN, A., ed.: *IV, V y VI Jornadas de Derecho Turístico en Andalucía*: 37-85. Sevilla: Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.
- LLAGAS GELO, F. (2017): “Intervención administrativa por razón de la actividad turística: de los centros y zonas de interés turístico al modelo del «municipio turístico»”, *Revista Internacional de Derecho del Turismo*, 1: 117-136.
- MELGOSA ARCOS, F. J. (2011): “Administraciones locales y turismo: el municipio turístico”, en BALLESTEROS ARRIBAS, S., ed.: *Administración local. Estudios en homenaje a ÁNGEL BALLESTEROS FERNÁNDEZ*: 1.167-1.207. Las Rozas: El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados (Grupo Wolters Kluwer).
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M. (2000): “Organización local del turismo”, en BLANQUER, D., ed.: *III Congreso Universidad y Empresa. Municipios turísticos. Tributación y contratación empresarial. Formación y gestión del capital humano*: 39-68. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- RIVERO YSERN, J. L. (2000): “Notas sobre el municipio turístico en la Ley 12/99 de 15 de diciembre, Ley del Turismo de Andalucía”, en AURIOLES MARTÍN, A., ed.: *Derecho y Turismo. III Jornadas de Derecho Turístico*. Málaga 2000: 85-90. Sevilla: Consejería de Turismo y Deporte.
- (2001): “Notas sobre la Ley 12/1999 de 15 de diciembre, reguladora del turismo en Andalucía”, *Documentación Administrativa*, 259-260: 199-212.
- (2005): “Municipio turístico y régimen local”, en AURIOLES MARTÍN, A., ed.: *IV, V y VI Jornadas de Derecho Turístico en Andalucía*: 479-484. Sevilla: Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.
- (2008): “Entidades Locales y turismo. Especial referencia al municipio turístico”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S., ed.: *Estudios sobre el Derecho Andaluz del Turismo*: 119-142. Sevilla: Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.

- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2008): *El municipio turístico. Régimen jurídico y algunas propuestas para su mejora*. Tesis Doctoral, Universidad de Granada. Disponible en web: <https://hera.ugr.es/tesisugr/18608784.pdf>.
- SANZ DOMÍNGUEZ, C. (2003): “La calidad del turismo en la legislación turística: en particular el caso de Andalucía”, en BLANQUER, D., ed.: *V Congreso de Turismo Universidad y Empresa. La calidad integral del turismo*: 341-360. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SUAY RINCÓN, J. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M. P. (1999): “Las competencias turísticas de los municipios. En particular, la categoría de los Municipios turísticos”, en BLANQUER, D., ed.: *Turismo. Organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial. I Congreso Universitario de Turismo*: 61-86. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- TUDELA ARANDA, J. (1996): “Hacia un nuevo régimen jurídico del turismo: la reciente legislación autonómica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 45-I: 291-350.
- (2001): “La ley y el reglamento en el Derecho del turismo”, *Documentación Administrativa*, 259-260: 95-142.



## Análisis sobre la implantación del singular modelo de Cartas de Servicios en Cataluña

### *Analysis on the implementation of the unique model of Services Cards in Catalonia*

María del Mar Caraza Cristín  
Universidad de Sevilla  
mcaraza@us.es

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

Titulada Superior de la Junta de Andalucía y profesora asociada doctora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Es autora de diversos artículos sobre: el acto administrativo; los procedimientos de revisión de oficio; la responsabilidad patrimonial administrativa; las fundaciones; y la vivienda protegida en Andalucía (relativos a los derechos de tanteo y retracto, el régimen de la descalificación, los planes municipales de vivienda y suelo, los registros públicos municipales de demandantes de vivienda protegida y a su función social). Asimismo, tiene publicadas las siguientes monografías: *La Cámara de Cuentas de Andalucía y el Procedimiento Administrativo Común*, Civitas (2002), y *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, INAP (2016).

---

#### **RESUMEN**

En Cataluña, las Cartas de Servicios cuentan con una regulación singular, hasta el momento única. La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de esta Comunidad las ha dotado de carácter reglamentario y efectos jurídicos vinculantes. Han pasado de ser soft law a hard law. Y este hecho tiene también importantes consecuencias en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dos años después de la entrada en vigor de la citada Ley, es el momento de analizar cuál ha sido la implantación real de esta novedosa regulación y sacar conclusiones.

#### **PALABRAS CLAVE**

Cartas de Servicios, compromisos de calidad, estándar, buena administración y responsabilidad.

---

#### **ABSTRACT**

In Catalonia, services cards have an unique regulation, so far singular. The law on transparency, access to public information and corporate governance of this community has given them statutory and binding legal effects. They have gone from soft to hard law. And this fact has important consequences in the field of administration's patrimonial responsibility. Two years after the entry into force of this law, it is time to analyze what has been the actual implementation of this new regulation and draw conclusions.

#### **KEYWORDS**

Services Cards, quality commitments, standard, good governance and responsibility.

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO DE LAS CARTAS DE SERVICIOS 1. CONCEPTO. 2. CLASES. 3. CONTENIDO. 4. LOS COMPROMISOS DE CALIDAD. 5. CONSECUENCIAS QUE GENERA SU INCUMPLIMIENTO. 6. SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN. III. LA PIONERA REGULACIÓN DE LAS CARTAS DE SERVICIOS EN CATALUÑA. 1. CONTEXTO NORMATIVO. 2. SINGULARIDADES. 2.1. ELABORACIÓN OBLIGATORIA. 2.2. CARÁCTER REGLAMENTARIO. 2.3. EFECTOS VINCULANTES. IV. SITUACIÓN DE LAS CARTAS DE SERVICIOS TRAS LA LEY 19/2014. 1. INFORMES DEL SINDIC DE GREUGES. 2. PROCEDIMIENTO PARA LA ELABORACIÓN DE LAS CARTAS. 3. ANÁLISIS DE LAS CARTAS DE SERVICIOS APROBADAS O REVISADAS. 4. PLAZO PARA LA APROBACIÓN DE LAS NUEVAS CARTAS. V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD EN EL PLANO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 1. REFERENCIA A LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. 2. PRESUNCIONES DERIVADAS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES. VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas la filosofía de la calidad ha ido poco a poco asentándose en el mundo de lo público. Una clara consecuencia jurídica ha sido la plasmación en diversos textos normativos del derecho de los ciudadanos a disfrutar de unos servicios públicos de calidad, como parte del derecho fundamental a la buena administración, regulado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>1</sup>.

Implícitamente este derecho también se contempla en algunos preceptos de la Constitución española (arts. 3, 9.3, 103, 105 y 106.2), así como en los nuevos Estatutos de Autonomía (Cataluña, Castilla y León, Islas Baleares, Andalucía y Aragón) y en normas tanto estatales como autonómicas, en especial, las dedicadas a la Transparencia, la Buena Administración y el Buen Gobierno<sup>2</sup>.

Uno de los instrumentos que más virtualidad presentan para la consecución del derecho a la buena administración son las Cartas de Servicios. A través de estos documentos de carácter informativo, normas de *soft law* no incardinadas en el sistema oficial de fuentes del Derecho, las Administraciones establecen voluntariamente estándares que se comprometen a cumplir para ofrecer a la ciudadanía servicios públicos de calidad.

No obstante, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña (LTAIPBGC) ha supuesto un cambio radical del planteamiento hasta el momento mantenido respecto a la figura de las Cartas de Servicios. Ha impuesto la obligatoriedad de su elaboración y les ha reconocido carácter reglamentario y efectos vinculantes.

Han pasado dos años desde la entrada en vigor de la LTAIPBGC y es el momento de hacer una primera valoración de cuál ha sido la verdadera puesta en práctica del nuevo modelo de Cartas de Servicios por parte de la Generalidad de Cataluña y de las Administraciones locales de esta Comunidad.

## II. MARCO NORMATIVO DE LAS CARTAS DE SERVICIOS

Antes de abordar la regulación que hace el legislador catalán de las Cartas de Servicios, conviene hacer referencia al marco normativo general que es de aplicación a esta figura en el Estado y en las demás Comu-

<sup>1</sup> Sobre el contenido de este derecho y su regulación en la normativa europea vid. Jesús Ángel FUENTETAJA, "El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *RDUE*, núm. 15 (2008), págs. 137-154 y Javier GUILLEM CARRAU, "El avance del derecho a la buena administración en el Tratado de Lisboa", *RDUE* núm. 19 (2010), págs. 31-70. Por otra parte, véase el estudio de Julio PONCE SOLÉ que recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, recaída en los últimos años y que aplica este derecho y delimita el alcance de su contenido, "Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno", publicado el 19 de enero de 2017 en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>.

<sup>2</sup> En contra de esta tendencia, llama la atención que en el art. 13 de la Ley 39/2015 no se haya recogido el derecho de los ciudadanos a la calidad de los servicios públicos, que sí venía regulado en la Ley 11/2007, ni expresamente el derecho a la buena administración, como sí recoge el art. 22 de la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña. Vid. Isaac MARTÍN DELGADO, "La reforma de la Administración Electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública", y Tomás CANO CAMPOS, "Derechos y deberes de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas: la vuelta del «administrado»", en *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*, ob. dir. por Francisco LÓPEZ MENUDO, EUS, Sevilla, 2016, pág. 54 y pág. 122, respectivamente.

nidades Autónomas. A nivel estatal, es el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el Marco General para la Mejora de la Calidad de la Administración General del Estado, la norma de referencia; por su parte, a nivel autonómico, hay algunas Comunidades Autónomas, como Galicia, Aragón, Castilla-La Mancha y Cataluña, que regulan esta figura en Leyes –dedicadas a la transparencia y a la buena administración o a la calidad de los servicios públicos–, mientras que el resto lo hace por Decreto u Orden.

Como consecuencia de este panorama normativo, se aprecia una divergencia respecto al ámbito subjetivo de aplicación de esta figura, su contenido mínimo, forma de aprobación y, desde la aprobación de la LTAIPBGC, una radical diferencia respecto a la obligatoriedad de su elaboración, naturaleza y efectos jurídicos.

## 1. Concepto

El artículo 8.1 del RD 951/2005 define a las Cartas de Servicios como aquellos «documentos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos, organismos y entidades de la Administración General del Estado informan a los ciudadanos y usuarios sobre los servicios que tienen encomendados, sobre los derechos que les asisten en relación con aquellos y sobre los compromisos de calidad en su prestación». Por su parte, el apartado segundo contempla la potestad discrecional de los órganos, organismos y entidades de la Administración General del Estado para elaborar Cartas relativas al conjunto de los servicios que gestionan y Cartas que tengan por objeto un servicio específico.

La *Carta de Compromisos con la Calidad de las Administraciones Públicas Españolas*, publicada por el Ministerio de Administraciones Públicas y la Agencia de Evaluación de la Calidad de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL<sup>3</sup>) en 2009, establece en su compromiso octavo el deber de las Administraciones Públicas españolas, en sus tres niveles territoriales, de elaborar y difundir Cartas de Servicios que recojan los compromisos de mayor interés para la ciudadanía, los estándares de calidad e indicadores asociados a los mismos.

Como desarrollo del referido compromiso, la AEVAL edita en 2015 el documento *Marco Común sobre las Cartas de Servicios en las Administraciones Públicas Españolas*; en él ofrece la siguiente definición de las Cartas de Servicios, como instrumentos para la mejora continua de los servicios:

*«documentos por medio de los cuales las organizaciones públicas informan sobre los compromisos de calidad de los servicios que gestionan y prestan, en respuesta a las necesidades y expectativas de los ciudadanos y usuarios y a la demanda de transparencia en la actividad pública».*

Desde esta óptica, las Cartas de Servicios son documentos incardinados en el concepto de *soft law*. Un amplio porcentaje de ellas son de elaboración voluntaria para sus organizaciones y, cuando su elaboración es obligatoria, no se contempla ninguna medida ante el incumplimiento de tal obligación<sup>4</sup>.

## 2. Clases

Las Cartas de Servicios se pueden clasificar según múltiples criterios y, en función de los mismos, puede hablarse de: Cartas individualizadas por servicios o agrupadas (tal y como se contempla en el art. 8.2 del RD 951/2005 y en el art. 26.4 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña); Cartas de Servicios tradicionales/convencionales o Cartas de Servicios electrónicos (estas últimas previstas en el art. 13 del RD 951/2005); Cartas de Servicios externas, internas o mixtas, según se dirijan a los ciudadanos, a los empleados públicos o a ambos; Cartas

<sup>3</sup> De conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional novena del Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, se acuerda la disolución de la Agencia Española de Evaluación de Políticas Públicas, según lo dispuesto en el artículo 96.1, g) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, cuyas funciones serán asumidas por la Secretaría de Estado de Función Pública.

<sup>4</sup> El documento *Marco Común sobre las Cartas de Servicios en las Administraciones Públicas Españolas* muestra que en el 64,70% los programas de Cartas de Servicios tienen carácter voluntario para las Administraciones Públicas, y sólo es obligatoria su elaboración en un 35,30%, sin que se establezcan consecuencias en caso de incumplimiento (vid. pág. 19). El citado documento, aprobado por la Red Interadministrativa de Calidad en los Servicios Públicos en su reunión del día 25 de noviembre de 2014, puede consultarse en <http://www.aeval.es>.

interdepartamentales o interadministrativas (previstas en el art. 8.3 del RD 951/2005); Cartas de Servicios certificadas, etc.

### 3. Contenido

El art. 9 del RD 951/2005 describe el contenido que ha de tener una Carta de Servicios, diferenciando, por un lado, una regulación de carácter general y, por otro, los compromisos de calidad.

El contenido general viene predeterminado por normas legales o reglamentarias. En él se establecen las condiciones que deberá cumplir el servicio. Así, conforman este contenido: los datos relativos a la identificación del órgano u organismo y sus fines; los principales servicios que presta; los derechos concretos de los ciudadanos y usuarios respecto a esos servicios; las fórmulas de participación o colaboración de los usuarios en la mejora de los servicios; una relación sucinta y actualizada de la normativa reguladora de las principales prestaciones y servicios; y el acceso al sistema de quejas y sugerencias regulado en el Capítulo IV del RD 951/2005.

Por su parte, los denominados «compromisos de calidad» son obligaciones que voluntaria y libremente asume el prestador del servicio. Por esta razón, el cumplimiento de tales obligaciones no es vinculante para el ente administrativo prestador del servicio, empero, no puede obviarse que el propósito de explicitar dichas obligaciones y compromisos de calidad en las Cartas de Servicios no puede ser otro que el de llevarlos a efecto y que cuando se incumple se genera una gran insatisfacción en el usuario.

Es el contenido descrito, la regulación de los compromisos de calidad, el rasgo que distingue precisamente a las Cartas de Servicios de otras figuras con las que pueden guardar algunas semejanzas, como las Cartas de derechos<sup>5</sup>, las Carteras de Servicios<sup>6</sup> o los Catálogos de Servicios<sup>7</sup>.

### 4. Los compromisos de calidad

Como hemos dicho, los compromisos de calidad son el elemento clave que diferencia a las Cartas de Servicios de otros documentos meramente informativos. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.b) del RD 951/2005, los compromisos de calidad deben incluir:

«1.º Niveles o estándares de calidad que se ofrecen y, en todo caso:

- Plazos previstos para la tramitación de los procedimientos, así como, en su caso, para la prestación de los servicios.
- Mecanismos de información y comunicación disponibles, ya sea general o personalizada.
- Horarios, lugares y canales de atención al público.

2.º Medidas que aseguren la igualdad de género, que faciliten el acceso al servicio y que mejoren las condiciones de la prestación.

<sup>5</sup> Póngase el caso de la Carta de Ciudadanía aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona en 2015. Se trata de un texto que simplemente reproduce un gran número de derechos y deberes de los ciudadanos ya reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Convenciones de los Derechos del Niño y de las Personas con Discapacidad, la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Cataluña y otras Cartas y leyes. No contiene ningún compromiso nuevo por parte de la Administración, ni se establecen estándares de calidad para mejorar los servicios públicos existentes.

<sup>6</sup> Por ejemplo, la Cartera de Servicios Sociales 2010-2011 de Cataluña, aprobada por Decreto 142/2010, de 11 de octubre, es el instrumento que se aprueba por el Gobierno en desarrollo de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, con una vigencia de cuatro años, revisable cada dos, por medio del cual se determina el conjunto de prestaciones de servicios, económicas y tecnológicas, de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública. La Cartera define para cada prestación: la garantía; la descripción; el objeto; las funciones; la población destinataria; el establecimiento o el equipo de personal que la ha de gestionar; los perfiles y las ratios de profesionales del equipo; los criterios de acceso, los costes de referencia, módulo social o copago para las prestaciones no gratuitas; y los estándares de calidad, éstos últimos remitidos en su determinación a lo que fije el Plan de Calidad contemplado en la Ley de Servicios Sociales o a los que establezca el Departamento de Salud o de Acción Social y Ciudadanía. Las prestaciones garantizadas en la Cartera son exigibles como derechos subjetivos.

<sup>7</sup> Por ejemplo, el Catálogo de Servicios de las oficinas de la vivienda del Ayuntamiento de Barcelona ofrece información sobre los servicios que prestan estas oficinas, pero no contempla compromisos de calidad, vid. <http://habitatge.barcelona/es/red-de-oficinas/catalogo-servicios>. O el Catálogo de Servicios de Formación 2014 de la Dirección de Servicios de Formación de la Diputación Provincial de Barcelona, que recoge todos aquellos servicios de consultoría, asesoramiento y asistencia técnica que la Diputación presta a los municipios de su provincia, en función de la población de los mismos, vid. <https://www.diba.cat/es/web/formacio/cataleg-de-serveis>.

- 3.º *Sistemas normalizados de gestión de la calidad, medio ambiente y prevención de riesgos laborales con los que, en su caso, cuente la organización.*
- 4.º *Indicadores utilizados para la evaluación de la calidad y específicamente para el seguimiento de los compromisos».*

Entre las características que han de reunir los compromisos de calidad destacan: estar referidos a aspectos que sean relevantes en la percepción de la calidad del servicio para el ciudadano; ser comprensibles por los ciudadanos gracias a un lenguaje claro y sencillo; estar formulados de forma concreta y precisa, no dando lugar a interpretaciones diversas; que puedan ser invocables por los usuarios ante la organización; que sean cuantificables y medibles; pocos; y que vayan más allá de las obligaciones legales reguladas en la norma<sup>8</sup>.

Ni que decir tiene la importancia de la tarea de fijación de los estándares e indicadores por parte de cada Administración. El estándar sería el valor que sirve de referencia para medir la evolución de un determinado indicador<sup>9</sup> y, a su vez, representa el nivel que, en relación con un objetivo, pretende conseguir una organización en un periodo de tiempo determinado.

Para el cálculo de los estándares, la organización puede partir tanto de datos teóricos como estadísticos sobre los factores que sean determinantes del servicio en cuestión, o puede acudir a datos y referencias existentes de otras organizaciones, ya pertenezcan a la misma entidad o a otras organizaciones, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

Comparando los resultados de los indicadores con los estándares se consigue evaluar el comportamiento de la entidad, mostrando hacia dónde se debe focalizar el análisis de las desviaciones.

En función de la organización, del servicio, el equipo de trabajo encargado de elaborar la Carta deberá determinar cuáles vayan a ser los indicadores para medir la evolución y el grado de cumplimiento de los resultados finales de un proyecto en relación con los objetivos prefijados. Entre las condiciones que deben reunir los indicadores destacan las siguientes: relevancia; capacidad para determinar pequeños cambios; utilidad; precisión; pertinencia; accesibilidad; objetividad; y periodicidad.

En definitiva, es importante verificar que el indicador mide lo que afirma que mide, que es comprendido por todas las personas de la organización, quienes deben tener claros la definición del indicador, la periodicidad de su medición, el responsable, el objetivo que mide y el sistema o método utilizado para su medición. Sólo así se podrá llegar a alcanzar y cumplir con el nivel que se haya fijado la organización respecto a cada uno de sus objetivos.

## 5. Consecuencias que genera su incumplimiento

Los incumplimientos de los compromisos de calidad recogidos en las Cartas de Servicios no siempre son objeto de una queja o reclamación por parte del usuario del servicio. Para los casos en los que el usuario sí ha manifestado ante la organización expresamente su queja, normalmente a través de «Buzones de Quejas y Sugerencias», las Cartas suelen contemplar como medidas de subsanación o compensación las siguientes: petición de disculpas; explicación de cuáles hayan sido las circunstancias que provocaron el incumplimiento en cuestión; comunicación de las medidas adoptadas para evitar que se vuelva a producir dicho incumplimiento; reparación del daño o perjuicio causados; y compensación o resarcimiento económico o de otra índole.

Partiendo de que el contenido de la Carta de Servicios es de carácter informativo y carece de efectos jurídicos vinculantes, el incumplimiento de los compromisos de calidad acordados no genera responsabilidad patrimonial de la Administración. Es más, la AEVAL recomienda en el documento *Marco Común sobre las Cartas de Servicios en las Administraciones Públicas Españolas* que expresamente la propia Carta de Servicios explicita este último extremo<sup>10</sup>.

## 6. Seguimiento y evaluación

Tan importante como la correcta fijación de los estándares e indicadores es realizar por parte de la Administración las tareas de seguimiento y evaluación, consistentes en comprobar, a través de un sistema de

<sup>8</sup> Vid. *Marco Común sobre las Cartas de Servicios en las Administraciones Públicas Españolas*, págs. 32-34.

<sup>9</sup> Vid. el "Glosario de términos" de la *Guía de Evaluación del Modelo de EVAM* de 2009.

<sup>10</sup> Vid. nota a pie núm. 3 de la pág. 34 del citado documento. Como ejemplo vid. la *Carta de Servicios Electrónicos del Instituto Nacional de Administración Pública* de 2015 (periodo de vigencia 2015-2018).

gestión de procesos y mediante un Plan de Seguimiento, si se alcanzan o no los compromisos de calidad fijados. En el caso de que no se alcancen, procede una actualización de los mismos; para ello, es necesario que previamente se tengan definidas cuáles son las circunstancias no sustanciales que provocan la actualización de la Carta de Servicios (tales como adaptación a modificaciones organizativas, cambios normativos, o la aparición de nuevas necesidades y expectativas de los usuarios), así como los mecanismos a seguir. Mas, si se tratara de cambios sustanciales en el contenido de la Carta, la solución sería la aprobación de una nueva.

La evaluación de la Carta puede ser interna, realizada por el órgano o unidad que tenga atribuida esta competencia dentro de la organización, o por un órgano o entidad externa, independiente. La AEVAL<sup>11</sup> recomienda que cada 3 ó 4 años toda Carta de Servicios sea evaluada por un órgano externo que certifique, entre otros extremos, el grado de cumplimiento de los compromisos y estándares fijados para, con base en dicho resultado, mantener la vigencia de la Carta, proceder a su modificación o dejarla sin efecto.

### III. LA PIONERA REGULACIÓN DE LAS CARTAS DE SERVICIOS EN CATALUÑA

#### 1. Contexto normativo

El Estatuto de Autonomía de Cataluña regula en el art. 30 el derecho a la buena administración y, concretamente, el apartado tercero dice que corresponde a las leyes «determinar los casos en que las Administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que de ellas dependen han de adoptar una Carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores», lo cual hizo, en primer lugar, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña (LRJPAPC) y, con posterioridad, la LTAIPBGC.

El art. 23 LRJPAPC, tras su modificación por el art. 18 de la Ley 16/2015, de 21 de julio, de Simplificación de la Actividad Administrativa de la Administración de la Generalidad y de los Gobiernos Locales y de Impulso de la Actividad Económica, establece la obligatoriedad de elaborar Cartas de Servicios por parte de las Administraciones Públicas catalanas.

Por su parte, el art. 58 de la LTAIPBGC contempla el derecho al acceso y uso de unos servicios públicos de calidad y el art. 59 LTAIPBGC regula el contenido de las Cartas de Servicios de las Administraciones Públicas catalanas y, de forma totalmente novedosa en el panorama normativo, expresamente les reconoce, como expondremos a continuación, naturaleza reglamentaria y efectos jurídicos vinculantes.

#### 2. Singularidades

El artículo 59.1 LTAIPBGC establece el deber de la Administración de garantizar que los servicios de su competencia se prestan en unas «condiciones mínimas y razonables de calidad», y ello incluye la elaboración de Cartas de Servicios en el marco regulador de los «servicios públicos básicos». En este punto, sorprende la inclusión del adjetivo «básicos», puesto que, atendiendo a una interpretación literal del precepto, ello supondría dejar al margen a los servicios públicos de interés general, económico o no.

Con relación al contenido mínimo, obligatorio, que han de incluir las Cartas de Servicios, el citado art. 59.1 indica lo siguiente:

- a) *La organización y la forma gestión del servicio.*
- b) *La identificación de los responsables de la gestión.*
- c) *Los estándares mínimos de calidad del servicio desglosados, en su caso, por categorías de prestaciones, y los indicadores e instrumentos para evaluar su aplicación.*
- d) *Las condiciones de acceso.*
- e) *Los derechos y deberes de los usuarios.*
- f) *El régimen económico aplicable, con indicación de las tasas y los precios públicos que sean de aplicación, en su caso.*
- g) *Las vías de reclamación utilizables.*
- h) *Las vías utilizables para que los usuarios puedan obtener información y orientación con relación al servicio público.»*

<sup>11</sup> Vid. Marco Común sobre las Cartas de Servicios en las Administraciones Públicas Españolas, págs. 60-67.

Si comparamos este contenido mínimo con el regulado en el art. 9 del RD 951/2005, se aprecia que el art. 59.1 LTAIPBGC incluye nuevos extremos relativos a: la determinación de cuál sea «la forma de gestión del servicio» de que se trate (gestión directa o indirecta); y el «régimen económico aplicable», con indicación, en su caso, de las tasas y precios públicos correspondientes. Con relación a los estándares de calidad del servicio llama la atención que el art. 59.1 expresamente habla de los estándares «mínimos» y deja fuera del contenido mínimo de la Carta otros aspectos que, a nuestro entender, deberían explicitarse, tales como el marco normativo de referencia, los servicios que se ofrecen, la fecha de inicio y el periodo de vigencia de la Carta, extremos éstos que, por ejemplo, sí se citan en el art. 38 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

En el caso de las Cartas de Servicios objeto de nuestro estudio, el respeto a su contenido mínimo cobra mayor fuerza, dada su naturaleza de norma reglamentaria, puesto que su incumplimiento podría ser objeto de recurso.

## 2.1. Elaboración obligatoria

El art. 23.3 LRJPAPC establece que las Administraciones Públicas deben tener Cartas de Servicios a disposición de los ciudadanos, empresas y profesionales, como instrumento para la mejora de la calidad de los servicios, en los términos establecidos en la normativa vigente, en este caso, la LTAIPBGC.

El apartado cuarto del artículo 23 de la LRJPAPC, añadido por el art. 18 de la Ley 16/2015, establece que «Las unidades orgánicas de la Administración de la Generalidad con rango mínimo de Dirección General deberán disponer de una Carta de Servicios por cada uno de los servicios finalistas que presten».

A la hora de impulsar la elaboración de una Carta de Servicios y la determinación de su contenido, los políticos y autoridades competentes deben tomar sus decisiones con base en el trabajo de análisis realizado por los técnicos, que ha de partir de cuáles son los estándares que la Administración venía cumpliendo, los que actualmente cumple, así como los que cumplen otras Administraciones homólogas<sup>12</sup>. Es importante que la Carta de Servicios que se apruebe responda a ese previo estudio, y se base en estándares objetivos, realistas, que el órgano u Administración en cuestión pueda asumir en función de su dimensión, recursos materiales, personales, etc., y atendiendo siempre a las metas y objetivos a alcanzar, y todo ello en un proceso de mejora continua.

En Cataluña, como hemos dicho, los estándares y compromisos que se expliciten en las Cartas de Servicios son de acatamiento obligatorio y su incumplimiento genera consecuencias jurídicas, pero ello no debe conllevar que los políticos que en este momento se encuentren al frente del órgano de gobierno, para evitar posibles responsabilidades en caso de incumplimientos, establezcan estándares de nivel bajo o insuficiente (en este caso, el cumplimiento de dichos estándares podría no ser tenido en cuenta a la hora de determinar responsabilidades, como luego expondremos).

Por otro lado, con respecto a los políticos que se encuentren en la oposición (pensemos en los concejales que conforman el Pleno de un Ayuntamiento), no le es dable instar la fijación de unos estándares de calidad muy elevados, distantes de los análisis y estudios técnicos de las circunstancias concretas del servicio en cuestión, pues también sobre ellos recae la responsabilidad de realizar propuestas razonables, y no irreales y de las cuales solo pueda derivarse, ante su seguro incumplimiento, responsabilidad para la Administración. Esta reflexión es extensible a las propuestas que pueda realizar la ciudadanía.

## 2.2. Carácter reglamentario

El art. 59 LTAIPBGC reconoce expresamente la naturaleza reglamentaria de las Cartas de Servicios en Cataluña, en sentido contrario a lo que se dispone en la normativa estatal o de otras Comunidades Autónomas<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> La elaboración de la Carta de Servicios tendría que ser llevada a cabo por un grupo de trabajo multidisciplinar. A estos efectos, resulta útil conocer el diagrama básico del proceso de elaboración de los compromisos de calidad que propone la AEVAL en el documento *Marco Común sobre las Cartas de Servicios en las Administraciones Públicas Españolas*, págs. 43-47.

<sup>13</sup> Como el art. 20.2 de la Ley 5/2013, de 20 de junio, de Calidad de los Servicios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y el art. 42.2 de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de Garantía de Calidad de los Servicios Públicos y de la Buena Administración de Galicia, que expresamente niegan el carácter de disposiciones normativas de las Cartas de Servicios y que surtan efectos jurídicos vinculantes.

Al tratarse, pues, de una norma reglamentaria, por aplicación tanto de la normativa común contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPA-CAP) como de las disposiciones contenidas en el Capítulo II de la LTAIPBGC, es necesario permitir a la ciudadanía conocer el proyecto normativo de Carta de Servicios que la Administración pretende tramitar para que pueda ejercer su derecho a participar en la elaboración de esta disposición normativa, mediante la presentación de propuestas y sugerencias, a través de los trámites de consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa a través del portal web de la Administración correspondiente, de audiencia e información pública (art. 133 LPACAP)<sup>14</sup>.

Es cierto que el art. 133.4 LPACAP prevé que podrán prescindirse de los referidos trámites cuando se den determinados supuestos, pero ninguno de ellos se presenta cuando se está tramitando una Carta de Servicios. Está claro que no es una norma presupuestaria. Tampoco se trata de una norma organizativa de la Administración, puesto que, aunque es cierto que regula internamente cómo la Administración ha de prestar un servicio, tiene claros efectos jurídicos *ad extra*, frente a terceros, los usuarios de esos servicios, que se ven directamente afectados por los requisitos de acceso que en la Carta se fijen así como por los estándares de calidad que se adopten. Y por último, es difícil imaginar que en un supuesto de elaboración de una Carta de Servicios concurren graves razones de interés público.

Para dar cumplimiento al derecho de disfrutar de unos servicios públicos dotados de «unas condiciones mínimas y razonables de calidad», es imprescindible conocer cuáles son las necesidades y expectativas de los ciudadanos y, en especial, de los usuarios de aquéllos. Hay que darles voz en el procedimiento de elaboración de la Carta y, asimismo, cuando el servicio esté prestándose, valorar las sugerencias que formulen como camino para avanzar en la mejora continua de la calidad del servicio.

Es precisamente el efecto *ad extra* que despliega el contenido de una Carta de Servicios, lo que la distingue de los reglamentos internos, de tipo organizativo, y de instrumentos como pueden ser las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), de los que se valen las Administraciones para la organización de sus efectivos públicos, con una naturaleza jurídica controvertida y con un procedimiento de elaboración flexible, aunque con una serie de trámites obligatorios<sup>15</sup>.

A diferencia del art. 59 LTAIPBGC, que no establece ningún trámite obligatorio durante el procedimiento de elaboración y tramitación normativa de la Carta de Servicios, el art. 42.4 de la Ley gallega 1/2015, establece como requisito necesario y previo a la aprobación de la Carta por Orden del titular de la Consejería de la que dependa el órgano, servicio o unidad responsable de la prestación del servicio público, que conste un «informe favorable» de la Consejería competente en materia de gestión y evaluación de la calidad de los servicios públicos. La Ley gallega, en el art. 42.5, remite el desarrollo de la metodología de elaboración, gestión y actualización de las Cartas de Servicios a un futuro Decreto de la Junta de Galicia.

Es por ello que, tras seguir los trámites fundamentales que establece la Ley 39/2015 con relación a la tramitación de normas reglamentarias, la Carta de Servicios será aprobada por el órgano competente y adoptará la forma de Decreto, Orden u Ordenanza municipal<sup>16</sup>, siendo publicada en los Boletines Oficiales correspondientes y páginas webs institucionales.

En este sentido, el art. 59 LTAIPBGC dispone que, al tener las Cartas de Servicios naturaleza reglamentaria, deben ser aprobadas por Decreto u Orden, en el caso de la Generalidad de Cataluña o, en el caso

<sup>14</sup> En el estudio del profesor José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ sobre las novedades legislativas en materia de elaboración de reglamentos, advierte sobre la inexistencia de controles de legalidad disponibles frente al incumplimiento por una Administración o su Gobierno de las normas que la Ley 39/2015 contempla sobre la iniciativa legislativa. Vid. "La elaboración de los reglamentos", en *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*, ob. cit., págs. 313-314.

<sup>15</sup> Respecto a la naturaleza jurídica de las RPT, Francisco Jesús FERREIRO SEOANE expone que ha oscilado entre quienes las consideraban normas jurídicas y los que entendían que eran actos administrativos con destinatario general. Mas, desde la STS de 5 de febrero de 2014, se mantiene que su naturaleza es de acto-condición administrativo, ordenado y no ordenador de los efectivos públicos. En cuanto al procedimiento de elaboración de una RPT señala que, aún siendo flexible, hay una serie de trámites obligatorios. Así, en la elaboración de una RPT de una Administración local destacan como obligatorios los de la fase de negociación, aprobación provisional por el Pleno, trámite de información pública, aprobación definitiva, publicación íntegra en el Boletín Oficial de la Provincia, junto con el resumen de los presupuestos y remisión de una copia de la misma a la Administración General del Estado y a la CA respectiva en el plazo de 30 días. Una vez aprobada y publicada la RPT, es de obligado cumplimiento en todas sus partes y vincula a la Administración. Vid. "La RPT como un instrumento de organización de las administraciones locales", *REALA*, núm. 5 (enero-junio 2016). <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10349>.

<sup>16</sup> El procedimiento de «elaboración» de normas reglamentarias establecido en la Ley 39/2015, aplicable a las ordenanzas y reglamentos municipales, no afecta al procedimiento de «aprobación» de éstos regulado en el art. 49 de la Ley de Bases de Régimen Local. Sobre la implementación de las nuevas previsiones de la LPACAP al procedimiento de elaboración y aprobación de los reglamentos locales vid. Alejandro Ramón ANTELO MARTÍNEZ, "Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015", *REALA*, núm. 6 (2016), págs. 105-121. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10391>.

de las entidades locales, por el instrumento que establezca la normativa local, siendo las mismas objeto de publicación en los Diarios Oficiales correspondientes.

Por su parte, el art. 9.1.j) LTAIPBGC contempla el deber de la Administración de hacer pública la información relativa a «El catálogo de los servicios prestados, las cartas de servicios existentes y la información sobre los resultados de las evaluaciones de calidad y de la incidencia social de las políticas públicas».

Por último, el art. 10.1.c) de la Ley 29/2010, de 3 de agosto, del Uso de los Medios Electrónicos en el Sector Público de Cataluña contempla la obligación de las entidades que conforman su sector público de difundir por medios electrónicos e informar a los ciudadanos de los servicios que prestan, y uno de los medios que explicita son las Cartas de Servicios.

### **2.3. Efectos vinculantes**

Consecuencia de la naturaleza reglamentaria que el art. 59.2 LTAIPBGC atribuye a las Cartas de Servicios es su efecto vinculante para la Administración prestadora, pudiendo los usuarios del servicio invocar el contenido de aquéllas vía reclamación, con el doble propósito de, por un lado, penalizar el incumplimiento de los compromisos de calidad acordados y, por otro, incentivar el cumplimiento de los mismos en el futuro y la mejora continua de la prestación del servicio.

Por su parte, en el caso de que el funcionamiento del servicio haya causado un daño al usuario, el análisis del cumplimiento de los estándares de calidad aprobados en la Carta de Servicios tendrá una enorme relevancia a la hora de determinar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal y como analizaremos en el último apartado.

### **2.4. Evaluación y actualización**

El nuevo apartado 4.º del art. 23 LRJPAPC establece el deber de evaluar las Cartas de Servicios cada dos años, así como el deber de actualización, como mínimo, cada cinco años.

La evaluación de las Cartas puede hacerse por órganos internos de la propia Administración u órganos externos, siendo conveniente que aumente el número de Cartas que tras ser evaluadas cuenten con un reconocimiento y acreditación del grado de calidad de su contenido y sus compromisos, por ejemplo, según las normas ISO<sup>17</sup>.

El papel de la ciudadanía es fundamental en el proceso de evaluación de la calidad de los servicios públicos, y ello se refleja en el derecho que el art. 60 LTAIPBGC reconoce a los usuarios del servicio a ser consultados, generalmente a través de encuestas, respecto a su grado de satisfacción en cuanto a los servicios públicos y las actividades gestionadas por la Administración Pública, cuyos resultados deberán publicarse en el Portal de la Transparencia. Asimismo, el art. 61 de esta Ley también reconoce el derecho de los ciudadanos a realizar a través del Portal de la Transparencia, o por cualquier otro medio que escojan, propuestas de actuación o mejora y sugerencias con relación al funcionamiento de los servicios públicos.

Estas propuestas, sugerencias e información que la Administración recaba de los usuarios deberán ser tenidas en cuenta a la hora de actualizar el contenido de las Cartas de Servicios.

## **IV. SITUACIÓN DE LAS CARTAS DE SERVICIOS TRAS LA LEY 19/2014**

En este apartado vamos a comentar cuál ha sido el proceso de implantación del nuevo modelo de las Cartas de Servicios y el de adaptación de las ya existentes desde que entrara en vigor la Ley 19/2014.

### **1. Informes del Sindic de Greuges**

En el *Informe sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, publicado en julio de 2016, el Sindic de Greuges de Cataluña subraya la naturaleza reglamentaria de las Cartas de Servicios y la gran novedad que supone este carácter obligatorio con respecto a la situación precedente a la Ley

---

<sup>17</sup> Este sería el caso de la Carta de Servicios de la Oficina de Atención Ciudadana de Gerona, cuyos compromisos de calidad tienen reconocido desde el 8 de junio de 2015 un certificado de calidad según la norma ISO 9001:2008 (núm. de certificado ES064925-1).

19/2014. Mas, del análisis realizado, concluye que el número de Cartas de Servicios que han sido aprobadas tras la citada Ley con contenido jurídicamente vinculante es muy limitado. Asimismo, respecto a la revisión profunda que precisan las Cartas de Servicios aprobadas con anterioridad a la LTAIPBGC, el Síndic de Greuges reconoce que, en términos generales, en el momento en el que se solicitó información a la Administración de la Generalidad y algunos de los municipios de mayor dimensión, no se había realizado.

Ante esta situación, el Síndic de Greuges propone que se elaboren «modelos tipo» de Cartas de Servicios, que sirvan de guía por lo que respecta al procedimiento de elaboración a seguir y en cuanto al contenido mínimo obligatorio. De esta manera se facilitaría, sobre todo a un gran número de entidades obligadas a su aprobación y que no cuentan con experiencia previa en esta materia, el cumplimiento de la obligación legal que impone el art. 59 LTAIPBGC<sup>18</sup>.

Meses más tarde, en el *Informe al Parlamento 2016*, publicado en febrero de 2017<sup>19</sup>, el Síndic de Greuges concluye que los cambios y transformaciones que propugna la Ley de Transparencia no pueden vincularse tan sólo a la entrada en vigor formal de ésta o al cumplimiento de las obligaciones legales, y constata que «en las obligaciones que requieren la elaboración de nuevos instrumentos (códigos éticos, procesos participativos, por poner dos ejemplos) o reelaborar los ya existentes (cartas de servicios con contenido exigible, entre otros), (...) el cumplimiento se ha retrasado más allá de la entrada en vigor de la Ley y del momento en el que se analizaron los datos».

En la misma línea se expresa el Síndic en el *Informe sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, de julio de 2017<sup>20</sup>, y en el *Informe al Parlamento 2017*, de febrero de 2018<sup>21</sup>. En ellos pone de manifiesto que, pasados ya dos años desde la entrada en vigor de la LTAIPBGC, es difícilmente justificable la situación de incumplimiento de la Ley en esta materia. Tras enviar un cuestionario a las entidades obligadas por la Ley 19/2014 a aprobar Cartas de Servicios y requerirles copia de las mismas para su análisis, solo se recibieron 23 Cartas, y de ellas, solo 4 cumplían con los dos requisitos exigidos por el art. 59, adaptándose al contenido mínimo obligatorio y reconociendo su naturaleza normativa. Por consiguiente, un año más tarde, el Síndic reitera la recomendación que ya hiciera en su informe de 2016, sobre la conveniencia de elaborar un «modelo tipo» de Carta de Servicios por parte de la Generalidad que impulse la elaboración y/o adaptación de las mismas por los sujetos obligados y revierta la situación actual<sup>22</sup>.

## 2. Procedimiento para la elaboración de las Cartas

El art. 59.3 LTAIPBGC contempla la obligación de que las Cartas de Servicios en el ámbito de la Administración de la Generalidad de Cataluña sean aprobadas por Decreto del Gobierno o por Orden de la persona titular de la Consejería competente. En el caso de los consejos comarcales, los municipios de gran población y los consejos de veguería, la Ley hace una remisión a lo que se determine en la legislación de régimen local, por lo tanto, habrán de ser aprobadas por el Pleno del Ayuntamiento.

En este contexto, hay que decir que la Generalidad de Cataluña cuenta ya con un documento que puede servirnos de base para dicho propósito. En enero de 2008, la Generalidad publicó una *Guía para la Elaboración de Cartas de Servicios en Cataluña*, elaborada por la Dirección General de Modernización de la Administración del Departamento de Gobernación y Administraciones Públicas. Dicho documento sólo necesitaría una revisión parcial, adaptándolo a la nueva naturaleza reglamentaria y a las novedades respecto al contenido y efectos vinculantes que exige la LTAIPBGC.

<sup>18</sup> Puede consultarse el citado informe en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4163/Informe%20lei%20transparencia%20a%20Catalunya\\_cast\\_def.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4163/Informe%20lei%20transparencia%20a%20Catalunya_cast_def.pdf). Vid. en especial, págs. 29-30 y 42.

<sup>19</sup> Puede consultarse en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4301/Informe%20al%20Parlamento%202016\\_ok.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4301/Informe%20al%20Parlamento%202016_ok.pdf). Vid. págs. 127-128.

<sup>20</sup> Vid. en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4584/Informe%20transparencia2017\\_cast\\_ok.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4584/Informe%20transparencia2017_cast_ok.pdf), págs. 29-30 y 43.

<sup>21</sup> Vid. pág. 131 del Informe al Parlamento, accesible en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/5012/Informe%20al%20Parlament%202017%20cat.pdf>.

<sup>22</sup> Según se indica en las págs. 7 y 72 del documento «Grupos de interés, buen gobierno, buena administración, calidad normativa y sistema de garantías» que forma parte del *II Informe de evaluación ex post de la Ley 19/2014*, de abril de 2017, el Comité Interdepartamental de Transparencia y Gobierno Abierto (CITGO) tiene actualmente elaboradas unas instrucciones sobre la aprobación y la publicación de las Cartas de Servicios de la Administración de la Generalidad de Cataluña y sus entes del sector público; asimismo, están puestos en marcha siete proyectos piloto de elaboración de Cartas de Servicios según la normativa vigente («Serveis de Gestió Empresarial - OGE – FUE. Serveis d'Atenció Ciutadana - OCAC Girona. Serveis d'Atenció Ciutadana - OAC TES. Serveis de mesures penals alternatives DGEPC. Serveis d'atenció primària de salut - SCS Autònom. Serveis estadístics – IDESCAT. Serveis audiovisuals - CCMA»). Vid. [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4586/II%20Informe%20avaluació%20Lei%2019\\_2014\\_resta%20obligacions.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4586/II%20Informe%20avaluació%20Lei%2019_2014_resta%20obligacions.pdf).

Para abordar esta tarea, resulta útil hacer un análisis comparado de documentos aprobados en esta materia por otras Administraciones, como pueden ser: el *Marco Común sobre las Cartas de Servicios en las Administraciones Públicas Españolas*, de la AEVAL (2015); el *Manual para la Elaboración de una Carta de Servicios*<sup>23</sup>, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha (2013); o la Guía *Elaboración y Gestión de una Carta de Servicios en la Administración Local*<sup>24</sup>, de la Federación Española de Municipios y Provincias (2011).

En definitiva, ya opte la Generalidad por redactar un nuevo documento o por revisar la Guía de 2008, lo cierto es que para implementar efectivamente las nuevas Cartas de Servicios es más que conveniente que se cuente con un Manual o Guía de elaboración y un modelo tipo de Carta de Servicios a seguir<sup>25</sup>.

En este contexto, consideramos que pueden jugar un importante papel las Diputaciones, impulsando, apoyando y ayudando a los Ayuntamientos con las tareas de elaboración de las Cartas de Servicios.

### 3. Análisis de las Cartas de Servicios aprobadas o revisadas

Tomando como referencia el *Informe de evaluación ex post de la aplicación de la Ley 19/2014 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña*, elaborado por los profesores Manuel Villoria, Agustí Cerrillo y Juli Ponce y el investigador Albert Urrutia<sup>26</sup>, que sirve de base al informe sobre transparencia del Sindic de Greuges de julio de 2016, se extraen los siguientes datos:

En primer lugar, de los municipios de más de 50.000 habitantes, hay 4 Ayuntamientos que tienen Cartas de Servicios bien estructuradas. Más de la mitad de los municipios no disponen de Cartas. Un Ayuntamiento tiene 30 Cartas, otro 19, otro 15 y otro 26. Las Cartas aprobadas se refieren principalmente a servicios de seguridad, hacienda, consumo, comercio, salud y servicios sociales. De las 76 Cartas que contienen indicadores para su evaluación, sólo en dos casos han realizado dicha tarea de evaluación.

En segundo lugar, de los municipios de entre 20.000 y 50.000 habitantes, hay 5 municipios que en total tienen 191 Cartas de Servicios, aunque 171 Cartas corresponden a uno de ellos. Un 80% de los municipios de esta tipología no tienen Cartas de Servicios. Los servicios en los que se centran son sobre todo los de urbanismo y territorio, medio ambiente, educación, salud y servicios sociales. En 6 Cartas se contienen indicadores para evaluar la aplicación de la Carta, pero ninguno lo hace.

En tercer lugar, de los municipios de entre 5.000 y 20.000 habitantes, 6 sí tienen Cartas (61 del total de 70 son de un mismo municipio). Los servicios concretos que se regulan son los de consumo/comercio, medio ambiente, salud y servicios sociales. En 48 Cartas hay indicadores para evaluar su aplicación, y solo hay tres que lo hacen.

En cuarto lugar, de los municipios entre 500 y 5.000 habitantes, hay 8 que afirman que tienen Cartas de Servicios en multitud de áreas. Del total de 178 Cartas, 60 son de un solo municipio. Los servicios que regulan son los de urbanismo, medio ambiente, salud, servicios sociales, educación y hacienda. En este caso no hay información sobre cuántas de estas Cartas contienen indicadores de evaluación, no obstante, 4 municipios proceden a la evaluación de sus Cartas.

En quinto lugar, con relación a las Diputaciones, hay una Diputación que tiene 10 Cartas de Servicios que regulan todas las competencias de la Diputación por áreas. En las 10 Cartas se contienen indicadores para evaluar su aplicación, habiéndose evaluado en una ocasión.

En sexto lugar, los consejos comarcales cuentan con 107 Cartas en áreas de sus competencias, como salud y servicios sociales, educación, cultura, empleo y medio ambiente, no habiéndose evaluado la aplicación de las mismas.

<sup>23</sup> Puede consultarse este Manual en [http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20130926/manual\\_para\\_la\\_elaboracion\\_de\\_una\\_carta\\_de\\_servicios\\_sept\\_2013.pdf](http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20130926/manual_para_la_elaboracion_de_una_carta_de_servicios_sept_2013.pdf).

<sup>24</sup> Puede consultarse esta Guía en [http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/calidad/guias/Guia\\_carta\\_servicios\\_Administracion\\_Local.pdf](http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/calidad/guias/Guia_carta_servicios_Administracion_Local.pdf).

<sup>25</sup> En la dirección [http://governacio.gencat.cat/web/.content/modernitzacio\\_de\\_l\\_administracio/modernitzacio\\_de\\_l\\_administracio/documents/arxiu/guia\\_cartes\\_de\\_serveis.pdf](http://governacio.gencat.cat/web/.content/modernitzacio_de_l_administracio/modernitzacio_de_l_administracio/documents/arxiu/guia_cartes_de_serveis.pdf), junto a la citada Guía de 2008, aparece un icono con el título Manual de estilo aplicable para la elaboración de las Cartas de Servicios, no obstante, a fecha de 3 de julio de 2017, sin contenido, con el mensaje «este apartado está en actualización».

<sup>26</sup> Vid. en especial las págs. 51-56 del informe de 2016, que puede consultarse, junto con los documentos del equipo, en <http://www2.sindic.cat/ca/page.asp?id=356>.

En séptimo lugar, con relación a las 6 Universidades que contestaron el cuestionario remitido, se cuenta con un total de 61 Cartas de Servicios aprobadas, siendo 50 de una sola de ellas. En estas Cartas se contienen indicadores para evaluar su aplicación, pero ninguna Universidad lo ha realizado.

Y en octavo lugar, por parte de la Generalidad de Cataluña y sus entidades sólo se facilitaron datos sobre 5 Cartas de Servicios del Departamento de Territorio y Sostenibilidad aprobadas tras la Ley 19/2014, no comunicándose datos sobre las aprobadas con anterioridad, pues entendía la Administración que no daban respuesta a las cuestiones que se formulaban en el cuestionario que se les facilitaba. De acuerdo con este informe, las 5 Cartas cumplen con todas las condiciones de la Ley 19/2014. Las 5 Cartas tienen indicadores de evaluación, habiéndose evaluado 4 de ellas.

En todas las Cartas de Servicios sometidas al cuestionario, ninguna ha tenido reclamaciones ni acciones judiciales.

A la vista de las cifras y datos mostrados, en el comentado informe de 2016 se concluye que los principios de buena administración no se han trasladado a las Administraciones Públicas catalanas, las cuales no reconocen el carácter normativo que sus Cartas de Servicios tienen de acuerdo con el art. 59.2 LTAIPBGC, quedando bastante trabajo por hacer, sobre todo, en los municipios más pequeños que, con alguna excepción, no han abordado este tema.

Con posterioridad a la elaboración del referido informe, han sido aprobadas por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona, en su sesión de 15 de diciembre de 2016, de conformidad con lo prescrito en los arts. 9.1.j) y 59 LTAIPBGC, las siguientes doce Cartas de Servicios: de Presidencia y Economía; del Archivo Municipal; del Servicio de Documentación y Acceso al Conocimiento; de Comercio; de Derechos de la Ciudadanía y Participación; de Atención Ciudadana; de Derechos Sociales; de Urbanismo; de Medio Ambiente y Servicios Urbanos; de Movilidad e Infraestructuras; de Población; y de Vivienda<sup>27</sup>.

Y entre las Cartas de Servicios que se han aprobado por la Generalidad de Cataluña tras la entrada en vigor de la LTAIPBGC se encuentran las de<sup>28</sup>: Atención Ciudadana, del Departamento de la Presidencia (de mayo de 2015); la Oficina de Atención Ciudadana en Gerona (actualizada a 8 de julio de 2016); Atención Ciudadana de la Secretaría de Universidades e Investigación (de 25 mayo de 2015); Gestión de Centros Logísticos de Cataluña de CIMALSA (revisada en marzo de 2015); y la Agencia Tributaria de Cataluña (actualizada a 14 de julio de 2016).

Tras el análisis de estas nuevas Cartas, pueden seguir manteniéndose las conclusiones del informe comentado anteriormente. En estas Cartas no se plasma, o al menos no se manifiesta expresamente, el cambio de naturaleza y de efectos jurídicos.

Asimismo, debiera revisarse el contenido de los compromisos de calidad recogidos en algunas de las Cartas de Servicios actualmente vigentes, en el sentido de que éstos realmente proporcionen un plus de calidad y no sean mera reproducción de obligaciones impuestas legalmente. Un compromiso de calidad no es cumplir con los plazos máximos legalmente establecidos para resolver determinados procedimientos, lo sería comprometerse a resolver esos procedimientos en un tiempo menor que el fijado por la norma como máximo.

Una muestra: el caso de la Carta de Servicios del Institut Municipal D'Hisenda, revisada en enero de 2016. Entre los compromisos relativos a la tramitación de documentos prevé con relación a las alteraciones catastrales que se tramitarán en un plazo inferior a seis meses. De acuerdo con el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, desarrollado por el Real Decreto 417/2006, el plazo máximo de resolución es de seis meses. Igualmente, con respecto a los compromisos relativos a la resolución de incidencias por devolución de ingresos se establece que en el 90% de los casos las devoluciones se efectuarán en un plazo inferior a seis meses desde que quede reconocido el derecho a la devolución. Pues bien, de acuerdo con la Ley General Tributaria y el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que aprueba el Reglamento general de desarrollo de la citada Ley, se establece como plazo máximo de resolución 6 meses. En consecuencia, nos falta fijar un plus de calidad, de compromiso, que fije por ejemplo, que los citados procedimientos se resolverán en el plazo máximo de cinco meses. Además, en el caso de las devoluciones, el Institut se compromete a cumplir el plazo máximo que fija la Ley en un 90% de los casos, ¿qué pasa con el 10% restante?

<sup>27</sup> Puede consultarse el texto de las mismas en la Gaceta Municipal de Barcelona número 2, de 20 de enero de 2017, en el Boletín de la Provincia de Barcelona de 31 de enero de 2017 y en el Portal de la Transparencia de la página web del Ayuntamiento de Barcelona ([http://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/sites/default/files/acord\\_aprovacio\\_bop\\_0.pdf](http://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/sites/default/files/acord_aprovacio_bop_0.pdf)).

<sup>28</sup> Pueden consultarse en [http://governacio.gencat.cat/ca/pgov\\_ambits\\_d\\_actuacio/pgov\\_funcio\\_publica/pgov\\_processos-administracio-electronica/pgov\\_millora\\_simplificacio\\_processos/cartes-de-serveis/](http://governacio.gencat.cat/ca/pgov_ambits_d_actuacio/pgov_funcio_publica/pgov_processos-administracio-electronica/pgov_millora_simplificacio_processos/cartes-de-serveis/).

Otro supuesto: el de la Carta de Servicios de la Agencia Tributaria de Cataluña (actualizada a 14 de julio de 2016). En ella se contempla la interposición de quejas ante la Oficina del Contribuyente y se expone el régimen de interposición del recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas, lo cual no es más que reproducción del régimen de recursos aplicable contra los actos administrativos en materia tributaria, pero no un reconocimiento de exigibilidad de otro tipo de contenido obligatorio con relación al cumplimiento de los estándares de calidad que con respecto a la prestación de los servicios que gestiona la Agencia se establezcan en la Carta como compromisos de calidad.

Hay también alguna Carta, como la de la Agencia del Agua (de diciembre de 2015) que, pese a no citar a la LTAIPBGC, contempla no sólo el derecho de los ciudadanos a presentar quejas y sugerencias, sino a interponer un recurso ante la Agencia en caso de disconformidad con su actuación.

Un caso particular, en el que se mezclan los conceptos de Catálogo y Carta de Servicios, es el Catálogo de Servicios 2017 de la Diputación Provincial de Barcelona, certificado por AENOR conforme a la norma UNE 93200:2008. Nos encontramos ante un documento extenso, resultado de la suma de múltiples Cartas de Servicios. Para el 2017 se asumen cuatro compromisos de calidad general para todo el Catálogo y 316 para el total de los recursos ofertados. Su estructura y extensión puede resultar perfectamente válida y acertada desde el punto de vista de la organización administrativa interna, pero no parece que se trate de un documento fácil de manejar para la mayoría de la ciudadanía, con el que de forma rápida y sencilla quede informada de los derechos que le asisten y los compromisos de calidad que cada órgano asume respecto de un servicio. Por otra parte, es llamativo que, pese a su reciente aprobación y citar las Leyes autonómicas de Transparencia y de Procedimiento Administrativo, no alude a la naturaleza jurídica ni a los efectos jurídicos que tienen estos instrumentos conforme a la nueva regulación<sup>29</sup>.

Por su parte, el *II Informe de evaluación ex post de la aplicación de la Ley 19/2014 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña. Grupos de interés, buen gobierno, buena administración, calidad normativa y sistema de garantías*, de abril de 2017, elaborado por los profesores Juli Ponce y Manuel Villoria<sup>30</sup>, y que sirve de base al informe sobre transparencia del Sindic de julio de 2017, pone de manifiesto lo lejos que en este tema se está de una situación ideal, dado el bajísimo cumplimiento de la LTAIPBGC por parte de las Administraciones catalanas. De las 32 respuestas que pudieron ser analizadas (3 de la Generalidad, 2 de Universidades y 27 de entes locales), 2 no se ajustaban a la ley, 4 no eran realmente Cartas de Servicios sino meros catálogos o listas de trámites y otras 3 no eran nada en realidad. De esas 23 muestras restantes, sólo en 4 casos se cumplía con el contenido mínimo legal obligatorio y con el reconocimiento de la Carta de Servicios como norma (se trata de las Cartas de Servicios de los Ayuntamientos de Reus y de Santa Coloma de Gramanet, aprobadas por sus respectivos Plenos; las del Ayuntamiento de Barcelona, por la Comisión de Gobierno; y la del Ayuntamiento de Molins, por Decreto de Alcaldía).

En suma, en la actualidad, el grupo más numeroso de Cartas de Servicios aprobadas en Cataluña es el de las que aún no han adaptado su contenido a la LTAIPBGC, estando pendiente su revisión y actualización<sup>31</sup>.

#### 4. Plazo para la aprobación de las nuevas Cartas

De conformidad con la Disposición Final 4.<sup>a</sup> LTAIPBGC, el contenido de la Ley, salvo el del título II y el referido a la Comisión de Garantías del Derecho de Acceso a la Información Pública, entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, esto es, el 1 de julio de 2015.

La Disposición Final 3.<sup>a</sup> LTAIPBGC habilita al Gobierno de la Generalidad de Cataluña para dictar las disposiciones necesarias para el correcto desarrollo y aplicación de la Ley, sin perjuicio del deber de los entes locales «de adoptar las medidas normativas y ejecutivas que sean necesarias» para aplicarla, de acuerdo con el principio de autonomía organizativa.

Según el tenor de estas disposiciones, pueden sostenerse dos interpretaciones: la primera, que todas las Cartas de Servicios, tanto de la Administración autonómica como local de Cataluña, debían estar apro-

<sup>29</sup> Vid. [https://seuelectronica.diba.cat/tramits-ens/concertacio/cataleg2017/compromisos\\_qualitat.asp](https://seuelectronica.diba.cat/tramits-ens/concertacio/cataleg2017/compromisos_qualitat.asp).

<sup>30</sup> Vid. págs. 64-87 del referido documento, [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4586/II%20Informe%20avaluació%20Llei%2019\\_2014\\_resta%20obligacions.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4586/II%20Informe%20avaluació%20Llei%2019_2014_resta%20obligacions.pdf).

<sup>31</sup> Como son los casos de las Cartas de Servicios de: la Dirección General de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos, aprobada el 21 de enero de 2010, aunque la edición impresa de la Carta del Servicio de Bomberos de la Generalidad de Cataluña es de diciembre de 2009; del Palau Robert (julio de 2014); de la Biblioteca de la Generalidad de Cataluña (actualizada a 2014); y de Centros de Iniciativa para la Reinserción (marzo 2014).

badas a la entrada en vigor de la LTAIPBGC; y la segunda, que el impulso y aprobación de estas Cartas quedaba en manos de los responsables de cada servicio<sup>32</sup>.

Con base en la Disposición Final 4.<sup>a</sup>.1, cobra más peso la primera interpretación, por lo que a fecha de 1 de julio de 2015 deberían haber estado, si no todas las Cartas de Servicios aprobadas, sí al menos iniciadas las tareas de revisión de las Cartas aprobadas con anterioridad para proceder a su adaptación a los nuevos contenidos de la LTAIPBGC, así como iniciados los procedimientos de tramitación normativa de las nuevas Cartas.

Existe una reiterada jurisprudencia del TS<sup>33</sup> que establece que se puede recurrir y condenar a la Administración por la falta de elaboración de un reglamento cuando existe una obligación legal de dictarlo, como sucede con las Cartas de Servicios en Cataluña tras la LTAIPBGC. Tal y como comenta el profesor Ponce Solé, estamos ante una obligación legal que «si se incumple fuera del tiempo razonable que imponen las obligaciones de buena administración supondría una vulneración del derecho previsto en el art. 30 EAC»<sup>34</sup>.

En efecto, esta situación exige de un «buen gobierno», de políticos responsables y conscientes de su obligación de impulsar la elaboración de Cartas de Servicios, que contemplen estándares realistas, alcanzables y de calidad, manifestación ésta del derecho de los ciudadanos a una «buena administración» y que, en Cataluña, son de cumplimiento obligatorio<sup>35</sup>.

Recordemos que entre los principios que fundamentan el gobierno abierto, el art. 65.1 LTAIPBGC cita los de «la mejora continua de la calidad de los servicios» (letra e) y «la rendición de cuentas y la asunción de responsabilidad ante los ciudadanos derivada de las decisiones adoptadas» (letra g). Y en este contexto, la Ley 19/2014 regula los Códigos de Conducta como instrumentos de «buen gobierno» con relación a los altos cargos de la Administración, tanto autonómica<sup>36</sup> como local, aunque en este último caso su aprobación no es obligatoria<sup>37</sup>.

Lo cierto es que pasado el ecuador de 2017, el número de Cartas aprobadas sigue siendo muy reducido. ¿Qué puede hacerse ante la inactividad de la Administración? Pues, tal y como opina el profesor Ponce Solé<sup>38</sup>, puede acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo por inactividad, previo requerimiento ante la Administración que esté obligada a aprobar la Carta de Servicios, con base en el incumplimiento de las obligaciones de buena administración, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25 y 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Asimismo, también sería dicha vía de reclamación la que procedería seguir en el supuesto de que la Carta sí esté aprobada pero el servicio no sea prestado por la Administración<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> Vid. Juli PONCE SOLÉ, “Bon govern, dret a una bona administració i prevenció de la corrupció”, en *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya: Comentaris sobre la Llei 19/2014, de 9 de desembre*, ob. coord. por Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ y Juli PONCE I SOLÉ, editorial UOC, Barcelona, 2015, págs. 177-218, en especial, sobre las Cartas de Servicios, págs. 199-204.

<sup>33</sup> La Sala de lo Contencioso-administrativo del TS tiene sentado que: «únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico». Vid. al respecto SSTs: de 28 junio 2004 (RJ 2004\4989), FJ 2.º; de 11 de noviembre de 2008 (RJ 2008\6668), FJ 2.º; de 5 de julio de 2011 (RJ 2011\6191), FJ 5.º; de 13 de octubre de 2011 (RJ 2011\7254), FJ 4.º; de 27 de noviembre de 2012 (RJ 2013\434), FJ 2.º; de 14 de mayo de 2013 (RJ 2013\4233), FJ 6.º; de 28 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6229), FJ 7.º; y de 19 de enero de 2015 (RJ 2015\283), FJ 3.º.

<sup>34</sup> Vid. Juli PONCE SOLÉ, “Bon govern, dret a una bona administració i prevenció de la corrupció”, ob. cit., pág. 200.

<sup>35</sup> Sobre las diferencias existentes entre las nociones de buen gobierno, buena administración y buena gobernanza, vid. Juli PONCE SOLÉ, “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *REDA*, núm. 175 (enero-marzo 2016), págs. 65-66 y su introducción a la obra colectiva por él dirigida junto a Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017.

<sup>36</sup> Vid. el Acuerdo GOV/82/2016, de 21 de junio, por el que se aprueba el Código de conducta de los altos cargos y personal directivo de la Administración de la Generalidad y de las entidades de su sector público, y otras medidas en materia de transparencia, grupos de interés y ética pública (publicado en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña núm. 7.148, de 23 de junio de 2016). Otro ejemplo es el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña (publicado en el BOE, núm. 249, de 14 de octubre de 2016).

<sup>37</sup> El contenido mínimo de estos se regula en el art. 51 LTAIPBGC, que serán objeto de desarrollo vía reglamento, según prescribe el art. 53 de esta Ley. El incumplimiento de su contenido tiene claros efectos sancionadores.

<sup>38</sup> Vid. Juli PONCE SOLÉ, “Bon govern, dret a una bona administració i prevenció de la corrupció”, ob. cit., pág. 201 y en el ya citado *II Informe de evaluación ex post de la aplicación de la Ley 19/2014*, de abril de 2017, pág. 69.

<sup>39</sup> Un concepto que emplea Ricardo DE VICENTE DOMINGO y que resulta muy útil a la hora de determinar cuándo la Administración cumple con el nivel mínimo que deben tener sus actuaciones es el de «suficiencia de la actividad», vid. “Discrecionalidad e inactividad. El principio de actuación suficiente”, *REDA*, núm. 165 (2014), págs. 71-102.

Ante la falta de iniciativa normativa por parte de la Administración Pública correspondiente a la hora de elaborar y presentar un proyecto normativo, como el de una Carta de Servicios, recordemos que el art. 70 LTAIPBGC<sup>40</sup> establece que las personas legitimadas para promover la iniciativa legislativa popular<sup>41</sup> «tienen el derecho a presentar a la Administración pública propuestas de iniciativa normativa de carácter reglamentario», que deberá estar avalada por más de 15.000 firmas si la propuesta se presenta ante la Generalidad. El órgano competente para iniciar el procedimiento de tramitación normativa habrá de valorar la propuesta, adoptar y notificar su decisión al respecto en el plazo máximo de tres meses y deberá exponer las razones por las que es aceptada o rechazada. La falta de resolución en plazo se concibe por la Ley como un supuesto de desestimación por silencio administrativo.

En este contexto, estoy convencida de que las Oficinas por la Transparencia y las Buenas Prácticas, como la creada por el Ayuntamiento de Barcelona el 26 de noviembre de 2016, están llamadas a jugar un papel fundamental, ya que son una canal creado por el Ayuntamiento para que la ciudadanía ponga de manifiesto todas aquellas conductas y prácticas contrarias a los principios de transparencia y de buen gobierno y que supongan un incumplimiento de la legalidad, como puede ser la falta de aprobación de Cartas de Servicios conforme al contenido de la LTAIPBGC.

## V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD EN EL PLANO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

### 1. Referencia a la nueva regulación de la responsabilidad patrimonial

Como ponen de relieve destacados administrativistas, vivimos un momento de reinterpretación del papel que corresponde al Estado –como «garante»– y a la Administración del siglo XXI y de la Era de la Información. Consecuencia de esa transformación del Estado y su relación con la sociedad surge la necesidad de revisar muchas técnicas e instituciones tradicionales del Derecho Administrativo<sup>42</sup>.

Desde hace un par de décadas, una parte destacada de la doctrina viene reclamando un nuevo planteamiento del alcance del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Tal y como comenta PONCE SOLÉ, el art. 70, referido al gobierno abierto, podría haber sido incluido perfectamente en sede de los preceptos referidos al buen gobierno y la buena administración, sobre todo, por su especial conexión con el art. 61. Vid. "Bon govern, dret a una bona administració i prevenció de la corrupció", ob. cit., pág. 204. Pere Simón Castellano valora en términos de gobierno abierto positivamente este nuevo derecho del art. 70 LTAIPBGC; constituye una auténtica novedad, al regular el derecho de las personas que tienen reconocida la iniciativa legislativa popular a formular propuestas normativas de carácter reglamentario a la Administración competente, mas, la existencia real del mismo dependerá de cómo decida actuar la Administración, valorando las propuestas y aceptándolas o rechazándolas de forma motivada (atendiendo a su necesidad, los costes que conllevaría, su oportunidad y efectos que produciría), o dejando que se produzca simplemente la desestimación por silencio. Vid. "El govern obert", en *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya: Comentaris sobre la Llei 19/2014, de 9 de desembre*, ob. cit., págs. 227-229.

<sup>41</sup> De acuerdo con el art. 2 de la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de la iniciativa legislativa popular, estarían legitimados para ejercerla, en primer lugar, las personas que tienen la condición política de catalanes, de acuerdo con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, y no estén privadas de los derechos políticos y, además, las personas que no estén privadas de los derechos políticos, mayores de dieciséis años, debidamente inscritas como domiciliadas en el padrón de algún municipio de Cataluña y que cumplan uno de los siguientes requisitos: tener la nacionalidad española; ser ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea salvo el Estado español o ciudadanos de Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza; residir legalmente en España, de acuerdo con la normativa en materia de extranjería.

<sup>42</sup> En esta línea, el profesor José ESTEVE PARDO entiende que el Estado debe replegarse a posiciones en las que ya no se trata de desarrollar una actividad material directa para la cual no dispone ni de los medios ni de los conocimientos, «sino de garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios», vid. "La Administración garante. Una aproximación", *RAP*, núm. 197 (mayo-agosto 2015), págs. 11-39. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.197.01>. Asimismo, vid. José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo", *RAP*, núm. 193 (enero-abril 2014), págs. 11-44. En este contexto, comenta Eduardo GAMERO CASADO que «En la actual tesitura la Administración recibe mandatos contradictorios: por una parte se desea que su interferencia sea mínima, pero al mismo tiempo se le responsabiliza de cualquier fallo del sistema y se le atribuye una capacidad salvadora ilimitada. Por ejemplo, la necesidad de obtener una autorización para iniciar una actividad –apertura de una empresa, comercialización de un producto alimentario– se considera enojosa y contraria a la agilidad que merecen el empresario y el comercio; pero al mismo tiempo, si la empresa provoca perjuicios ambientales o el producto comercializado produce un daño a los consumidores, automáticamente se imputa a la Administración la responsabilidad de no haberlo evitado». Vid. *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, Granada, 2015, págs. 118-120.

<sup>43</sup> Así se han posicionado, entre otros, Garrido Falla, Leguina Villa, Martín Rebollo, Tornos Mas, Sánchez Morón, Rodríguez-Arana y Tolosa Tribeño. Por ser un ferviente defensor de esta postura destacamos a Oriol MIR PUIGPELAT y algunos de sus trabajos, como: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2001, "Responsabilidad objetiva

Sin embargo, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), ha hecho oídos sordos y sigue manteniendo el carácter objetivo y directo de la responsabilidad patrimonial.

Tras la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40/2015, existe una regulación legal dual de la responsabilidad patrimonial. En la primera, se contienen las normas procedimentales de la responsabilidad patrimonial como especialidades dentro del procedimiento administrativo común y, en la segunda, como legislación básica, los principios<sup>44</sup>.

Este hecho podría tener importantes consecuencias si tenemos en cuenta que hay Comunidades Autónomas que han proclamado que en materia de responsabilidad patrimonial existe una «competencia compartida» entre el Estado y la Comunidad Autónoma. Así, el art. 47.4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía declara que «[C]orresponde a la Junta de Andalucía, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para determinar el procedimiento y establecer los supuestos que pueden originar responsabilidad con relación a las reclamaciones dirigidas a ellas, de acuerdo con el sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones públicas». Y el art. 159.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dice que «[C]orresponde a la Generalitat, en materia de responsabilidad, la competencia compartida para establecer las causas que pueden originar responsabilidad»<sup>45</sup>.

Con la nueva regulación de la responsabilidad patrimonial en dos normas, LPACAP y LRJSP, siguen quedando pendientes cuestiones centrales como cuándo responde la Administración por el funcionamiento normal de los servicios y cuándo surge la responsabilidad por el funcionamiento anormal<sup>46</sup>.

A la vista de la regulación actual de la responsabilidad patrimonial, cuyos principios se ubican en la Ley 40/2015, legislación básica, y del tenor del art. 159.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, no sería impensable que pudiera tener cabida en el Título VI de la Ley 26/2010 la regulación de la técnica de los estándares de calidad como parámetro para determinar la anormalidad del funcionamiento y, en su caso, la antijuridicidad del daño producido y el derecho a ser indemnizado.

La técnica de los estándares de calidad, junto con otras como la doctrina de la *lex artis ad hoc* o la razonabilidad, son empleadas tanto por los jueces y tribunales<sup>47</sup> como por los órganos consultivos de las

---

vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *REDA*, 140 (2008), págs. 629-652 y “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el s. XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, págs. 33-60.

<sup>44</sup> Estas Leyes suponen la disgregación en dos textos de la regulación de la responsabilidad patrimonial, obviando la opinión del Consejo de Estado, en sus dictámenes de 29 de abril de 2015 a los Anteproyectos de LPACAP y LRJSP, que apostaba por su regulación en una sola norma o en una ley especial *ad hoc*. En estos dictámenes destacaba el Consejo de Estado la necesidad de una «regulación íntegra y ordenada del régimen jurídico de la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en su dimensión constitucionalmente garantizada, tal y como actualmente sucede con la Ley 30/1992; o, en el caso de que se mantenga el actual enfoque [que utiliza como criterio de delimitación de uno y otro anteproyecto las nociones de organización y procedimiento, a ninguna de las cuales se ajusta con exactitud la potestad sancionadora y la responsabilidad], se remita la disciplina de la potestad sancionadora y de la responsabilidad de las Administraciones Públicas a leyes singulares y distintas de los anteproyectos en cuestión».

<sup>45</sup> Tal y como comenta el profesor LÓPEZ MENUDO, a pesar de la existencia de pronunciamientos del TC explicitando los títulos estatales sobre el «régimen jurídico de las Administraciones Públicas» y sobre el «procedimiento administrativo común» y su distinta intensidad, la desidia y falta de contundencia del legislador del 92 propició que pudieran dictarse leyes que proclaman que el procedimiento administrativo común o la responsabilidad patrimonial es una competencia compartida y la irrupción de las Comunidades Autónomas en un terrero, el de la responsabilidad, que en principio se consideraba tabú (arts. 47.2 y 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y 159.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). El hecho de que, siguiendo el criterio de lo que constituyen relaciones *ad intra* y *ad extra*, los principios de la responsabilidad patrimonial hayan sido regulados en la Ley 40/2015, constituye un hecho sorprendente a la par que grave, puesto que la competencia sobre el «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas» es plena y exclusiva del Estado (art. 149.1.18.ª CE). Vid. “Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma”, en *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*, ob. cit., págs. 31-32 y 37-38. La distribución de materias realizadas en las Leyes 39 y 40/2015, obliga, como afirma LÓPEZ MENUDO, a que «sólo desde la distancia», «solamente desde una perspectiva institucional que tenga en cuenta el ordenamiento entero y no únicamente la ocurrencia puntual del legislador de turno, puedan ser superados ciertos absurdos» y «pueda permitir rechazar de plano la idea de que las Comunidades autónomas puedan legislar a su aire sobre los principios de la potestad sancionadora o sobre el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas», vid. el “Prólogo” a la obra dirigida por Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico básico del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 58. En este contexto, véase el análisis que en el citado Tratado realiza GAMERO CASADO de los títulos competenciales del Estado y su articulación en las Leyes 39 y 40/2015, “Enquadre de la nueva legislación en el acervo del Derecho Administrativo”, ob. cit., págs. 105-147 y, en especial, págs. 154-177.

<sup>46</sup> En este sentido, vid. Tomás CANO CAMPOS, “La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa”, *DA*, núm. 2, 2015, nota a pie de página núm. 3.

<sup>47</sup> Vid. sentencias del Juzgado Contencioso-administrativo de Barcelona de 20 de enero de 2015 (RJCA 2015\374), 30 de septiembre de 2015, FFJJ 3.º y 5.º (JUR 2016\228561), 13 de mayo de 2016, FJ 8.º (RJCA 2016\617), de 11 de julio de 2016, FJ 4.º (RJCA

Administraciones<sup>48</sup>, convirtiendo *de facto* en numerosas ocasiones al sistema de responsabilidad patrimonial en un sistema culpabilístico.

La positivización de los estándares de calidad contenidos en las Cartas de Servicios (así como en otros instrumentos y normas) y su reconocimiento por el legislador ayudaría de forma notable a la hora de determinar la normalidad del funcionamiento del servicio y la no obligatoriedad de reparar el daño causado por parte de la Administración, sobre todo en supuestos de funcionamiento tardío o de inactividad<sup>49</sup>.

De esta forma, probablemente se evitarían o, al menos, se reducirían el número de resoluciones contradictorias que se dictan en supuestos similares, poniéndose coto al casuismo y minorando las grandes dosis de subjetivismo judicial de muchas sentencias<sup>50</sup>.

## 2. Presunciones derivadas del cumplimiento de los estándares

Partiendo de la necesidad de acometer un replanteamiento del alcance del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas, de acuerdo con la normativa vigente entiendo que el incumplimiento de los estándares fijados por el legislador o por la Administración, bien sea en normas de *hard law* o de *soft law*, implica el surgimiento de una presunción *iuris et de iure* de que el funcionamiento del servicio público o la actuación de la Administración ha sido anormal y, por ende, que el daño que se haya causado tenga que ser indemnizado por ser antijurídico (siempre que se cumplan el resto de requisitos legalmente exigibles). En consecuencia, cuando del incumplimiento de los compromisos y estándares de calidad fijados en las Cartas de Servicios dictadas al amparo de la LTAIPBGC se generasen daños en el particular, al tratarse de normas de carácter reglamentario, surgiría *iuris et de iure* la responsabilidad de la Administración catalana correspondiente.

Por otra parte, el cumplimiento de dichos estándares se identificaría con una presunción *iuris tantum* de que la actuación administrativa ha sido normal. En consecuencia, habría que estar a las circunstancias del caso concreto, a los daños sufridos y al análisis del nivel de exigencia o calidad en la prestación del servicio fijado en el instrumento normativo correspondiente.

Con el fin de dotar al sistema de mayor seguridad jurídica y a los jueces de un parámetro objetivo de cuál sea el nivel de calidad adecuado en cada contexto, es aconsejable que aquéllos puedan contar con el criterio de expertos u órganos especializados y con acreditada solvencia que certifiquen de forma imparcial y transparente el nivel correspondiente al estándar objeto de debate. En este sentido, conviene apostar por la creación de órganos externos que acrediten los niveles reales de calidad de cada servicio y su idoneidad, y que esa declaración formal, independiente, de si se cumplen o no determinados requisitos, sirva como prueba cualificada para demostrar el nivel de calidad con el que efectivamente se presta el mismo por parte de la Administración. El órgano judicial dispondría así de un valioso medio de prueba para, en situaciones de un funcionamiento normal del servicio, considerar o no antijurídico el daño producido en función del nivel de calidad acreditado y de la exigencia o no a la Administración de otro tipo de comportamiento en el caso en cuestión.

Desde esta perspectiva, el concepto de antijuridicidad debiera exonerar aquellos daños que se encuentren justificados por el ordenamiento jurídico y que, presumiblemente, serían aquellos generados a raíz de un funcionamiento normal del servicio en el que se hubiesen respetado todos los estándares de calidad

---

2016\883) y 22 de septiembre de 2016, FFJJ 1.º y 9.º (JUR 2016\252313); sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Lérida de 20 de julio de 2016, FJ 6.º (JUR 2016\201762); y SSTSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2015, FJ 6.º (JUR 2016\13958) y de 22 de marzo de 2016, FJ 5.º (JUR 2016\138380).

<sup>48</sup> Vid. dictámenes de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya 408/2014, de 27 de noviembre y 440/2014 y 441/2014, ambos de 17 de diciembre.

<sup>49</sup> Esta interpretación, aludiendo expresamente a los estándares contenidos en las Cartas de Servicios, es la que mantiene el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el fundamento jurídico 5.º de su sentencia núm. 379/2017, de 30 de mayo, relativa a una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Departamento de Interior de la Generalitat de Catalunya por la deficiente prestación del servicio de prevención de incendios, cuya tardanza en acudir a la vivienda en la que se había producido un incendio —excediendo el tiempo de desplazamiento de lo que sería un estándar normal y aceptable—, supuso la pérdida de oportunidad de salvar la vida de un menor que se encontraba en ella.

<sup>50</sup> En este sentido se expresa Juli PONCE SOLÉ cuando manifiesta que «el establecimiento de estándares claros de buena administración [en las Cartas de Servicios] permitiría conocer cuando se produce una mala administración (o funcionamiento anormal de la Administración) y por tanto substituir la discrecionalidad judicial en la apreciación de ésta como elemento para condenar a la Administración, lo que ocurre en ciertos sectores de la actividad administrativa, como el sanitario, y en relación a la actividad administrativa formalizada ilegal, como es sabido», vid. "La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración", ob. cit., pág. 74.

establecidos y que además estuvieran valorados y/o acreditados como de un nivel adecuado, suficiente o, incluso, alto u óptimo, sin que éste último equivalga a un grado de exigencia en el desarrollo del servicio inasumible e irrazonable desde un punto de vista realista y lógico<sup>51</sup>.

En cualquier caso, el cumplimiento de las normas de calidad establecidas, incluso de un nivel elevado, no puede conllevar *ipso iure* la exoneración de la responsabilidad de la Administración, dado que pueden plantearse situaciones que, aunque más cercanas al régimen expropiatorio, mientras no se acometa una reforma legislativa en dicho ámbito, hayan de atenderse en sede de responsabilidad y, en función de las circunstancias del caso concreto, la Administración causante del daño deba responder e indemnizar ante el particular, pudiendo en tales supuestos tener el cumplimiento de los estándares de calidad establecidos una posible repercusión a la hora de determinar la cuantía indemnizatoria.

## VI. CONCLUSIONES

De acuerdo con la normativa estatal y autonómica (salvo en Cataluña), el cumplimiento de los compromisos de calidad no es vinculante para el ente administrativo, lo cual merma la fuerza de este instrumento, provocando a su vez en el ciudadano la incomprensible situación de que el incumplimiento por parte de la Administración de lo por ella acordado y publicado no tiene consecuencias jurídicas. Es por ello, que mi postura es clara: las Cartas de Servicios deberían ser incorporadas al ordenamiento jurídico, transformando su rasgo de cumplimiento voluntario por el de obligatorio, como ha hecho la Ley 19/2014.

Del análisis realizado sobre la implantación de las Cartas de Servicios de forma obligatoria y con carácter reglamentario y efectos vinculantes en Cataluña a partir de la entrada en vigor de la Ley 19/2014 se concluye que, en estos momentos, el número de Cartas de Servicios aprobadas es limitado.

Una parte de las Cartas de Servicios aprobadas antes de la Ley 19/2014, tras haber sido revisadas en 2015, 2016 o 2017, no contemplan ni se ajustan al nuevo diseño y planteamiento que de estos instrumentos hace aquella.

De las elaboradas y publicadas en 2016 y 2017, la mayoría no respeta el contenido mínimo obligatorio que exige el art. 59 LTAIPBGC o no reconoce la naturaleza normativa de la Carta de Servicios. No se aprecia en ellas un giro en su planteamiento respecto a las consecuencias que derivan del incumplimiento de los estándares de calidad fijados en sus compromisos, los cuales, en algunos casos, precisan de ser concretados correctamente y puestos en relación con sus correspondientes indicadores, evitando la ambigüedad o ser mera reproducción de obligaciones y plazos ya establecidos legalmente.

La realidad es, como manifiesta el Síndic de Greuges en sus informes, que sólo un bajísimo número de las Cartas de Servicios aprobadas cumple con los presupuestos de la Ley 19/2014.

Vistos los distintos procedimientos de elaboración que se están siguiendo para aprobar las Cartas, cómo se está abordando la redacción de sus contenidos y, más especialmente, de los estándares de calidad y sus indicadores, se hace más que conveniente, necesario, el que la Administración de la Generalidad cuente con una Guía de Elaboración de sus Cartas de Servicios y ofrezca un modelo-tipo que puedan seguir tanto sus órganos y entes instrumentales, como las entidades locales de esta Comunidad. De esta forma, se proporcionaría mayor seguridad jurídica respecto al procedimiento a seguir para su elaboración y aprobación y sobre su contenido, así como sobre las consecuencias de su incumplimiento.

En suma, la regulación que hace el ordenamiento jurídico catalán de las Cartas de Servicios es innovadora, por ahora, única, pero ha de ser puesta en práctica de conformidad con lo que establecen la Ley 19/2014 y la Ley 26/2010. Se ha dado un paso importante en la dirección que marca el principio de la buena administración, esperemos que el buen gobierno acompañe y haga realidad con su impulso y gestión que se elaboren Cartas de Servicios que verdaderamente contemplen y garanticen servicios públicos de calidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ANTELO MARTÍNEZ, A. R. (2016), "Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 6: 105-121.

<sup>51</sup> Como dice Ricardo DE VICENTE DOMINGO, «[N]o se exige a la Administración una actuación perfecta propia de estándares de conducta irrazonables o exorbitantes (...)», vid. "Discrecionalidad e inactividad. El principio de actuación suficiente", ob. cit., pág. 18.

- CANO CAMPOS, T. (2015), “La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa”, *Documentación Administrativa*, 2: 1-5.
- (2016), “Derechos y deberes de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas: la vuelta del «administrado», en *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*: 122-146, Sevilla, EUS.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2014), “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 193: 11-44.
- DE VICENTE DOMINGO, R. (2014), “Discrecionalidad e inactividad. El principio de actuación suficiente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 165: 71-102.
- ESTEVE PARDO, J. (2015), “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, 197: 11-39.
- FERREIRO SEOANE, F. J. (2016), “La RPT como un instrumento de organización de las administraciones locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 5: 1-25.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á. (2008), “El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 15: 137-154.
- GAMERO CASADO, E. (2015), *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Granada, Comares.
- (2017), “Encuadre de la nueva legislación en el acervo del Derecho Administrativo”, en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico básico del Sector Público*: 57-104, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GUILLEM CARRAU, J. (2010), “El avance del derecho a la buena administración en el Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 19: 31-70.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2016), “Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma”, en *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*: 13-39, Sevilla, EUS.
- (2017), “Prólogo” a la obra dirigida por Eduardo Gamero Casado, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico básico del Sector Público*: 5-12, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTÍN DELGADO, I. (2016), “La reforma de la Administración Electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública”, en *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*: 41-82, Sevilla, EUS.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2016), “La elaboración de los reglamentos”, en *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*: 307-344, Sevilla, EUS.
- MIR PUIGPELAT, O. (2001), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas.
- (2008), “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140: 629-652.
- (2009) “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el s. XXI*: 33-60. Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- PONCE SOLÉ, J. (2015), “Bon govern, dret a una bona administració i prevenció de la corrupció”, en *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya: Comentaris sobre la Llei 19/2014, de 9 de desembre*: 177-218, Barcelona, UOC.
- (2016), “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175: 57-84.
- (2017), “Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno”, [19-01-2017], publicado en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>.
- (2017a), “Introducción”, *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, codirigida con Agustí Cerrillo i Martínez, Madrid, INAP.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2015), “El govern obert”, en *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya: Comentaris sobre la Llei 19/2014, de 9 de desembre*: 219-233, Barcelona, UOC.



## Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas

### *Limits of the principle of budgetary stability with respect to the financial autonomy of the Spanish Autonomous Communities*

Carlo Alberto Ciaralli  
Universidad G. d'Annunzio Chieti – Pescara  
carlo.alberto.ciaralli@live.it

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

PhD in Constitutional Law – Doctor Europaeus, Universidad G. d'Annunzio Chieti – Pescara. Sus líneas de investigación se centran en el estudio comparativo de los Estados federales y regionales, las relaciones entre la Unión Europea, el Estado y las Regiones, los ordenamientos jurídicos italiano y español.

---

#### **RESUMEN**

España, en el año 2011, modificó el artículo 135 de su Constitución para introducir el principio de Estabilidad Presupuestaria y un intenso control sobre los presupuestos de todas las Administraciones Públicas nacionales, incluidas, en particular, las Comunidades Autónomas, para garantizar las finanzas nacionales y, también, para limitar el gasto público y el déficit estructural. La reforma constitucional ha producido una fuerte centralización del marco normativo en tema de gasto y presupuesto, un renovado papel desempeñado por parte del Estado en función de «control» sobre la autonomía financiera autonómica y la compresión de dicha autonomía financiera, cerrada entre las estrictas normas constitucionales (y su desarrollo posterior mediante una Ley Orgánica) y el control ejercitado por parte del Estado central.

#### **PALABRAS CLAVE**

Estabilidad presupuestaria; sostenibilidad financiera; Comunidades Autónomas; Tribunal Constitucional; Constitución.

---

#### **ABSTRACT**

The constitutional reform by which in 2011 Spain amended Article 135 of the Constitution is the topic of this article. By such an amendment the principle of financial and budgetary stability as well as a strict control over the budget of public administration and the devolved regional institutions (Comunidades Autonomas) has been introduced. All this amounts to severe limitations on the structural deficit. In fact, this reform has brought about a strengthening of the supervisory powers of the State over policies which the Constitution confers to the Comunidades Autonomas as well as clamping down on their financial autonomy. The thrust of the article is to show how, in time of crisis, the “financial constitution” changes its structure to adapt to the inputs coming from European rules and the financial markets.

#### **KEYWORDS**

Budgetary stability; financial sustainability; Autonomous Communities; Constitutional Court; Constitution.

## SUMARIO

1. EL ORIGEN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. 2. LA RÁPIDA APROBACIÓN PARLAMENTARIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. 3. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: EL CONTENIDO DE LA REFORMA. 4. LA LEY ORGÁNICA 2/2012, DE 27 DE ABRIL, DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA. 4.1. MEDIDAS PREVENTIVAS, CORRECTIVAS Y COERCITIVAS. 5. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. 6. CONCLUSIONES. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### 1. EL ORIGEN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El 27 de septiembre de 2011 se publicó, en el *Boletín Oficial del Estado* (en adelante BOE), la aprobación de la segunda reforma de la Constitución española de 1978, que modificó su artículo 135, para introducir el principio de Estabilidad Presupuestaria. El mismo afecta a las actuaciones de todas las Administraciones Públicas, permite el control del Estado sobre el presupuesto y el gasto de las Comunidades Autónomas y limita el déficit estructural y el volumen de la deuda pública<sup>1</sup>.

Como es sabido, la reforma constitucional<sup>2</sup> se planteó en el marco de las graves tensiones financieras, causadas por la fuerte especulación internacional sobre la deuda pública de algunos Estados miembros de la UE (en particular, Irlanda, España, Italia, Portugal y Grecia), tras la explosión de la burbuja inmobiliaria, que comenzó en Estados Unidos como crisis de la deuda privada y, posteriormente, con efecto de contagio, extendida a todo el Viejo continente, como crisis de la deuda pública de los Estados<sup>3</sup>. Los proponentes de la reforma<sup>4</sup>, para justificar la necesidad de modificar la Constitución, expusieron motivos tanto de carácter económico como político. En particular, con el *Spread* en rápido crecimiento y la situación financiera, cada vez más deteriorada, se afirmó la urgencia inaplazable de introducir el principio de Estabilidad Presupuestaria en el ordenamiento jurídico español, especialmente a nivel constitucional, con el fin tanto de salvaguardar las finanzas públicas como de fortalecer la economía española<sup>5</sup>, a medio y largo plazo, de cara a los mercados<sup>6</sup>, que obtendrían así, según los proponentes, seguridades y garantías de solidez del estado de las finanzas públicas españolas. En este sentido, «se trataba, por tanto, con la reforma de asumir constitucionalmente el compromiso de que el Reino de España satisfaría las exigencias de disciplina presupuestaria impuestas en

<sup>1</sup> Reforma del artículo 135 de la Constitución Española (BOE núm. 233, de 27-09-2011).

<sup>2</sup> La reforma del 2011 es, en orden cronológico, la segunda modificación de la Constitución Española, siendo la primera enmienda de fecha 27 de agosto de 1992 (BOE núm. 207, de 28-08-1992), cuando, en cumplimiento de la ratificación del Tratado de Maastricht, se modificó el artículo 13, apartado segundo, de la Constitución para permitir que cualquier ciudadano de la Unión europea, residente en otro Estado miembro, pueda participar, tanto de forma activa como pasiva, en las elecciones municipales españolas.

<sup>3</sup> El Presidente del Gobierno español recibió una carta del Presidente del Banco Central europeo el 5 de agosto de 2011. En ella, en primer lugar, se le recordaba al Presidente del Gobierno que «la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro celebrada el 21 de julio de 2011 concluyó que “todos los países de la zona euro reafirmaron solemnemente su determinación absoluta de hacer plenamente honor a su propia firma soberana y a todos sus compromisos en materia de condiciones presupuestarias sostenibles y reformas estructurales”». En segundo lugar, entrando en el fondo del asunto, el Banco Central europeo pedía al Gobierno español de «apuntalar urgentemente la reputación de su firma soberana y su compromiso con la sostenibilidad fiscal y las reformas estructurales, y hacerlo mediante pruebas creíbles». Para conseguir estos objetivos, se enumeraron unas medidas de carácter político como, por ejemplo, la reforma del mercado laboral (reforma de la negociación colectiva, supresión de las cláusulas de indexación de la inflación, moderación salarial en el sector privado), reformas sobre la sostenibilidad de la finanza pública (medidas adicionales de consolidación fiscal, introducción de nuevas reglas para limitar el incremento de gasto, más transparencia sobre los presupuestos de los gobiernos autonómicos) y, además, reformas en los sectores energético y de los servicios. Lo que llama la atención, en dicha carta, es el nivel de detalle (análogo a la carta del Banco Central Europeo dirigida al Gobierno italiano) de las reformas que la institución europea (con mayor razón, el Banco Central europeo) pedía al Presidente del Gobierno de España.

<sup>4</sup> La propuesta de modificación constitucional, realizada por los dos mayores grupos parlamentarios, populares y socialistas, tuvo lugar justo un mes antes de la aprobación definitiva del texto de la reforma, el 26 de agosto de 2011.

<sup>5</sup> Como señala RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, 237 y ss., 237: «el principio incorporado al texto constitucional constituye un principio clásico de la Ciencia de la Hacienda, aunque no exento de controversia; habiendo sido defendido desde finales del Siglo XVIII por los economistas liberales».

<sup>6</sup> LÓPEZ AGUILAR, F., “De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «expres»”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, 199 y ss., 208-209, afirma que el «contenido (de la reforma que) se anuncia como un “mensaje” de “determinación” y “compromiso” dirigido a “tranquilizar” a los mercados e inversores internacionales ante las turbulencias sufridas por la zona euro a lo largo del verano de ese año (2011)».

última instancia desde Bruselas; y hacerlo, además, de tal modo que ese compromiso constitucional resultara creíble para los mercados financieros»<sup>7</sup>.

El Estado español ya contaba, anteriormente a la reforma constitucional, con una regulación que preveía el principio de estabilidad presupuestaria, tanto a nivel estatal (Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria<sup>8</sup>) como autonómico (Ley Orgánica 5/2001 de 13 de diciembre, complementaria a la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria<sup>9</sup>). De esta manera, sin embargo, se incorporaba al ordenamiento jurídico interno lo establecido en el Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento de 1997.

La regulación sobre el principio de Estabilidad Presupuestaria fue aprobada con el objetivo declarado de introducir un nuevo mecanismo para la determinación de la estabilidad de las Administraciones Públicas territoriales y sus respectivos sectores públicos, apoyado en el diálogo y la negociación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Los principios generales que recogía la Ley 18/2001 son los principios de transparencia, plurianualidad y eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos. Además, la Ley 18/2001 sometía al Gobierno, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales a reglas estrictas de contención del gasto. Se establecía que los sujetos<sup>10</sup> que tenían que respetar la Ley 18/2001 deben contemplar «en sus normas reguladoras en materia presupuestaria los instrumentos y procedimientos necesarios para adecuarlas al objetivo de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria» y se añade, como garantía del cumplimiento de los principios establecidos, que «corresponde al Gobierno de la Nación, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, velar por el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria en todo el ámbito del sector público» (artículo 7).

Se prevén además normas claras contra el riesgo de incumplimiento de los objetivos declarados en esta Ley. En particular, las situaciones anormales de déficit presupuestario deberán ser justificadas, por la Administración Pública afectada, con una exposición de las causas de este déficit y la formulación de un plan económico-financiero, que efectivamente produzca el saneamiento, a medio plazo, de esta situación presupuestaria.

La Ley Orgánica 5/2001 es una disposición normativa complementaria a la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria. En dicha Ley Orgánica, se preveían los mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la realización de los principios desarrollados en la Ley 18/2001. De hecho, la Ley Orgánica 5/2001 extiende el principio de Estabilidad Presupuestaria, de forma específica, a las CC.AA., las cuales tenían que cumplir dichos objetivos presupuestarios.

Además, la Ley Orgánica 5/2001 modificó, en el apartado 2 de su Disposición adicional única, el artículo 3, apartado 2, de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, para añadir nuevas competencias al Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, fortaleciendo el control estatal sobre el régimen financiero y presupuestario autonómico<sup>11</sup>.

Esta regulación, aunque imponía límites al gasto estatal y autonómico, se planteaba en un marco colaborativo entre el Estado y las CC.AA., definiendo los límites de política presupuestaria y de gasto, desde una óptica bilateral, en el ámbito del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

En este sentido, la Ley Orgánica 2/2012, que desarrolla los principios establecidos en el nuevo artículo 135 de la Constitución, ha supuesto una modificación radical.

Es importante subrayar que, de hecho, ya un año antes de la reforma constitucional fue instituida, mediante la Ley 37/2010, de 15 de noviembre<sup>12</sup>, la «Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales». La fun-

<sup>7</sup> MEDINA GUERRERO, M., «La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria», en *Revista de Estudios Regionales*, núm. 105, 2016, 73 y ss., 75.

<sup>8</sup> Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (BOE núm. 298, de 13-12-2001), modificada por la Ley 15/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (BOE núm. 126, de 27-05-2006).

<sup>9</sup> Ley Orgánica 5/2001 de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (BOE núm. 299, de 14-12-2001), modificada por la Ley Orgánica 3/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 5/2001 (BOE núm. 126, de 27-05-2006).

<sup>10</sup> El ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 18/2001 incluye todos los organismos del sector público,

<sup>11</sup> Se añadieron las siguientes competencias: 1. La emisión de los informes y la adopción de los acuerdos previstos en la Ley Orgánica 18/2001, Complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria; 2. La apreciación de las razones que justifiquen, en cada caso, la percepción por parte de las Comunidades Autónomas de las asignaciones presupuestarias, así como los criterios de equidad seguidos para su afectación; 3. La coordinación de la política de endeudamiento; 4. La coordinación de la política de inversiones públicas; 5. En general, todo aspecto de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado que, dada su naturaleza, precise de una actuación coordinada.

<sup>12</sup> BOE núm. 277, de 16-11-2010.

ción del órgano, específica la Ley en su Preámbulo, es «la necesidad de articular en el seno de las Cámaras un mecanismo eficaz de asesoramiento técnico en materia de seguimiento y control de la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado y sobre aquellos aspectos que tengan repercusión en los ingresos y gastos públicos, instrumento inspirado en los principios de independencia, objetividad y transparencia que se pone al alcance de los Diputados y Senadores».

## 2. LA RÁPIDA APROBACIÓN PARLAMENTARIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El procedimiento de reforma constitucional del artículo 135 de la Constitución española se tramitó rápidamente y, en la opinión de gran parte de la doctrina<sup>13</sup>, con demasiada celeridad, sin un adecuado debate parlamentario; efectivamente, en un mes se llevó a cabo el procedimiento de modificación del artículo 135 de la Constitución española.

La gran mayoría de las enmiendas presentadas fueron inadmitidas y las admitidas todas rechazadas. El texto no fue sometido a referéndum ya que no lo solicitaron una décima parte de los miembros del Congreso ni del Senado, como exige el art. 167, apartado tercero, de la Constitución española. De hecho, en el momento de la presentación de la propuesta de reforma constitucional, los proponentes pidieron la tramitación por el procedimiento de urgencia, así como su aprobación mediante la lectura única por el Pleno de las Cortes Generales.

Además, junto a la presentación de la propuesta de revisión del artículo 135 de la Constitución, fue presentada otra propuesta, por mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, por la cual, basándose en los artículos 73, apartado 2, de la Constitución y al artículo 61 del Reglamento del Congreso de los Diputados, se pedía la convocatoria del Pleno de la Cámara en sesión extraordinaria, para lograr la discusión y aprobación del texto de reforma constitucional mediante un procedimiento acelerado de urgencia, en lectura única.

Los Reglamentos de ambas Cámaras del Parlamento regulan, como un procedimiento legislativo especial, el procedimiento rápido de lectura única, que, a propuesta de la Mesa, puede ser elegido por el Pleno de la Cámara, previa consulta de la Junta de Portavoces de los grupos parlamentarios. La aplicación de dicho procedimiento especial está prevista y, también, limitada tanto en el Reglamento del Congreso (art. 150), como en el Senado (art. 129) para los proyectos o proposiciones legislativas cuya «naturaleza lo aconseje o cuya simplicidad de formulación lo permita».

En particular, sobre la insuficiente claridad de dicha formulación, presente en los dos Reglamentos antes mencionados, se señala que «la ambigüedad de esta determinación ha hecho que sea normalmente utilizado cuando exista un consenso tal sobre el contenido que es previsible que el texto no se vaya a variar en el curso de la tramitación (sea o no simple su contenido), previo acuerdo de la Junta de Portavoces» y se añade que, en la práctica parlamentaria, se utiliza este procedimiento «básicamente en tres casos: a) para la tramitación de proyectos o proposiciones de ley muy breves y sencillas, básicamente consensuadas, que sería la previsión reglamentaria; b) para la tramitación de proyectos o proposiciones sobre los que recae acuerdo unánime de tramitación particularmente acelerada por urgencia política en la promulgación de la ley. Estos proyectos o proposiciones han llegado a culminar su tramitación en una semana en cada Cámara, cuando existe una voluntad política en este sentido (por ejemplo, medidas para víctimas del terrorismo); c) cuando se opta por este procedimiento, o así lo impone una ley, por introducirse un elemento pactista en la elaboración del proyecto o proposición»<sup>14</sup>.

Otra parte de la doctrina resaltando, en tono crítico, la insuficiente claridad de la norma cree que nunca una reforma constitucional «debiera ser contemplada desde la “simplicidad de su formulación” y mucho menos en el supuesto de la llevada a cabo en 2011, en la que, como estoy subrayando, se ponían en juego tantos elementos esenciales de nuestro Estado Constitucional»<sup>15</sup>. Dicho procedimiento, de hecho, facilita

<sup>13</sup> Sobre el tema específico del procedimiento parlamentario de tramitación de la reforma del artículo 135 de la Constitución española véase, por todos, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, 165 y ss.; RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, op. cit., 237 y ss., espec. 249 y ss., donde se plantean fuertes dudas sobre la «idoneidad» del procedimiento mismo; LÓPEZ AGUILAR, F., “De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «expres»”, op. cit., 199 y ss. En particular, LÓPEZ AGUILAR utiliza, en tono sugerente, el término «expres», para subrayar la anomalía de un procedimiento tan rápido de modificación de la Constitución.

<sup>14</sup> GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución”, op. cit., 173-174.

<sup>15</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O., “La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, 409 y ss., 414.

los trabajos parlamentarios; pero, en realidad, suprimiendo la fase de análisis y discusión en las comisiones parlamentarias competentes, provoca la votación del proyecto de ley, en el Pleno, sin una adecuada evaluación del proyecto mismo. Dada la particularidad del procedimiento de reforma, se afirmó, en tono crítico, que «la Reforma se aprobó sin apenas debate parlamentario (en solo 2 horas y 40') y siguiendo una tramitación a caballo de dos procedimientos especiales: lectura única y por el procedimiento de urgencia, es decir, a la carrera (...). La tramitación elegida no tiene sentido alguno desde la lógica del parlamentarismo dada la entidad de una reforma constitucional»<sup>16</sup>.

Además, muchas críticas de la doctrina se refirieron a la ruptura del «consenso constitucional», que acompañó la aprobación de la Constitución española de 1978. Consenso constitucional que requería el beneplácito de la gran mayoría, si no de la casi totalidad, de las fuerzas políticas parlamentarias. En este sentido específico, se afirmó que «la reforma se fundó en un acuerdo bipartidista que rompió el consenso que mostraron nuestros “padres fundadores” al redactar la Constitución del 1978 (...). La tramitación récord, en apenas quince días, aprovechando el procedimiento de urgencia y en lectura única, sin admisión de enmiendas de otros grupos y sin participación de organismos consultivos procuró limitar al máximo el debate público, no permitiendo extraer otra conclusión de la reforma que no sea la banalización de la idea misma de Constitución a que condujo un bólido que atropello a un Parlamento vencido y que esperaba el breve plazo de su oficial disolución»<sup>17</sup>.

El punto más criticado, en realidad, no es solamente el contenido de la reforma, sino más bien la rápida aprobación que, ciertamente, impidió un verdadero debate en Parlamento y en el país.

La reforma, además, ha producido otro efecto. Hasta el 2011 nunca en la Constitución española se había aludido a la Unión Europea como institución, ni tampoco a los Tratados europeos. Efectivamente, la reforma de 1992 del artículo 13, apartado segundo, de la Constitución española no había hecho mención a la Unión Europea.

Como se ha precisado, la reforma constitucional de 2011 implicó «que por la puerta falsa de la reforma del artículo 135 se haya introducido en la Constitución la primera mención a la Unión Europea»<sup>18</sup>. Como hemos visto, el procedimiento de revisión constitucional fue legal y respetó la regulación jurídica establecida por la Constitución y los Reglamentos de las dos Cámaras. En este sentido, «desde el punto de vista el respecto a la vía procedimental del artículo 167 CE ha sido escrupuloso puesto que la solicitud de referéndum no fue aprobada por la décima parte de los miembros de cualesquiera de las dos Cámaras, mínimo establecido en el apartado 4 del artículo 167 CE para que la reforma constitucional tenga que ser sometida a referéndum»<sup>19</sup>.

Sin embargo, queda claro para la mayor parte de la doctrina el hecho que, en el caso de reformas constitucionales (en particular, reformas que modifican el marco de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas y afectan, como veremos, fuertemente a las competencias autonómicas) habría sido conveniente un procedimiento más participado y debatido, con una mayor profundización del tema y, también, con una proyección de los efectos de dicha reforma en el ámbito de las relaciones entre el Estado y las Autonomías territoriales.

<sup>16</sup> GARCÍA ROCA, J., “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento”, en *Crónica presupuestaria*, 1, 2013, 40 y ss., 67.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ LAGO, M. A., “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, en GARRIDO, D. L. – MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (coords.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2013, 131 y ss., 153 – 154. En contra, RODRÍGUEZ BEREIJO, A., “La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado”, en *Crónica presupuestaria*, 1/2013, 5 y ss., 12, afirma que «convendría no dejarse llevar por un *wishful thinking* cuando apelamos al “consenso constitucional de 1978”, vistos los cambios profundos y el evidente deterioro de nuestra realidad política e institucional así como las menguantes muestras de lealtad a nuestra la Constitución en los últimos tiempos por parte de los partidos nacionalistas que han planteado abiertamente la cuestión constituyente de la inserción en España de Cataluña y el País Vasco con propuestas separatistas de creación de un Estado propio independiente, lo que muestra una grave erosión, acaso irreversible, del consenso constitucional originario».

<sup>18</sup> GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución”, op. cit., 198. La reforma del artículo 135 ha introducido, de hecho, la primera mención expresa de la Unión Europea, aunque ya la disposición del artículo 93 CE («Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión») ha sido interpretado como una «cláusula Europa».

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., *La Constitución fiscal de España. Tres estudios sobre Estado social de Derecho, sistema tributario, gasto público y estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2005, 307-308.

### 3. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: EL CONTENIDO DE LA REFORMA

El artículo 135<sup>20</sup> de la Constitución española, según la formulación anterior a la reforma, constituye una disposición jurídica empleada en numerosas ocasiones a lo largo de la historia constitucional española; de hecho, ha estado presente, mediante diferentes formulaciones, en todos los textos de la historia constitucional española<sup>21</sup>. Debido a esta peculiaridad, la reforma del artículo 135 de la Constitución española consigue una importancia inédita en el ordenamiento jurídico español. Adentrándonos en el contenido de la reforma constitucional, ha de señalarse que dicha modificación, en primer lugar, vincula a todas las Administraciones Públicas (135.1 CE) al cumplimiento del principio de Estabilidad Presupuestaria.

Se introduce la prohibición, tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas, de incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea, remitiendo a una Ley Orgánica posterior el desarrollo de los principios constitucionales, incluida la fijación de los límites máximos, en términos de déficit, admisible para el Estado y las Comunidades Autónomas, en relación con sus propios Productos Interiores Brutos (135.2 CE). Sin duda, es de primordial importancia que el reformado artículo 135 CE se refiera específicamente a los criterios establecidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>22</sup>, como punto de referencia para la apropiada relación entre el Producto Interior Bruto y la deuda pública<sup>23</sup>. El Estado y las Comunidades Autónomas necesitan una autorización legislativa para emitir deuda pública o contraer crédito. Se otorga la máxima prioridad de pago a los intereses y al capital de la deuda pública de las Administraciones Públicas (art. 135.3 CE).

Esta disposición, en particular, no está exenta de varias consideraciones críticas. Si bien la prioridad de pago ha sido vista como una forma de garantía frente a los mercados, conviene destacar que «con el establecimiento de esta regla de prioridad “absoluta” se está introduciendo una prelación de pagos al margen de las operaciones legalmente establecidas, con lo cual cabría la posibilidad de plantearse si de esta forma podrían quedar marginadas o, incluso, preteridas obligaciones *ex lege* de carácter contractual o aquellas otras derivadas de resoluciones judiciales. La conclusión es que ello podría conducir a una discriminación subjetiva de acreedores a causa del cumplimiento del objetivo final que no puede ser otro que la preservación del equilibrio presupuestario»<sup>24</sup>.

También en el apartado tercero del artículo 135 se citan los parámetros establecidos por la Unión Europea, en cuanto se especifica que el volumen de deuda pública agregado de todas las Administraciones Públicas en relación con el Producto Interior Bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Para conocer los comentarios a la disposición constitucional, según la redacción anterior a la reforma de 2011, véase TEJERIZO LÓPEZ, J. M., “Comentario al Artículo 135: Deuda Pública”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (coord.), *Comentario a la Constitución española del 1978*, Madrid, 1996, 345 y ss.; DE LA HUCHA CELADOR, F., “Comentario al Artículo 135 de la Constitución”, en CASAS BAAMONDE, M. E. – Rodríguez Piñero y BRAVO FERRER, M. (coords.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2009, 2.049 y ss.; CAZORLA PRIETO, L. M., “Comentario al Artículo 135 de la Constitución española”, en GARRIDO FALLA, M. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, 2.054 y ss.

<sup>21</sup> Consúltense los artículos 355 de la Constitución del 1812, 75 de la Constitución del 1837, 78 de la Constitución del 1845, 104 de la Constitución del 1869, 87 de la Constitución del 1876, 118 de la Constitución del 1931.

<sup>22</sup> De hecho, en virtud del artículo reformado 135 CE ha sido establecido un «retorno automático» a los parámetros establecidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el objetivo del correcto cálculo de la relación que debe existir entre la deuda pública y el Producto Interior Bruto; en efecto, una constitucionalización de los parámetros económicos previstos en fuentes del Derecho externas a la Constitución.

<sup>23</sup> Con especial referencia a la influencia de la disciplina presupuestaria de la Unión Europea en los Estados miembros y sobre la redefinición del concepto de «*gobernanza económica-financiera*» europea véase, por todos, BAR CENDÓN, A., “La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión europea”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, 59 y ss.; CLOSA MONTERO, C., “Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 165, julio-septiembre (2014), 65 y ss.; COSIMO, E. D., “En búsqueda de la soberanía perdida. El principio del equilibrio presupuestario entre la coordinación constitucional y la reforma de la gobernanza económica de la unión europea”, en ÁLVAREZ CONDE, E. – SOUTO GALVÁN, C. (coords.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2012, 85 y ss.

<sup>24</sup> CARRILLO, M., “Constitución y control de las finanzas públicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto (2014), 13 y ss., 29. En el mismo sentido, véase DE LA HUCHA CELADOR, F., “La reforma del artículo 135 de la Constitución: Estabilidad presupuestaria y deuda pública”, en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153/2012, 21 y ss.

<sup>25</sup> El artículo 135 de la Constitución reformada también establece que los parámetros referidos se pueden «superar» *sólo en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen de manera considerable la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados* (art. 135.4 CE).

La reforma constitucional ha, de igual manera, remitido a la Ley Orgánica el papel de desarrollar los principios contenidos en el reformado artículo 135 de la Constitución, así como «la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará: a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse; b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural; c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de Estabilidad Presupuestaria» (art. 135.5 CE).

La reforma constitucional, además, «con la fijación de límites explícitos de déficit y deuda públicos, ha venido a reforzar la posición central del Estado y sus competencias en lo que respecta tanto a la definición de los objetivos de Estabilidad Presupuestaria como a las facultades de intervención, supervisión y control de la política financiera (presupuestaria) de las Comunidades Autónomas en orden al cumplimiento de dichos límites, constriñendo su autonomía mucho más allá de lo que hubiera permitido el título competencial de ordenación de la economía del artículo 149.1.13 CE»<sup>26</sup>.

En primer lugar, un sector de la doctrina cuestiona la verdadera necesidad de modificar la Carta Magna, para introducir el principio de Estabilidad Presupuestaria<sup>27</sup>. En realidad, las dudas que se plantean es si hacía falta esta reforma constitucional, constitucionalizando la regla de la Estabilidad Presupuestaria, para conseguir el objetivo de fortalecer el estado de las finanzas españolas. Sobre dicho punto, se plantean dudas, debido a que, como hemos visto antes, «la fijación de una política de Estabilidad Presupuestaria ya se contenía en la legislación, que reconocía desde 2001 importantes facultades al Estado central posibilitando penetrar en el ámbito de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas»<sup>28</sup>.

Respecto a la cuestión de la «constitucionalización» de la regla de oro europea, es decir, la tramitación e incorporación constitucional de la normativa pactada por España en sede supranacional, un sector de la doctrina no cree que, con la reforma constitucional, las reglas financieras hayan obtenido completamente rango constitucional, en cuanto estas reglas no están planteadas en el Derecho originario de la Unión Europea. En este sentido, se especifica «sin embargo, que este “Pacto Fiscal” (el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea), pese a sus múltiples puntos de conexión e interrelación con la Unión Europea tanto en el plano normativo como institucional, no es estrictamente Derecho europeo originario, sino que su naturaleza jurídica es la de un “mero” acuerdo internacional. Por consiguiente, los nuevos compromisos asumidos por España en el Pacto Fiscal no tienen rango constitucional, habida cuenta de que queda extramuros de la norma de remisión del primer párrafo del art. 135.2 CE»<sup>29</sup>.

No obstante, se puede efectivamente afirmar que las reglas presupuestarias, aunque no tienen rango constitucional, integran perfectamente un parámetro de constitucionalidad, para «juzgar los límites sobre el déficit estructural y el volumen de deuda pública asumida por el conjunto de las Administraciones Públicas (art. 135.2 CE)<sup>30</sup>».

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., *La Constitución fiscal de España. Tres estudios sobre Estado social de Derecho, sistema tributario, gasto público y estabilidad presupuestaria*, op. cit., 322.

<sup>27</sup> Se ha debatido en la doctrina si el artículo 40, apartado primero, de la Constitución española, en el que se habla de «estabilidad económica» («Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de *estabilidad económica*»), pueda incluir, en una interpretación extensiva del texto constitucional, la necesidad de garantizar el principio de Estabilidad Presupuestaria. A favor véase GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “En torno al concepto de estabilidad presupuestaria en España”, en GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (coord.), *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, Madrid, 2004, 19 y ss., espec. 27 y ss. En contra, considerando «extravagante» la interpretación del origen del principio de estabilidad presupuestaria en el artículo 40 CE, GARCÍA ROCA, J., “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento”, op. cit., 55. En este último sentido, también AGUIAR DE LUQUE, L. – ROSADO IGLESIAS, G., “La estabilidad presupuestaria y su eventual proyección en el Estado de las Autonomías”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, enero-abril, 2001, 9 y ss.

<sup>28</sup> URRUTIA LIBARONA, I., “Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A. – LOIS GONZÁLEZ, M. I. – DIZ OTERO, I. (coords.), *Crisis, Derechos Sociales e Igualdad*, Valencia, 2015, 65 y ss., 80-81.

<sup>29</sup> MEDINA GUERRERO, M., “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, op. cit., 80.

<sup>30</sup> CARRILLO, M., “Constitución y control de las finanzas públicas”, op. cit., 18. En el mismo sentido RODRÍGUEZ BEREIJO, A., *La Constitución fiscal de España. Tres estudios sobre Estado social de Derecho, sistema tributario, gasto público y estabilidad presupuestaria*, op. cit., 346, según el cual «el Derecho comunitario, al que se remite la Ley como valor de referencia, no se convierte per se en norma constitucional de nuestro Derecho interno, aunque si constituirá un elemento cualificado en la interpretación de los límites constitucionales derivados del principio (...) Los límites establecidos por los márgenes de Unión europea y el valor de referencia del TFUE a los que se remite expresamente el artículo 135 CE se convierten en integrantes de los parámetros de constitucionalidad que han de ser tenidos en cuenta al enjuiciar las leyes, disposiciones o actos en materia financiera y presupuestaria».

En relación con la naturaleza jurídica de las reglas presupuestarias y financieras, se afirmó, en tono crítico, que «la reforma constitucional del artículo 135 CE entraña una cesión de soberanía en materia financiera y presupuestaria a la Unión Europea (Comisión, Consejo y Banco Central Europeo) que refuerza el gobierno económico de la UE ampliando sus potestades de coordinación de las políticas económicas nacionales y de supervisión sobre los Presupuestos de los Estados miembros de la zona del euro en orden a asegurar la sostenibilidad de las finanzas públicas. Es una decisión que altera el equilibrio de la división de poderes entre Parlamento y el Gobierno en materia presupuestaria<sup>31</sup> (art. 134 CE)». En el mismo sentido, con particular atención a la incorporación en el texto constitucional de las reglas europeas, se ha sostenido que «si el compromiso y la obligación jurídica estaban ya presentes en el Derecho Europeo, su incorporación a la Constitución como prohibición o freno al endeudamiento debe verse sobre todo como un indicio del intenso grado de vinculación a este compromiso<sup>32</sup>. En realidad, el papel central del Parlamento en la política presupuestaria, en la época de la globalización y de las reglas de la Unión Europea, parece desvalorada y la reforma del artículo 135 refleja claramente que los compromisos con las Instituciones europeas imponen seguir reglas sobre el gasto y respetar el presupuesto que el Parlamento nacional no puede ignorar o, igualmente, alterar. La novedad es que estas reglas, ahora, son parámetros de constitucionalidad de las leyes, por lo que ninguna disposición jurídica podrá desplegar plenamente sus efectos sin tener en cuenta que la Constitución pone un límite fuerte a la capacidad financiera y presupuestaria del Estado y de las Comunidades Autónomas. En efecto, si el Estado es responsable frente a las instituciones supranacionales, «las autoridades centrales de los Estados desempeñan la función de trasladar a los entes regionales y locales los objetivos de déficit público y deuda pública fijados en el marco de la Unión Europea, y de supervisar el cumplimiento por aquellas de dichos objetivos<sup>33</sup>. Debe destacarse la fuerza que desempeña el nuevo marco constitucional sobre la gestión de los presupuestos y del gasto público. Así, se afirma, conectando estrechamente la reforma a la integración de España en la Unión Europea, que «la Estabilidad Presupuestaria no está, sin embargo, limitada al reparto de competencias financieras entre los diferentes órdenes de gobierno. En este sentido, el nuevo artículo 135 CE confirma algo que se ha convertido en un lugar común, y es que la integración de España en la Unión Europea ha dado lugar a una auténtica transformación del Derecho Financiero, y en particular del derecho del gasto público y del papel del Presupuesto<sup>34</sup>. En realidad, sin poner en dudas cuanto se ha afirmado, en sentido crítico, por gran parte de la doctrina, otra parte de la doctrina, defendiendo el marco estructural de la reforma constitucional, afirma que «non si può ignorare il fatto che, in assenza di espliciti limiti costituzionali, all'indebitamento e al deficit eccessivo, i governi tendono a spendere senza incrementare corrispettivamente la pressione tributaria. Così facendo si attiva un circolo non virtuoso in cui i disavanzi crescono continuamente e nel quale la sopravvivenza dello Stato viene gravemente compromessa<sup>35</sup>.

#### 4. LA LEY ORGÁNICA 2/2012, DE 27 DE ABRIL, DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

El nuevo artículo 135 de la Constitución (en particular en los apartados segundo, quinto y la disposición adicional única de la reforma constitucional) prevé el desarrollo normativo del contenido de la reforma mediante una Ley Orgánica posterior. En este sentido, fue aprobada la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LOEPSF)<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ BEREIJO, A., *La Constitución fiscal de España. Tres estudios sobre Estado social de Derecho, sistema tributario, gasto público y estabilidad presupuestaria*, op. cit., 320. En el mismo sentido, véase MARTÍNEZ LAGO, M. A., "Crisis Fiscal, Estabilidad presupuestaria y reforma Constitucional", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, 10 y ss., espec. 17, donde habla de una «pérdida de centralidad presupuestaria del Parlamento por una importante desvalorización de la función que corresponde desempeñar anualmente una las leyes del Presupuesto».

<sup>32</sup> GARCÍA ROCA, J., "El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración del freno al endeudamiento", op. cit., 55.

<sup>33</sup> CARRASCO DURÁN, M., "Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas", en *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 18, octubre (2013), 169 y ss., 172. Sobre la responsabilidad del Estado frente a las Instituciones europeas véase, por todos, GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, 2001, espec. 209 y ss.

<sup>34</sup> RUIZ ALMENDRAL, V., *La reforma Constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria*, op. cit., 112. En este sentido, se refiere al nuevo artículo 135 CE como una «cláusula europea» GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., "La reforma del artículo 135 de la Constitución española", en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, enero-abril, 2012, 31 y ss., espec. 60 y ss.

<sup>35</sup> CARMONA CONTRERAS, A. M., "Costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio e limiti alla sovranità statale: l'esperienza della riforma costituzionale in Spagna", en MARSOCCHI, P. (coord.), *Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo*, Napoli, 2016, 235 y ss., 250.

<sup>36</sup> BOE núm. 103, de 30-04-2012, modificada mediante la Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, de modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE núm. 235, de 29-09-2012), la Ley Orgánica

La LOEPSF, además de desarrollar los principios ya determinados en el nuevo artículo 135 CE, establece que, en el caso en que sea imposible conseguir, por parte de todas las Administraciones Públicas<sup>37</sup>, los objetivos de consolidación de los presupuestos y el control del gasto público, el Estado puede poner en marcha una serie de mecanismos para lograr el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Constitución.

En líneas generales, se puede afirmar que la «Ley Orgánica 2/2012 ha establecido un marco de planificación y vigilancia presupuestaria muy estricto para el conjunto de las Administraciones Públicas. En particular, establece procedimientos para la fijación de los objetivos de déficit y de deuda que deben cumplir cada una de ellas y para la vigilancia de su efectivo cumplimiento, diseñando las medidas preventivas que procede aplicar ante riesgos de incumplimiento, así como las medidas correctivas y coercitivas aplicables en las situaciones en las que tales incumplimientos efectivamente se produzcan, tanto en los objetivos en materia de déficit y deuda pública como en lo relativo a la regla del gasto»<sup>38</sup>.

Los tres objetivos declarados de la LOEPSF son: a) garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas españolas; b) aumentar la confianza en la estabilidad de la economía española y c) fortalecer el compromiso entre el Estado español y la Unión Europea en materia de Estabilidad Presupuestaria.

Sobre la definición del principio de Estabilidad Presupuestaria, se puede afirmar, en primer lugar, que el precepto transcribe lo que ya estableció el artículo 3, apartado 1, letra a), del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria. Sin embargo, es importante poner de manifiesto una primera incoherencia entre dicho Tratado y la Ley Orgánica 2/2012. Ciertamente, «este tratado permite a los Estados, en el inciso b) del mismo artículo 3.1, como principio general, un déficit estructural máximo anual ajustado en función del ciclo del 0,5% del Producto Interior Bruto a precios de mercado, sin condicionantes. La LOEPSF, sin embargo, ha convertido dicha previsión en la de un déficit estructural cero ajustado del ciclo, que solo admite un déficit del 0,4% del producto nacional bruto en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior, condicionado a que dicho déficit se derive de reformas estructurales a largo plazo (art. 11.2)»<sup>39</sup>.

En segundo lugar, el artículo 4 de la LOEPSF contiene la definición<sup>40</sup> del principio de «Sostenibilidad Financiera»<sup>41</sup>, que se traduce en la determinación de los límites máximos de deuda pública de todas las Administraciones Públicas<sup>42</sup>, con base en lo establecido en el artículo 13 de la LOEPSF (en este artículo se puede notar, además, la constante alusión a los valores establecidos por la Unión Europea, en particular la consideración del 60% del Producto Interior Bruto nacional como valor de referencia del volumen máximo de la deuda pública) y, en definitiva, como control del endeudamiento público<sup>43</sup>.

6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, de 14 de noviembre (BOE núm. 274, de 15-11-2013), la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público (BOE núm. 305, de 21-12-2013) y la Ley Orgánica 1/2016, de 31 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE núm. 264, de 01-11-2016). El Desarrollo normativo de la L. O. 2/2012 ha sido completado mediante el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE núm. 161, de 06-07-2013) y el Real Decreto 701/2013, de 20 de septiembre, de racionalización del sector público (BOE núm. 231, de 26-11-2013).

<sup>37</sup> Para profundizar la disciplina de la organización interior del Estado español, se renvía al detallado trabajo de GALÁN VIOQUE, R., «La Administración General del Estado», en GOSALBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Madrid, 2016, 153 y ss.

<sup>38</sup> PEMA GAVIN, J. M., «Crisis económica y cambios institucionales en Europa y en España», en EZQUERRA HUERVA, A. (coord.), *Crisis económica y Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), 2016, 27 y ss., 57.

<sup>39</sup> CARRASCO DURÁN, M., «Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas», op. cit., 184.

<sup>40</sup> La «capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea» y se añade, además, en el mismo artículo, que «existe sostenibilidad de la deuda comercial, cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad».

<sup>41</sup> En realidad, en el texto constitucional reformado no se hace mención del principio de «Sostenibilidad Financiera». Se habla, de hecho, en el apartado cuarto, de «sostenibilidad económica», con referencia a las situaciones que escapen a la voluntad estatal y puedan afectar «considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado» y por las cuales se podrían superar los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública.

<sup>42</sup> La asunción de la responsabilidad financiera por las Comunidades Autónomas ya había sido contemplada en el art. 32 (*Sostenibilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas*) de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011).

<sup>43</sup> En este último sentido, véanse, por todos, CARRASCO DURÁN, M., «Estabilidad Presupuestaria y Comunidades Autónomas», op. cit., espec. 186 y ss.; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La reforma del artículo 135 de la Constitución española*, op. cit., 31 y ss.; RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., «La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?», op. cit., espec. 239 y ss.

Además, en el ámbito de la relación entre los principios de Estabilidad Presupuestaria y de Sostenibilidad Financiera y la regla del gasto, es necesario añadir que «esta regla de la sostenibilidad incide en el gasto público, es decir, supone un límite al crecimiento del gasto público en la medida en que, estables los ingresos ordinarios, los tributos, el gasto sólo puede crecer dentro de los límites de la estabilidad, y por lo tanto no se podrá usar la deuda como fuente de financiación»<sup>44</sup>.

En observancia de las previsiones del artículo 135.3 de la Constitución, el artículo 14 de la LOEPSF reafirma el principio de la prioridad absoluta del pago de la deuda pública, cual ulterior garantía al fin de asegurar la sostenibilidad financiera del Estado y evitar el excesivo endeudamiento del mismo.

Con especial referencia, esta vez, al momento de la aplicación a las Administraciones Públicas de los principios de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, es decir, las condiciones por las cuales se activan las normas que garantizan los principios de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se afirma que «son de aplicación únicamente cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros debiendo cuantificarse y valorar sus repercusiones y efectos, es decir, tienen un enfoque económico, de tal forma que la iniciativa normativa será de calidad cuando se ajuste a estos principios»; por lo tanto, estas normas no se aplican exclusivamente en caso de afectación del ámbito económico general; al revés tienen una «aplicación con carácter general, considerándolos como indicadores de la economía ya que la norma deberá tener en cuenta el ahorro obtenido respecto a las previsiones alcanzadas, es decir la diferencia entre los recursos previstos y los recursos reales utilizados para alcanzar su objetivo»<sup>45</sup>.

Un sector de la doctrina defiende la reforma constitucional de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y de su desarrollo normativo, afirmando que «la autonomía de las Comunidades Autónomas no es soberanía; y su autonomía política y financiera cobra pleno sentido constitucional dentro de la unidad de la Nación española. Y la autonomía financiera lo es dentro de la necesaria y obligada coordinación y cooperación con la Hacienda estatal»<sup>46</sup>. Contra esta posición, se especifica, siempre sobre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, que «al Estado central a quien corresponde fijar los objetivos de déficit y deuda de las Comunidades Autónomas y establecer las eventuales sanciones en caso de incumplimiento»<sup>47</sup>. La autonomía financiera de las CCAA ha quedado seriamente comprometida si la comparamos con la situación previa. El nuevo marco supone el diseño unilateral del sistema»<sup>48</sup>.

En realidad, la fijación de un nivel máximo de gasto no es en absoluto una novedad, puesto que ya la Ley 18/2001 había previsto que el acuerdo del Gobierno en donde se fijaba el objetivo de Estabilidad Presupuestaria de las diferentes Administraciones determinase el límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado. Es innegable que «la fijación de topes de gasto facilita el cumplimiento de los límites de déficit y endeudamiento global». Es al mismo tiempo indudable que el problema de la correcta aplicación de esta disposición se propone en el momento que «la quiebra de la regla de gasto no conlleva necesaria e inescindiblemente la vulneración de los concretos niveles máximos de déficit y deuda impuestos a la Administración incumplidora»; y además, desde una perspectiva estrictamente constitucional, «nada en el principio de estabilidad presupuestaria configurado en la Constitución autoriza a imponer un nivel de gasto predeterminado, ya sea absoluto, ya sea relativo, en función de la evolución del PIB o de cualquier otro término de referencia»<sup>49</sup>.

El Consejo de Ministros, con base en el artículo 16 de la LOEPSF, fija los objetivos de Estabilidad Presupuestaria en términos de capacidad o necesidad de financiación y los límites de deuda pública. El Gobierno, previa propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (hoy *Ministerio de Hacienda y Función Pública* <sup>50</sup>) y, sucesivamente, mediante un informe del Consejo de Política Fiscal y

<sup>44</sup> ARIAS ABELLÁN, M. D., «Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las Comunidades Autónomas», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 18, octubre, 2013, 126 y ss., 144.

<sup>45</sup> GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., «Principios de buena regulación y evaluación de su cumplimiento», en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector Público*, Valencia, 2016, 2.539 y ss., 2.561.

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ BEREJO, Á., *La Constitución fiscal de España. Tres estudios sobre Estado social de Derecho, sistema tributario, gasto público y estabilidad presupuestaria*, op. cit., 315.

<sup>47</sup> Sobre este tema véase, entre otros, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «¿Cómo se derivan entre las Administraciones españolas las responsabilidades financieras por el incumplimiento del derecho de la Unión europea?», en *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 51, mayo-agosto, 2015, 537 y ss.

<sup>48</sup> URRUTIA LIBARONA, I., «Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias», op. cit., 84.

<sup>49</sup> MEDINA GUERRERO, M., *La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria*, op. cit., 93-94.

<sup>50</sup> La estructura del anterior Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha sido recientemente modificada por los Reales Decretos 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE núm. 267, de 04-11-2016)

Financiera<sup>51</sup>, establece los objetivos de Estabilidad Presupuestaria y de deuda pública para cada Comunidad Autónoma<sup>52</sup>.

A diferencia de la bilateralidad en la determinación de los objetivos presupuestarios que planteaba la disciplina anterior<sup>53</sup>, se desarrolla un nuevo mecanismo, en un marco claramente unilateral, exclusivamente basado en el informe que emita el Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Ciertamente, con los mecanismos previstos en los artículos 15 y 16 de la LOEPSF se plantea un modelo con el cual, en relación a la fijación de los objetivos de Estabilidad Presupuestaria y deuda pública «la competencia está exclusivamente atribuida al Estado, que a través de un acuerdo del Consejo de Ministros aprueba los porcentajes de déficit y deuda correspondientes a las Administraciones Públicas, incluida la autonómica, por lo que aquí interesa, sin que esta última pueda intervenir en la decisión ni unilateralmente ni a través del Consejo de Política Fiscal y Financiera, que se limita a informar y por lo tanto a ser oído»<sup>54</sup>.

Además, en relación a esta última afirmación, es innegable que el Estado tiene la competencia en este ámbito, basándose en los artículos 135 y 149 CE, confirmada por el mismo TC. La realidad es que, como se ha correctamente expresado, en el nuevo marco unilateral indicado, «la intervención de las Comunidades Autónomas en la fijación de sus objetivos de déficit y deuda queda reducida a su participación en los informes del Consejo de Política Fiscal y Financiera, e, incluso, no se recoge ninguna participación de aquellas en la determinación de la tasa de referencia que determina la regla de gasto»<sup>55</sup>. Lo que queda claro es que, la combinación entre reforma constitucional del artículo 135 CE y su posterior desarrollo normativo, conduce a la consecuencia de fortalecer «la posición de control y garantía del Estado en los distintos niveles de gobierno, otorgándole incisivas facultades de intervención para corregir y sancionar las políticas de las Administraciones territoriales que incumplan los mandatos de Estabilidad Presupuestaria»<sup>56</sup>.

#### 4.1. Medidas preventivas, correctivas y coercitivas

El nuevo procedimiento unilateral del Gobierno central, sobre la política presupuestaria y de gasto, se perfecciona con la previsión de intensos instrumentos preventivos, correctivos y coercitivos, los cuales incluyen medidas que afectan fuertemente a la autonomía de las Comunidades Autónomas<sup>57</sup>.

La Ley Orgánica encarga al Gobierno, en razón de su base competencial, planteada en el artículo 155 de la Constitución española, promover las medidas necesarias para obligar a su cumplimiento forzoso (art. 26 de la L. O. 2/2012, “Medidas de cumplimiento forzoso”), que podrían llegar, previa intimación, a la inter-

y 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 274, de 12-11-2016), instituyendo el nuevo «Ministerio de Hacienda y Función Pública».

<sup>51</sup> La disciplina, prevista en la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se basa en el informe que emite el Consejo de Política Fiscal y Financiera sobre los objetivos de cada CC.AA. y la evaluación del cumplimiento de dichos objetivos. Este procedimiento, con carácter fuertemente unilateral, sobre la política presupuestaria se perfecciona con la previsión de intensos instrumentos preventivos, correctivos y coercitivos, los cuales incluyen medidas que afectan fuertemente a la autonomía de las Comunidades Autónomas.

<sup>52</sup> El artículo 15 de la LOEPSF prevé el mismo procedimiento de fijación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, pero esta vez relativo al conjunto de todas las Administraciones Públicas.

<sup>53</sup> Específicamente, el artículo único, apartado tres, de la Ley Orgánica 3/2006, de reforma del artículo 5 de Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

<sup>54</sup> ARIAS ABELLÁN, M. D., “Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las Comunidades Autónomas”, op. cit., 151.

<sup>55</sup> CARRASCO DURÁN, M., *Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas*, op. cit., 189.

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ BEREJIO, Á., *La Constitución fiscal de España*, op. cit., 310. Sobre la progresiva recentralización de las competencias, a juicio de URRUTIA LIBARONA, I., “Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias”, op. cit., 67, no se puede afirmar que la única causa sea la crisis económica, en cuanto «las tendencias recentralizadoras por parte del Estado central no resultan novedosas por lo que no cabe relacionarlas unívocamente con los contextos de crisis económica». En este sentido, siguiendo el razonamiento, se afirma que «al margen de la vigorosa técnica del control financiero y presupuestario de las Administraciones Públicas por parte del Estado central, en el contexto general de crisis económica, principalmente a partir del año 2010, el Estado ha incidido sobre varios sectores de competencia autonómica a través de normas sobre la base del recurso a títulos transversales y el ensanchamiento de la normativa básica». Sobre el impacto del Derecho europeo en el Estado autonómico español véase, por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La recentralización de competencias en España por imperativo del derecho europeo”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 18, 2014, 1 y ss.

<sup>57</sup> Ejemplares, en el ámbito del proceso de recentralización estatal, son la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de *Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* (BOE núm. 312, de 30-12-2013), la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (BOE núm. 236, de 02-10-2015) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público* (BOE núm. 236, de 02-10-2015). Para un comentario, en particular, de la Ley 27/2013 véase, entre todos, GALÁN GALÁN, A., “La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (nueva época)*, núm. extraordinario, enero (2015), 1 y ss.

vención del Estado o, en el máximo grado de intensidad, a la suspensión de la Comunidad Autónoma o a la disolución de la Corporación local. Se trata, como ha sido exhaustivamente puesto de manifiesto, de un tipo de «supervisión federal»<sup>58</sup> del Estado en relación a la autonomía financiera autonómica.

Pasando ahora al análisis de las medidas preventivas, es necesario, en primer lugar, subrayar que todas las medidas recogidas en la LOEPSF prevén, en un sentido de intensidad creciente, la intervención de un órgano de control diferente respecto a los que tienen el deber de aplicar estas medidas, por lo cual «puede afirmarse que estamos en presencia de una cierta tutela adicional a la que con carácter general se regula en la propia CE sobre la ejecución presupuestaria»<sup>59</sup>.

La LOEPSF contempla, en primer lugar, «medidas preventivas» de control del cumplimiento de los objetivos fijados en Constitución y en la LOEPSF. Las medidas preventivas, reguladas en los artículos 18 y 19, tienen como finalidad concreta prevenir y, además, impedir el incumplimiento de los objetivos de déficit o deuda, o de la regla de gasto.

En primer lugar, el artículo 18 establece que, tras de disponer el deber de seguimiento de los datos de ejecución presupuestaria y de fijar el gasto a los criterios de estabilidad, que en el caso en que el volumen de la «deuda pública se sitúe por encima del 95% de los límites establecidos en el artículo 13.1 de esta Ley, las únicas operaciones de endeudamiento permitidas a la Administración Pública correspondiente serán las de tesorería». Se trata de una medida preventiva que pretende el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera vigilando el volumen de deuda pública emitida por las Comunidades Autónomas. Esta medida preventiva limita la apelación al crédito por las Comunidades Autónomas, como consecuencia del deber de cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera, incluso si esta específica disposición no resulta incluida expresamente en el texto de la modificación constitucional del artículo 135.

En segundo lugar, el Gobierno, en una situación de posible riesgo de incumplimiento de los objetivos de Estabilidad Presupuestaria, de la deuda pública o de la regla de gasto, por parte de cada Administración Pública o de las Comunidades Autónomas, basándose en las previsiones del artículo 19, formulará una «advertencia motivada» a la Administración responsable previa audiencia a la misma. La Administración incumplidora tendrá un mes para adaptar su presupuesto a las sugerencias del Estado y del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Si dicha Administración sigue incumpliendo o el Ministerio de Hacienda considera que las medidas adoptadas por parte de la Administración incumplidora son insuficientes para corregir el riesgo, en virtud del segundo apartado del artículo 19 de la LOEPSF se aplicarán las medidas correctivas del incumplimiento.

Se puede afirmar, sin dudas, que la competencia en materia de evaluación de la situación de incumplimiento o riesgo del mismo que pertenece al Estado parece excesivamente discrecional, en cuanto se habrían podido prever «mecanismos concretos de intervención del órgano de colaboración, al que sólo se le informa de la advertencia y de las técnicas concretas que pueden dar lugar a la apreciación de la insuficiencia, incluso si fuera constatada por el Gobierno»<sup>60</sup>.

Como ciertamente se ha señalado, se trata de «una especie de alerta temprana similar a la existente en el Derecho europeo. Si no se adoptan medidas en el plazo de un mes, se pasa a la fase correctiva»<sup>61</sup>.

En cuanto a las medidas correctivas, previstas en los artículos 20 a 24 de LOEPSF, a diferencia de las medidas preventivas que tenían como objetivo prever el riesgo de incumplimiento, éstas tratan de modificar el destino, redireccionándolas, de las finanzas de las Administraciones Públicas afectadas por incumplimiento de los objetivos de Estabilidad Presupuestaria y deuda pública.

En primer lugar, el artículo 20 prevé «medidas automáticas de corrección»; es decir, en el caso en que el Gobierno compruebe el incumplimiento de los objetivos de Estabilidad Presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto, «todas las operaciones de endeudamiento de la Comunidad Autónoma incumplidora precisarán de autorización del Estado en tanto persista el citado incumplimiento» y prevé, además, la necesidad de un informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para la concesión de subvenciones o la suscripción de convenios por parte de la Administración central. Estas medidas correcti-

<sup>58</sup> La expresión es de MEDINA GUERRERO, M., «El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto, 2013, 109 y ss., 134, que, en particular, habla de «supervisión federal» (incluyendo la coerción federal), hasta sanciones financieras semejantes a las previstas en el procedimiento de déficit excesivo de la UE, pasando incluso por técnicas que guardan alguna afinidad con la «condicionalidad» característica de las ayudas del FMI, pueden detectarse a lo largo de la Ley Orgánica que nos ocupa».

<sup>59</sup> ARIAS ABELLÁN, M. D., «Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las Comunidades Autónomas», op. cit., 156.

<sup>60</sup> ARIAS ABELLÁN, M. D., «Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las Comunidades Autónomas», op. cit., 159.

<sup>61</sup> GARCÍA ROCA, J., «El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración del freno al endeudamiento», op. cit., 82.

vas automáticas, no necesitan de un procedimiento específico, aplicándose en el momento de la comprobación del incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas.

No es requerida una autorización estatal para las operaciones de crédito a corto plazo que no sean consideradas financiación exterior, cuando el plan económico-financiero de cumplimiento, elaborado por parte de la Comunidad Autónoma afectada, hubiera sido considerado idóneo por el Consejo de Política Fiscal y Financiera. De la misma manera, se refleja aquí la configuración general de la Ley Orgánica 2/2012. El ejercicio del control de la idoneidad del plan económico-financiero de la Comunidad Autónoma obligada a cumplir los objetivos citados queda en mano del Gobierno central.

Nos encontramos aquí con un problema interpretativo de no secundario nivel, relativo a las causas de aplicación de las medidas correctivas automáticas; pues «estas medidas correctivas se aplican también en situación de riesgo a través de la advertencia prevista en el artículo 19 (...) Por el contrario, los preceptos que regulan las correctivas las vinculan a situaciones de verificación del incumplimiento»<sup>62</sup>.

La Ley establece que estas medidas automáticas de corrección pueden aplicarse no sólo en caso de expresa comprobación del incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma afectada, sino también a las situaciones de «riesgo» de incumplimiento. Queda claro que, aquí, tiene lugar otra, evidente, injerencia de las autoridades centrales en la disciplina presupuestaria autonómica, en cuanto el simple riesgo ya es suficiente para adoptar medidas de corrección automáticas, establecidas por parte del Estado.

En el caso en que se produzca una desviación en la aplicación de las medidas correctivas, el Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas podrá pedir a la Administración afectada un ajuste del plan presentado, incluida la adopción de nuevas medidas. Si en el informe siguiente persiste el incumplimiento, se podrán aplicar las medidas coercitivas para garantizar el cumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma afectada.

Finalmente, llegando a las medidas «coercitivas» de cumplimiento de los objetivos presupuestario y de deuda pública, hay que abordar el tema precisando las condiciones que legitiman la utilización de dichas medidas.

En particular, se puede proceder con la adopción de las medidas coercitivas antes la «falta de presentación, falta de aprobación o de incumplimiento del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio, o cuando el periodo medio de pago a los proveedores de la Comunidad Autónoma supere en más de 30 días el plazo máximo de la normativa de morosidad durante dos meses consecutivos a contar desde la comunicación prevista en el artículo 20.6»<sup>63</sup>. Queda claro que las medidas coercitivas representan la forma de injerencia más grave en el ámbito de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, constitucionalmente garantizada.

En el caso en que se produzca una situación de incumplimiento, el artículo 25 de la LOEPSF obliga a la Comunidad Autónoma incumplidora a: a) aprobar, en el plazo de 15 días desde que se produzca el incumplimiento, la no disponibilidad de créditos y efectuar la correspondiente retención de créditos, que garantice el cumplimiento del objetivo establecido; b) constituir, cuando se solicite por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, un depósito con intereses en el Banco de España equivalente al 0,2 % de su Producto Interior Bruto nominal.

Es importante resaltar la previsión que somete las competencias normativas de las Comunidades Autónomas al cumplimiento de los compromisos de consolidación fiscal de la Unión Europea. Al respecto, la Ley indica que «las competencias normativas que se atribuyan a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos pasarán a ser ejercidas por el Estado» en el supuesto en que estas competencias autonómicas sean causa del incumplimiento de los deberes estatales frente a la Unión Europea. En este sentido, se habla de la sustitución de «la voluntad de la Comunidad Autónoma expresada por el órgano que ejecuta el presupuesto respecto a esta ejecución en los términos aprobados en la Ley de presupuestos, pero no sólo eso, sino que también las competencias normativas correspondientes a los Parlamentos autonómicos pasan a ejercerse por el órgano legislativo estatal cuando sea necesario dar cumplimiento a los compromisos con la Unión Europea en esta materia sin especificar mínimamente

<sup>62</sup> ARIAS ABELLÁN, M. D., «Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las Comunidades Autónomas», op. cit., 159-160.

<sup>63</sup> Art. 25 LOEPSF. A juicio de MEDINA GUERRERO, M., «El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal», op. cit., 139, nota 64, estas medidas podrán aplicarse también «en relación con aquellas CC.AA. que reciban fondos del mecanismo adicional de financiación previsto en la Disposición adicional primera LOEP, en el caso de que no presenten, no se valoren favorablemente o, sencillamente, incumplan los planes de ajuste que están obligadas a realizar».

ese presupuesto, que es amplio y que puede llevar a la aplicación de criterios de oportunidad y no de estricta legalidad»<sup>64</sup>.

En el caso en que no se adopten las medidas previstas en la letra a) del artículo 25, o éstas resultaran insuficientes, el Gobierno podrá enviar una «comisión de expertos» para la evaluación del incumplimiento de la Comunidad Autónoma y el estado real de su desequilibrio presupuestario. Dicha comisión elaborará una propuesta que contenga medidas para garantizar el cumplimiento de los objetivos presupuestarios y de deuda pública. Estas medidas no se plantean como consejos a los organismos políticos de la CC.AA. De hecho, las medidas propuestas serán de obligado cumplimiento para la Administración incumplidora.

Sobre esta debatida disposición, se ha afirmado que «el carácter vinculante de la propuesta que formulen “los hombres de negro” enviados por el Ministerio es, sin duda, el aspecto más controvertido del artículo 25.2 LOEPSF. (...) El artículo 135 CE no autoriza una injerencia de esa naturaleza y tampoco el artículo 155 CE, pues la intervención del Ministerio y de la comisión de expertos se presenta como una fase previa a la utilización de este recurso extraordinario»<sup>65</sup>.

Sin embargo, dicha disposición plantea muchas dudas de compatibilidad con los principios constitucionales de autonomía financiera autonómica y la garantía del marco de distribución competencial: de hecho, como se ha indicado «parece evidente que, en substancia, se afecta en manera enorme la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, en particular por el hecho que «resulta más que dudoso que se considere compatible con la autonomía esa atribución prácticamente en blanco a un órgano que parece incardinarse en la estructura jerárquica de la Administración del Estado»<sup>66</sup>.

El artículo 26 de la LOEPSF contiene la que más afecta a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, las «medidas de cumplimiento forzoso». Las condiciones necesarias para poner en marcha estas medidas son: 1) que la Comunidad Autónoma afectada no haya adoptado el acuerdo de no disponibilidad de créditos [art. 25.1, a)]; 2) que no haya constituido el depósito obligatorio en el Banco de España [art. 25.1, b)] y 3) que no haya cumplido las medidas propuestas por la comisión de expertos (art. 25.2). En esta eventual situación de múltiples incumplimientos, prevé la Ley Orgánica que «el Gobierno, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, adoptará las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma a su ejecución forzosa. Para la ejecución de las medidas el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de la Comunidad Autónoma».

Finalmente, en el caso en que el incumplimiento persista sin que la Comunidad Autónoma o la Administración Local adopten las medidas necesarias, 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 artículo 61 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local».

Tras analizar el cumplimiento del principio de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad financiera, parece claro que «la extensión e intensificación de la normativa relativa a la estabilidad presupuestaria ha provocado una apreciable merma del margen para adoptar una política presupuestaria propia»<sup>67</sup>.

La construcción jurídica de las medidas coercitivas y de cumplimiento forzoso, que afectan a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, han sido definidas como «una nueva manifestación de esa función tuteladora que desnaturaliza la idea de autonomía financiera es la posibilidad de enviar una Comisión que puede llegar a formular propuestas de medidas que serán de obligado cumplimiento para la administración incumplidora»<sup>68</sup>.

Acerca del problema del tipo y el modo de ejercicio del control del cumplimiento de las obligaciones previstas en la Constitución y desarrolladas por la Ley Orgánica 2/2012, se defiende que «la situación de incertidumbre se agrava dado que la revisión del equilibrio presupuestario se ha entendido por la Ley Orgánica, cerrando los espacios abiertos de la Constitución, como un control político o intervención federal y no como un control jurídico ante una autoridad independiente»<sup>69</sup>, justificando, de esta manera, una importante

<sup>64</sup> ARIAS ABELLÁN, M. D., “Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las Comunidades Autónomas”, op. cit., 163.

<sup>65</sup> GUERRERO VÁZQUEZ, P., “Freno al endeudamiento autonómico y coerción estatal en la ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 23, 2016, 1 y ss. 35.

<sup>66</sup> MEDINA GUERRERO, M., “El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal”, op. cit., 142.

<sup>67</sup> CARRASCO DURÁN, M., “Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas”, op. cit., 198.

<sup>68</sup> ESCRIBANO LÓPEZ, F., “La autonomía financiera de las comunidades autónomas: crisis económica, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, en *Revista española de derecho financiero*, núm. 156, 2012, 11 y ss., 19.

<sup>69</sup> GARCÍA ROCA, J., “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración del freno al endeudamiento”, op. cit., 86.

discrecionalidad del Estado al evaluar, unilateralmente, si las Comunidades Autónomas han cumplido o deben imponerse, por el Estado, medidas correctivas o coercitivas, para garantizar el cumplimiento por las CC.AA. Es evidente que el control de una autoridad independiente se habría configurado como una fuerte garantía de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

En tono crítico sobre la regulación jurídica llevada a cabo por la LOEPSF, se afirma que «la LOEPSF, sin embargo, sí ha ido sensiblemente más allá del marco normativo y jurisprudencial precedente porque refuerza significativamente las potestades del Estado sobre las CCAA en materia financiera y presupuestaria y altera el marco normativo de la distribución territorial del poder configurado en las últimas décadas al amparo del principio de autonomía financiera. La norma otorga una clara posición de preeminencia al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el reparto del nivel de déficit y deuda en el que pueden incurrir las diferentes Administraciones Públicas»<sup>70</sup>.

Uno de los efectos más contundentes de la nueva regulación es que los límites presupuestarios no son inherentes exclusivamente a la gestión presupuestaria autonómica; de hecho, afectan igualmente a las políticas desarrolladas por parte de las Comunidades Autónomas. No se puede olvidar el mayor poder que la nueva disciplina presupuestaria ha concedido al Ministerio de Hacienda; el Gobierno central podrá «condicionar la ejecución presupuestaria de las Comunidades Autónomas, ya que la determinación de objetivos de déficit y deuda muy exigentes, y lo son los que tienen planteados las Comunidades Autónomas supondrá colocar sobre las Comunidades Autónomas de forma permanente la espada de Damocles de las medidas preventivas, coercitivas y correctivas previstas en la Ley Orgánica 2/2012»<sup>71</sup>.

La Ley Orgánica habilita el Gobierno, con base en el artículo 155 de la Constitución, a la adopción de las medidas necesarias para obligar a su cumplimiento forzoso que podrían llegar incluso, a la «adopción de las medidas necesarias para obligar a su cumplimiento forzoso (art. 26), que podrían llegar incluso, previo requerimiento, a la intervención / suspensión de la Autonomía o a la disolución de la Corporación local. Una norma verdaderamente importante, dura (insólita en lo que ha sido nuestra práctica constitucional del Estado de las Autonomías) pero que, a mi modo de ver, es la clave de arco del mandato constitucional, cuya aplicación requerirá, sin duda, notables dosis de firmeza y prudencia»<sup>72</sup>.

Completando el análisis sobre los instrumentos que afectan a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, conectados a la LOEPSF, no se puede olvidar el Real Decreto Ley 21/2012<sup>73</sup>, con el cual se ha reforzado el marco unitario de la Administración del Estado, siendo requerida la autorización central para realizar operaciones instrumentadas en valores y operaciones de crédito en el extranjero. De igual manera, todas las operaciones de crédito de las Comunidades Autónomas, tanto a corto como a largo plazo, deberán ser comunicadas a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. El artículo 9 del Decreto Ley, además, establece la creación de un «Fondo de liquidez autonómico», con naturaleza de fondo sin personalidad jurídica y con el objetivo de sostener la financiación de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo con el Instituto de Crédito Oficial, el ente estatal de gestión del FLA. El FLA, de hecho, «se configura en forma de crédito estatal a las Comunidades Autónomas para proporcionarles liquidez para financiar su deuda, a cambio de cumplir con una serie de condiciones financieras y fiscales, destinadas básicamente a asegurar el cumplimiento de los objetivos de déficit y deuda, así como el reembolso de las cantidades aportadas por el FLA, bajo la supervisión y el control del Gobierno estatal»<sup>74</sup>.

## 5. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) sobre el principio de Estabilidad Presupuestaria, anterior a la reforma constitucional del 2011, se desarrolló, sobre todo, desde la perspectiva

<sup>70</sup> GUERRERO VÁZQUEZ, P., «Freno al endeudamiento autonómico y coerción estatal en la ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», op. cit., 3-4.

<sup>71</sup> CARRASCO DURÁN, M., «Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas», op. cit., 200-201.

<sup>72</sup> RODRÍGUEZ BEREIJO, A., «La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado», op. cit., 29.

<sup>73</sup> Real Decreto Ley 21/2012, de 13 de julio, de Medidas de liquidez de las Administraciones Públicas y en el ámbito financiero (BOE núm. 168, de 14-07-2012).

<sup>74</sup> ALBERTI ROVIRA, E., «El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto, 2013, 63 y ss., 79.

de la evaluación de la existencia de la competencia constitucional, a favor del Estado, para establecer parámetros presupuestarios vinculantes para todas las Comunidades Autónomas<sup>75</sup>.

El TC se pronunció, sobre la relación del principio de Estabilidad Presupuestaria y la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, de manera significativa, en la Sentencia 134/2011<sup>76</sup>. El recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Parlamento de Cataluña y desestimado en su totalidad por el TC, se interpuso frente a diversos preceptos de la Ley 18/2001 y de la Ley Orgánica 5/2001<sup>77</sup>. En realidad, como se ha destacado en relación al recurso, «las dudas de inconstitucionalidad se centraban en esencia en la posible extralimitación competencial cometida por el legislador estatal, señaladamente por haber ido más allá de lo previsto en la normativa europea al imponer el déficit cero, así como en la posible vulneración de la autonomía financiera»<sup>78</sup>.

El TC reconoce que todas las disposiciones que transponen, incluso de una forma indirecta, una regulación ya establecida por el Derecho supranacional, no pueden ser declaradas inconstitucionales, en cuanto todos los Estados miembros, al formar parte de la Unión Europea, aceptan limitaciones de soberanía, incluidas las relativas a la disciplina presupuestaria interna. La única manera para declarar inconstitucional una norma sería la de demostrar, efectivamente, la violación de una competencia autonómica expresa.

Además, sobre la cuestión de la competencia del Estado para la definición del concepto de Estabilidad Presupuestaria, el TC afirmó que «la concepción de la Estabilidad Presupuestaria en términos de equilibrio o superávit que tiene el precepto impugnado se aviene con las competencias del Estado previstas en el art. 149.1.13 y 14 CE, competencias que se ejercen en el marco multilateral de coordinación y cooperación previsto por el legislador orgánico»<sup>79</sup>.

El TC, de la misma manera, desestimó la cuestión de inconstitucionalidad, sobre la Ley 18/2011, relativamente al tema de la aplicación a las Entidades Locales del principio de Estabilidad Presupuestaria. El Tribunal impone un ulterior límite a la autonomía financiera autonómica, especificando que deben considerarse legítimos los controles de legalidad por parte del Estado, a condición de que no sean controles genéricos y que se planteen sobre específicas razones de defensa de la distribución constitucional de las competencias<sup>80</sup>. El TC desestimó los motivos del recurso basándose en dos consideraciones. En primer lugar, el artículo 149.1.13 CE regula la facultad del Estado de establecer reglas generales sobre los presupuestos locales, junto al principio de «coordinación», previsto por el artículo 156.1 de la Constitución.

Dicha disposición constitucional (art. 149.1.13), que atribuye la competencia al Estado sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», ha sido ya interpretada, por parte del TC, como «una competencia de dirección general de la economía que se proyecta en los diversos sectores de la misma y también en materia presupuestaria»<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> Sobre el tema de la constitucionalidad de la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria, véase COSTA CAMPI, M. T., “Sobre la Ley General de Estabilidad Presupuestaria”, en *Revista española de control externo*, núm. 10, 2002, 15 y ss.

<sup>76</sup> STC 134/2011, de 20 de julio de 2011 (BOE núm. 197, de 17-08-2011). Véanse al respecto los siguientes comentarios: URÍA FERNÁNDEZ, F., “Una sentencia oportuna e imprescindible. Comentario a la sentencia 134/2011, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional, sobre determinados preceptos de las leyes de estabilidad presupuestaria”, en García de ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. – ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia un análisis jurisprudencial*, Madrid, 2012, 373 y ss.; además, sobre la Sentencia 134/2011 y la siguiente 157/2011 véanse RUIZ TARRÍAS, S., “De la discusión sobre un «título competencial» a la afirmación de un «mandato constitucional»”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, enero-abril, 2014, 331 y ss. y DE MIGUEL CANUTO, E., “Constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria: fundamentos”, en *Crónica tributaria*, núm. extr. 2, 2012, 43 y ss.

<sup>77</sup> Las disposiciones impugnadas se referían a la definición del principio de Estabilidad Presupuestaria, a la obligación de las Entidades Locales de ajustar el presupuesto para dar cumplimiento al principio de Estabilidad Presupuestaria, a la atribución de competencia para la elaboración del plan económico-financiero al Ministerio de Hacienda para la corrección del desequilibrio, a la aplicación a las Entidades Locales del principio de Estabilidad Presupuestaria para obtener la autorización para la emisión de deuda y a la disciplina de la corrección de las situaciones de desequilibrio del presupuesto de las Comunidades Autónomas.

<sup>78</sup> MEDINA GUERRERO, M., “La reforma del artículo 135 CE”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, 131 y ss., 139.

<sup>79</sup> STC 134/2011, *Fundamentos Jurídicos*, p.to 8.

<sup>80</sup> La consolidada jurisprudencia del TC ha establecido, desde la Sentencia 4/1981 (STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981, BOE núm. 47, de 24-02-1981, *Fundamentos Jurídicos*, p.to 3), que «el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales. En todo caso, los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incida en intereses generales concurrentes con los propios de la entidad, sean del Municipio, la Provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado».

<sup>81</sup> STC 134/2011, *Fundamentos Jurídicos*, p.to 7. Véase, además, como antecedente jurisprudencial sobre este tema, entre otras, la Sentencia 197/1996, de 28 de noviembre de 1996 (BOE núm. 3, Suplemento, de 03-01-1997), especialmente el p.to 4 de los *Fundamentos Jurídicos*.

En segundo lugar, afirma el TC, que no hay violación de las atribuciones constitucionales de las Entidades Locales porque la disciplina que estamos analizando no afecta a su autonomía, en cuanto no es inconstitucional una regulación normativa que prevea la necesaria obtención de una autorización estatal para todas las operaciones de crédito y emisión de deuda (en una situación de desequilibrio presupuestario), por parte de las Entidades Locales, con el claro objetivo de limitar su capacidad de endeudamiento (*Fundamentos Jurídicos*, p.to 14 b)<sup>82</sup>.

El TC, de hecho, considerando constitucionalmente legítimas las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera, afirmó que «la apreciación por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas de si el plan económico-financiero elaborado por éstas se adecua o no al objetivo de Estabilidad Presupuestaria se detiene allí, esto es, no conlleva en el caso de que la apreciación sea negativa la sustitución en la competencia de la Comunidad Autónoma para la elaboración del plan, sustitución que sería inconstitucional<sup>83</sup>, sino que se traduce en un requerimiento a aquélla para que lleve a cabo su reformulación»<sup>84</sup>. En dicha Sentencia, el TC reproduce la que ha sido su consolidada jurisprudencia en materia de política económica general del Estado, afirmando la competencia estatal para establecer previsiones generales comunes para poner freno al endeudamiento general, causado por el Estado mismo y por los niveles intermedios de Gobierno<sup>85</sup>.

En este contexto debe destacarse, al margen de esta Sentencia del TC, el razonamiento del Tribunal, al desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por parte de la Generalitat de Cataluña, el cual para justificar su decisión «recoge la doctrina anterior, de forma ordenada, y afirma no sólo la legitimidad de que el Estado establezca criterios de estabilidad presupuestaria más estrictos que los contenidos en el Derecho de la Unión Europea, sino también la propia justificación de la estabilidad presupuestaria, y la posibilidad de imposición unilateral a los entes subcentrales»<sup>86</sup>.

Finalmente, ha de resaltarse, a diferencia de la posterior Sentencia 215/2015 relativa a la Ley Orgánica 2/2012, que el TC «se pronunció sobre un sistema de Estabilidad Presupuestaria que carecía de un verdadero instrumento sancionador interno y adolecía de una débil previsión sobre la posibilidad de repercutir sobre los entes infractores las eventuales sanciones impuestas por Bruselas. Un sistema, en fin, de más que dudosa eficacia, como lo acreditan los numerosos incumplimientos cometidos por las CCAA»<sup>87</sup>.

La Sentencia 157/2011<sup>88</sup> completó el contenido de la doctrina del TC sobre el principio de Estabilidad Presupuestaria y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de presupuesto, gasto y gestión financiera del Estado en su conjunto.

El recurso, promovido por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias y desestimado por el TC, impugnaba la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria<sup>89</sup>. Siguiendo la clásica postura jurisprudencial, confirmada, en particular, por la citada Sentencia 134/2011, el TC afirma que la noción de Estabilidad Presupuestaria se plantea en el marco de la orientación de la política económica general que el Estado puede dictar, con base en el artículo 149.1.13 de la Constitución española. Además, de conformidad con las Sentencias 62/2001<sup>90</sup> y 134/2011, el TC sostiene la legiti-

<sup>82</sup> Véase, en particular, la consolidada jurisprudencia del TC sobre la facultad estatal de limitar la capacidad de endeudamiento de las Entidades Locales (entre otras, Sentencias 4/1981, 57/1983 y 233/1999).

<sup>83</sup> Entre todas, se vea como precedente jurisprudencial la Sentencia 118/1986, de 27 de junio de 1986 (BOE núm. 276, de 18-11-1986), especialmente el p.to 18 de los *Fundamentos Jurídicos*.

<sup>84</sup> STC 134/2011, *Fundamentos Jurídicos*, p.to 11.

<sup>85</sup> Sobre la jurisprudencia del TC en materia de límites al ejercicio de las competencias en materia económica que pueden afectar al ejercicio de la potestad presupuestaria, véase ESCRIBANO LÓPEZ, F., «La autonomía financiera de las comunidades autónomas: crisis económica, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», en *Revista española de derecho financiero*, núm. 156, 2012, 11 y ss.; asimismo, CARRASCO DURÁN, M., *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, Valencia, 2005.

<sup>86</sup> RUIZ ALMENDRAL, V., «La reforma Constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, septiembre-diciembre, 2009, 89 y ss., 111.

<sup>87</sup> MEDINA GUERRERO, M., «La reforma del artículo 135 CE», op. cit., 144-145.

<sup>88</sup> STC 157/2011, de 18 de octubre de 2011 (BOE núm. 275, de 15-11-2011).

<sup>89</sup> Las disposiciones impugnadas por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias se referían, específicamente, a la definición de Estabilidad Presupuestaria, a la obligación de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de establecer normas reguladoras en materia presupuestaria y los instrumentos y procedimientos necesarios para adecuarlas al objetivo de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y la obligación de formular un plan económico y financiero de saneamiento de una situación excepcional de déficit presupuestario.

<sup>90</sup> STC 62/2001, de 1 de marzo de 2001 (BOE núm. 77, Suplemento, de 30-03-2001).

midad del establecimiento de límites prácticos en el ámbito presupuestario de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

En efecto, el TC ha utilizado diferentes criterios en relación a la interpretación de la competencia sobre las «bases y coordinación de la planificación de la actividad económica», ex artículo 149.1.13, atendiendo a la «apreciación casuística de su incidencia en la economía, en el logro de objetivos de la política económica general, de la unidad económica o de otros principios y objetivos de índole análoga»<sup>91</sup>. Mediante, también, la Sentencia 186/2011<sup>92</sup> el TC ha totalmente confirmado su precedente postura jurisprudencial en el ámbito de aplicación del principio de Estabilidad Presupuestaria a las CC.AA.<sup>93</sup>

En definitiva, como se ha observado claramente en el ámbito de la jurisprudencia del TC sobre el principio de Estabilidad Presupuestaria anterior a la reforma del artículo 135 de la Constitución, todos los pronunciamientos han desestimado los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes que establecían la necesidad de respetar, por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, el principio de Estabilidad Presupuestaria.

La Sentencia 215/2014<sup>94</sup> del TC constituye la primera decisión del TC sobre el principio de Estabilidad Presupuestaria, posteriormente a su constitucionalización, a través del reformado artículo 135 y su desarrollo normativo mediante la L. O. 2/2012. El juicio de constitucionalidad, de hecho, se planteó ante el TC, mediante un recurso interpuesto por el Gobierno de Canarias, en relación con numerosas disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera<sup>95</sup>.

El TC, desestimando todos los motivos de inconstitucionalidad<sup>96</sup>, declaró, al comenzar de su pronunciamiento, que «desde la entrada de España en la Comunidad Económica Europea mediante el Acta de adhesión de 12 de junio de 1985, la Estabilidad Presupuestaria se ha erigido en un instrumento imprescindible para lograr la consolidación fiscal de los Estados miembros»<sup>97</sup>.

Uno de los aspectos más criticados de la LOEPSF, por parte del Gobierno de Canarias, es el artículo 19 de la L. O. 2/2012, cuando se refiere a la «advertencia de riesgo de incumplimiento». El recurrente alegaba que dichas disposiciones vulneraban por un lado el principio de lealtad constitucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, por otro lado, el principio de reserva de ley del artículo 135 de la Constitución, puesto que el riesgo de incumplimiento del objetivo de Estabilidad Presupuestaria convertía en un riesgo excesivamente indeterminado, que podría ser utilizado arbitrariamente, por parte del Gobierno.

<sup>91</sup> STC 186/1988, de 17 de octubre de 1988 (BOE núm. 267, Suplemento, del 07-11-1988). Para profundizar el estudio sobre la competencia en materia de actividad económica, con particular referencia al artículo 149.1.13 CE, véase, por todos, CARRASCO DURÁN, M., «El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica», op. cit., espec. 179 y ss.

<sup>92</sup> STC 186/2011, de 23 de noviembre de 2011 (BOE núm. 306, de 21-12-2011).

<sup>93</sup> Las disposiciones impugnadas se referían, en particular, a la aplicación a las Comunidades Autónomas de los mismos principios generales de la Ley 18/2001, la regulación de la corrección de las situaciones de desequilibrio, la obligación para las Comunidades Autónomas de pedir autorización al Estado para efectuar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda u otra modalidad de crédito público y la configuración del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, como órgano de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia fiscal y financiera, atribuyéndole competencias, especialmente, en el ámbito de la coordinación de la política presupuestaria del Estado y las Comunidades Autónomas (estudio, elaboración y revisión de los métodos utilizados para el cálculo de los costes de los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas, la coordinación en la política de endeudamiento y, en general, todos los aspectos de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas).

<sup>94</sup> STC 215/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29, de 03-02-2015). Véanse, en particular, el comentario crítico de ARROYO GIL, A., «Estabilidad presupuestaria y autonomía territorial», en TUDELA, J. – KÖLLING, M. (coords.), *Costes y Beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis: El caso español*, Zaragoza, 2015, 13 y ss. y, además, GARCÍA ROCA, J. – MARTÍNEZ LAGO, M. A., «La repentina constitucionalidad de la Ley de estabilidad presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre», en *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 54, 2015, 89 y ss.

<sup>95</sup> En particular, el recurso del Gobierno de Canarias se refería al establecimiento, por parte del Estado, de mecanismos de coordinación entre todas las Administraciones Públicas para garantizar el cumplimiento de las previsiones de la reforma constitucional del artículo 135 y de la LOEPSF, a la aplicación de los parámetros establecidos por la Comisión europea para el cálculo del déficit estructural, a la determinación unilateral, por parte del Estado, de los objetivos de Estabilidad Presupuestaria y deuda pública para cada una de las Comunidades Autónomas, a la necesidad de informe favorable por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para la concesión de subvenciones a las Comunidades Autónomas que no hayan cumplido los objetivos de Estabilidad Presupuestaria, deuda pública o regla del gasto, al envío por parte del Gobierno de una comisión de expertos para evaluar la situación económica y financiera de la Comunidad Autónoma o Administración Pública que no haya cumplido los objetivos de Estabilidad Presupuestaria, a la regulación de las medidas de cumplimiento forzoso, a la responsabilidad autonómica por incumplimiento de normas de Derecho comunitario, de competencia interior autonómica.

<sup>96</sup> No obstante, cinco Magistrados discreparon en un voto Particular.

<sup>97</sup> STC 215/2014, *Fundamentos Jurídicos*, p.to 2.

Asimismo, con referencia al citado artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2012, el recurrente afirmaba que resultaba lesionado también el principio de autonomía consagrado en el artículo 137 de la Constitución española, en cuanto el «riesgo» de incumplimiento, a juicio del Gobierno de Canarias, adquiría un carácter demasiado indeterminado, pudiendo dar lugar a las mismas consecuencias ocasionadas por un efectivo incumplimiento del objetivo de Estabilidad Presupuestaria, siendo éste, también, un efecto irracional de la norma.

Frente a estas consideraciones, el TC afirma que «tanto el cumplimiento de los objetivos por parte de cada Administración pública como la labor de verificación del mismo deberá efectuarse de acuerdo con los objetivos de déficit y endeudamiento fijados para cada ejercicio (...) Estamos en presencia de unas medidas que, aun afectando al ámbito de autonomía de las Comunidades Autónomas, deben considerarse legítimas desde el punto de vista constitucional por dirigirse a la corrección de la desviación producida en orden a permitir tanto el cumplimiento de los objetivos individualmente marcados, como la acción homogénea de todos los entes implicados de cara a la consecución del objetivo colectivamente asumido»<sup>98</sup>.

Como ha afirmado parte de la doctrina, «resulta muy dudoso que en el ejercicio de sus competencias para la dirección general de la actividad económica el Estado pueda proponer las medidas necesarias para lograr la corrección de la desviación existente porque ello sea además acorde con la previsión del artículo 135.5 a) CE, ya que este precepto únicamente atribuye a la ley orgánica la regulación de “la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse”. Me parece, en efecto, que de ahí no cabe derivar la posibilidad de que tal ley orgánica habilite en blanco al Estado para la consecución de tal objetivo por los medios que el mismo decida»<sup>99</sup>.

El TC, sin embargo, no atendió esta reclamación, declarando además que «no cabe duda, entonces, de que la Ley Orgánica 2/2012 ha dado debido cumplimiento al mandato previsto en el art. 135.5 CE, que exige la regulación por ley orgánica de la “participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera”, sin que la suficiencia o insuficiencia de la participación del Consejo de Política Fiscal y Financiera, desde esta perspectiva, pueda analizarse, como hace el Gobierno de Canarias, de forma aislada, en cada una de las fases del procedimiento dirigido a corregir las desviaciones en el cumplimiento de los objetivos de Estabilidad Presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto»<sup>100</sup>. En particular, sobre la cuestión de la evaluación de los efectos de la reforma constitucional, el TC declara que «con carácter específico, a las Comunidades Autónomas, se les impone la obligación de adoptar las “disposiciones” y “decisiones presupuestarias” necesarias “para la aplicación efectiva del principio de estabilidad” (art. 135.6 CE). De esta manera, la redacción dada al art. 135 CE consagra unos nuevos límites a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas que condicionan sus políticas de gasto al someterlas no sólo a las políticas que, en materia de Estabilidad Presupuestaria, determine con carácter general el Estado, sino ahora también a las que adopten las propias instituciones europeas»<sup>101</sup>. En relación a esta última afirmación del TC, parte de la doctrina habla de «una interpretación que añade oscuridad al ya de por sí complejo diseño legal de medidas correctivas y coercitivas»<sup>102</sup>. Aquí se plantea nuevamente el tema central en toda la discusión sobre la Estabilidad Presupuestaria: la relación entre la Unión Europea y los Estados miembros y cómo esta relación afecta a la división competencial interna entre el Estados y las Comunidades Autónomas<sup>103</sup>. En virtud de la LOEPSF el

<sup>98</sup> STC 215/2014, *Fundamentos Jurídicos*, p.to 4.

<sup>99</sup> ARROYO GIL, A., “Estabilidad presupuestaria y autonomía territorial”, op. cit., 34.

<sup>100</sup> STC 215/2014, *Fundamentos Jurídicos*, p.to 6.

<sup>101</sup> STC 215/2014, *Fundamentos Jurídicos*, p.to 7. En sentido contrario, la opinión minoritaria de TC plantea, en relación a la incidencia de las medidas coercitivas en la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, una diferente cuestión substancial. De hecho, se afirma que «una cosa es imponer a la Comunidad Autónoma la elaboración de un plan o la comprobación de su idoneidad para alcanzar los objetivos de estabilidad, y otra, bien diferente, sustituir la competencia autonómica para adoptar sus propias políticas mediante la elaboración por el Estado del referido plan. La atribución a la comisión de expertos de autoridad para proponer medidas de cumplimiento obligatorio no sería sino una indebida sustitución de la competencia de una Comunidad Autónoma para adoptar sus propias políticas públicas, políticas que ciertamente deben respetar el objetivo de Estabilidad Presupuestaria» (p.to 2 *Voto particular*).

<sup>102</sup> GUERRERO VÁZQUEZ, P., “Freno al endeudamiento autonómico y coerción estatal en la ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, op. cit., 35.

<sup>103</sup> Los Estados son responsables del cumplimiento de las obligaciones asumidas en ámbito europeo, aunque estas obligaciones no sean concordadas en el espacio jurídico interior al Estado. En esta manera, efectivamente, las CC.AA. reciben directivas del Estado que, a su vez, le recibió por las Instituciones supranacionales. En este sentido véase, como ejemplo paradigmático, cuanto establecido por el Reglamento UE 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para

Estado supervisa los presupuestos autonómicos. Es necesario recordar que la Comisión supervisará la evolución de la situación presupuestaria de cada Estado miembro y de sus niveles de endeudamiento público, de conformidad con el artículo 126, apartado segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Es el propio TC el que, confirmando la desestimación del recurso contra la LOEPSF, debido a los argumentos señalados, sostiene que «son los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea los que tienen la obligación de evitar “los déficits excesivos” (art. 126.1 TFUE) y los que asumen la obligación de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (art. 4.3 TUE), siendo los únicos responsables “de los déficits del gobierno general”»<sup>104</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Abordando el tema de la incidencia del principio de Estabilidad Presupuestaria en la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, es necesario subrayar, en primer lugar, las dificultades concernientes al nuevo enfoque del derecho público en el tema en cuestión<sup>105</sup>.

Las modificaciones del marco estructural, la relación continua entre temas «clásicos»<sup>106</sup> del constitucionalismo contemporáneo, con conceptos al mismo ajenos<sup>107</sup>, ha producido la necesidad de desarrollar un análisis que tenga en cuenta, simultáneamente, la relación entre las dos categorías<sup>108</sup>.

En segundo lugar, debe adherirse a la tesis, que ve de acuerdo a la mayoría de la doctrina constitucionalista italiana y española, por la cual la introducción de la «regla de oro» en las Constituciones nacionales sea la consecuencia de las tensiones en los mercados financieros, provocada por la presión especulativa sobre los títulos de la deuda soberana<sup>109</sup>.

Además, reformas constitucionales que afecten tan profundamente el concepto de «Constitución económica y financiera»<sup>110</sup>, delineando nuevos paradigmas y reglas jurídicas, no tendrían que ser consecuencia de las tensiones en los mercados financieros que, de hecho, ellos mismos determinan estímulos y reacciones previsibles por parte de los Estados.

De hecho, el estudio conecta necesariamente el nivel europeo (o, en el caso de los mercados financieros, global) y el nivel nacional, con la consecuencia en que, mediante la introducción de la «regla de oro», se produce la translación en el ordenamiento interno de parámetros económicos externos a la dimensión nacional.

Los Estados (y, específicamente, los Gobiernos), de hecho, tienen que legitimarse no solo frente a los ciudadanos, sino también frente a los mercados internacionales.

---

el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro, donde se establece que los Estados miembros de la zona euro deben consultarse con las Instituciones europeas para introducir, a nivel nacional, modificaciones sobre composición y disciplina jurídica de los presupuestos.

<sup>104</sup> STC 215/2014, *Fundamentos Jurídicos*, p.to 9.

<sup>105</sup> Sobre el nuevo enfoque del derecho público véase, por todos, BILANCIA, F., “Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell’autonomia locale?”, en *Diritto Pubblico*, 1/2014, 45 y ss. y MANGIAMELLI, S., “Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico (relazione introduttiva al XXVIII Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti)”, en *Rivista AIC*, 4, 2014, espec. 1-19.

<sup>106</sup> En particular, conceptos como soberanía, Constitución, Autonomía local, relación entre Gobierno y Parlamento.

<sup>107</sup> Como, por ejemplo, *spending review*, *subprime*, *Fiscal compact*, Estabilidad Presupuestaria, crisis de la deuda soberana, sostenibilidad financiera, etc.

<sup>108</sup> Véase, entre todos, BILANCIA, F., “Juridification, società civile e identità nazionale nel processo di integrazione europea”, en *Diritto Pubblico*, 3/2016, 937 y ss.

<sup>109</sup> En este sentido BILANCIA, F., “Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio”, en *Rivista AIC*, 2/2012, espec. 2 y ss.; BRANCASI, A., “L’introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione”, en *Forumcostituzionale.it*, espec. 4 y ss.; GRASSO, G., *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012, espec. 93 y ss.; CARMONA CONTRERAS, A. M., “Costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio e limiti alla sovranità statale: l’esperienza della riforma costituzionale in Spagna”, op. cit., espec. 245 y ss.; MEDINA GUERRERO, M., “La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 165, julio-septiembre, 2014, 189 y ss.; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución”, op. cit., espec. 172 y ss.; RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, op. cit., espec. 249 y ss.; LÓPEZ AGUILAR, F., “De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «expres»”, op. cit., espec. 208 y ss.

<sup>110</sup> Sobre el tema de la evolución de la Constitución económica y financiera, también en óptica comparada, véase, en particular, CASSESE, S. (cur.), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; DI PLINIO, G., *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Milano, 2005; CERRINA FERONI, G. – FERRARI, G. F. (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012; SAIITTO, F., “«Costituzione finanziaria» ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore»”, en *Rivista AIC*, 1, 2017, espec. 2 y ss.

Y, además, el papel desempeñado por parte del TC, anteriormente y posteriormente a la reforma constitucional de 2011, aprobó, de hecho, la progresiva recentralización competencial, justificando las acciones estatales con la necesidad, por un lado, de garantizar la sostenibilidad financiera del Estado (en particular frente a los mercados y a la Unión europea) y, por otro lado, el título competencial contenido en el artículo 149.1.13, que atribuye la competencia al Estado sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», ha sido interpretado, por parte del TC, como «una competencia de dirección general de la economía que se proyecta en los diversos sectores de la misma y también en materia presupuestaria».

La STC 215/2014, en particular, se plantea en continuidad con su propia jurisprudencia histórica sobre la regulación estatal en materia de gasto y presupuesto, aunque en este caso autonómico, y que produce una afectación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, al ser unilateral la fijación de los límites de gasto y deuda pública, el establecimiento de los objetivos presupuestarios y el análisis del cumplimiento de dichos límites<sup>111</sup>.

Como ha sido afirmado con autoridad, las reformas constitucionales en época de crisis económica y financiera ha sido la «risposta in chiave essenzialmente politica per affrontare un momento assai complicato e piuttosto eccezionale. La revisione costituzionale è stata perseguita, dunque, come segnale chiaro lanciato agli attori che reggono la *governance* económica europea e a quelli che controllano i mercati finanziari, sottolineando decisamente e senza alcun margine di dubbio che la Spagna prendeva sul serio gli obblighi europei relativi al bilancio e al controllo del *deficit* e del debito pubblico»<sup>112</sup>.

Las reglas de gasto, de Estabilidad Presupuestaria y de Sostenibilidad Financiera, por otro lado, no pueden considerarse como un fenómeno de forma inesperada, debido únicamente a la crisis económica. De hecho, no se puede olvidar que una considerable afectación de la soberanía estatal, específicamente en tema de reglas presupuestarias, monetarias y financieras, debe ser encontrada en el Tratado de Maastricht<sup>113</sup>. En este ámbito, parte de la doctrina, estudiando el impacto directo del derecho europeo sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, ha especificado que «la justificación técnico-jurídica de las excepciones a la operatividad del principio de autonomía institucional o, si se quiere expresar de manera más clara a los efectos concretos de este trabajo, de la recentralización competencial en los ámbitos de la seguridad industrial y del medio ambiente se encuentra en última instancia, y siempre en mi opinión, en el juego del principio de primacía del Derecho europeo. En este caso, en concreto, en la primacía de normas comunitarias sobre preceptos de rango constitucional (las reglas 13.<sup>a</sup> y 23.<sup>a</sup> del apartado 1 del art. 149 CE), en la interpretación hecha de los mismos por nuestro Tribunal Constitucional a la hora de enjuiciar dos normas reglamentarias (el Real Decreto 2140/1985 y el Real Decreto 85/1996), que constituyen una proyección de dichos preceptos constitucionales»<sup>114</sup>.

En relación con la fijación de los objetivos de Estabilidad Presupuestaria y deuda pública, del Estado y de las Comunidades Autónomas, habría sido una ulterior y decisiva garantía de las competencias autonómicas y, en general, de la equilibrada distribución de los objetivos entre todas las Administraciones Públicas que componen el ordenamiento jurídico español, otorgarle un papel relevante, en este ámbito, a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF), instituida por la Ley Orgánica 6/2013<sup>115</sup>.

La AIREF<sup>116</sup> puede elaborar informes, opiniones y estudios sobre la sostenibilidad del presupuesto y del endeudamiento de las Administraciones Públicas. Además, el incumplimiento reiterado del deber de colaboración de las Administraciones Públicas con la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal puede (previa audiencia del sujeto incumplidor) llevar aparejada la imposición de las medidas automáticas de corrección<sup>117</sup>.

<sup>111</sup> Postura jurisprudencial del TC confirmada, en particular, mediante las recientes Sentencias 18/2016, 31/2016, 101/2016, 93/2017 y 107/2017.

<sup>112</sup> CARMONA CONTRERAS, A. M., "Costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio e limiti alla sovranità statale: l'esperienza della riforma costituzionale in Spagna", op. cit., 239.

<sup>113</sup> Para un análisis del concepto de «soberanía» en el ordenamiento jurídico multinivel véase, entre todos, BOSIO, A. – DELLAVALLE, S., "Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare", in *Costituzionalismo.it*, Fasc. 3, 2016.

<sup>114</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La recentralización de competencias en España por imperativo del derecho europeo", op. cit., 31.

<sup>115</sup> El artículo 2 de la L. O. 6/2013 atribuye a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal la finalidad de "garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de Estabilidad Presupuestaria (...), mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas".

<sup>116</sup> La AIREF es un órgano autónomo e independiente, con naturaleza consultiva, que colabora con la evaluación del cumplimiento de las previsiones del reformado artículo 135 CE y de la LOEPSF.

<sup>117</sup> Corresponde al Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal la apreciación del incumplimiento grave o reiterado. Aclarado el incumplimiento del deber de colaboración, el Presidente de la AIREF lo comunicará al Gobierno español y a las Cortes Generales.

Sin embargo, el ap.do 5 del art. 4 de la L. O. 6/2013 establece que «las funciones de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal previstas en este artículo se ejercerán sin perjuicio de las que la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas reconoce al Consejo de Política Fiscal y Financiera». Aquí, efectivamente, hay un problema competencial y metodológico claro. ¿Quién es el que realmente evalúa y controla la situación de eventual incumplimiento de los objetivos presupuestarios y de endeudamiento público?

Analizando la L. O. 2/2012 parece claro que la fijación de los límites y la evaluación del cumplimiento de los mismos, incluidas la evaluación de los planes económicos-financieros y de reequilibrio de la situación de incumplimiento, es una competencia atribuida al Consejo de Política Fiscal y Financiera. Sin embargo, la introducción de la AIREF añade, en el marco normativo interno otro organismo que puede evaluar el cumplimiento de los objetivos presupuestarios y de endeudamiento público.

Por su condición de Autoridad independiente, prever un papel más relevante, en particular referido a la imposición de los planes de reequilibrio en casos de incumplimiento, habría sido una importante garantía de imparcialidad entre las Administraciones Públicas y, además, una relevante garantía del respecto del principio constitucional de autonomía financiera autonómica.

Por otro lado, el proceso de modificación del régimen presupuestario interno, junto al reforzamiento de las reglas europeas en tema de gasto y sostenibilidad financiera, ha producido, en consecuencia, que «la sovranità dello Stato spagnolo dopo la riforma del 2011 si sia indebolita in modo non certo marginale»<sup>118</sup>.

La autonomía financiera, cerrada entre los estrechos espacios dejados por la regulación constitucional y su posterior desarrollo normativo, deja todavía más central el debate sobre la efectiva, real autonomía, en particular financiera, que queda en la disponibilidad de las Comunidades Autónomas. De esta manera, la crisis económica y financiera ha producido (explícitamente en el caso italiano, implícitamente en el caso español) una progresiva recentralización<sup>119</sup> de las competencias, de tal manera que el principio de autonomía, local y regional, constitucionalmente garantizado, resulta fuertemente atenuado<sup>120</sup>.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DE LUQUE, L. – ROSADO IGLESIAS, G., “La estabilidad presupuestaria y su eventual proyección en el Estado de las Autonomías”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, enero-abril, 2001, 9 y ss.
- ALBERTI ROVIRA, E., “El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto, 2013, 63 y ss., 79.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La recentralización de competencias en España por imperativo del derecho europeo”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 18, 2014.
- ARIAS ABELLÁN, M. D., “Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las Comunidades Autónomas”, en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 18, octubre, 2013, 126 y ss.
- ARROYO GIL, A., “Estabilidad presupuestaria y autonomía territorial”, en TUDELA, J. – KÖLLING, M. (coords.), *Costes y Beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis: El caso español*, Zaragoza, 2015.
- BAR CENDÓN, A., “La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión europea”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, 59 y ss.
- BILANCIA, F., “Juridification, società civile e identità nazionale nel processo di integrazione europea”, en *Diritto Pubblico*, 3, 2016, 937 y ss.
- BILANCIA, F., “Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?”, en *Diritto Pubblico*, 1, 2014, 45 y ss.
- BILANCIA, F., “Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio”, en *Rivista AIC*, 2, 2012, espec. 2 y ss.
- BOSIO, A. – DELLAVALLE, S., “Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare”, in *Costituzionalismo.it*, Fasc. 3, 2016.
- BRANCASI, A., “L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione”, en *Forumcostituzionale.it*, espec. 4 y ss.

<sup>118</sup> CARMONA CONTRERAS, A. M., “Costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio e limiti alla sovranità statale: l'esperienza della riforma costituzionale in Spagna”, op. cit., 250.

<sup>119</sup> Sobre el proceso de recentralización de las competencias en el ordenamiento jurídico italiano se vea, en particular, MANGIAMELI, S., *Le Regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Milano, 2013, espec. 39 y ss.

<sup>120</sup> En tema de centralización de las competencias, debido también al impacto del derecho europeo sobre el Estado autonómico español véanse ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La recentralización de competencias en España por imperativo del derecho europeo”, op. cit., espec. 30 y ss.; URRUTIA LIBARONA, I., “Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias”, op. cit., espec. 9 y ss.

- CARMONA CONTRERAS, A. M., “Costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio e limiti alla sovranità statale: l’esperienza della riforma costituzionale in Spagna”, en MARSOCCHI, P. (coord.), *Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo*, Napoli, 2016.
- CARRASCO DURÁN, M., “Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas”, en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 18, octubre, 2013.
- CARRILLO, M., “Constitución y control de las finanzas públicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto, 2014.
- CARRASCO DURÁN, M., *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, Valencia, 2005.
- CASSESE, S. (cur.), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2012.
- CAZORLA PRIETO, L. M., “Comentario al Artículo 135 de la Constitución española”, en GARRIDO FALLA, M. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, 2.054 y ss.
- CERRINA FERONI, G. – FERRARI, G. F. (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012.
- CLOSA MONTERO, C., “Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 165, julio-septiembre, 2014, 65 y ss.
- COSIMO, E. D., “En búsqueda de la soberanía perdida. El principio del equilibrio presupuestario entre la coordinación constitucional y la reforma de la gobernanza económica de la unión europea”, en ÁLVAREZ CONDE, E. – SOUTO GALVÁN, C. (coords.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2012, 85 y ss.
- COSTA CAMPI, M. T., “Sobre la Ley General de Estabilidad Presupuestaria”, en *Revista española de control externo*, núm. 10, 2002, 15 y ss.
- DE LA HUCHA CELADOR, F., “La reforma del artículo 135 de la Constitución: Estabilidad presupuestaria y deuda pública”, en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153, 2012, 21 y ss.
- DE LA HUCHA CELADOR, F., “Comentario al Artículo 135 de la Constitución”, en CASAS BAAMONDE, M. E. – Rodríguez Piñero y BRAVO FERRER, M. (coords.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2009, 2.049 y ss.
- DE MIGUEL CANUTO, E., “Constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria: fundamentos”, en *Crónica tributaria*, núm. extr. 2, 2012, 43 y ss.
- DI PLINIO, G., *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Milano, 2005.
- ESCRIBANO LÓPEZ, F., “La autonomía financiera de las comunidades autónomas: crisis económica, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, en *Revista española de derecho financiero*, núm. 156, 2012, 11 y ss.
- GALÁN GALÁN, A., “La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (nueva época)*, núm. extraordinario, enero, 2015, 1 y ss. <https://doi.org/10.24965/reala.v0iextra.10225>.
- GALÁN VIOQUE, R., “La Administración General del Estado”, en GOSALBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Madrid, 2016, 153 y ss.
- GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, 2001, espec. 209 y ss.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “En torno al concepto de estabilidad presupuestaria en España”, en GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (coord.), *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, Madrid, 2004, 19 y ss., espec. 27 y ss.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “La reforma del artículo 135 de la Constitución española”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, enero-abril, 2012, 31 y ss.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012.
- GARCÍA ROCA, J., “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento”, en *Crónica presupuestaria*, 1, 2013, 40 y ss.
- GARCÍA ROCA, J. – MARTÍNEZ LAGO, M. A., “La repentina constitucionalidad de la Ley de estabilidad presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre”, en *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 54, 2015, 89 y ss.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., “Principios de buena regulación y evaluación de su cumplimiento”, en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector Público*, Valencia, 2016, 2.539 y ss., 2.561.
- GRASSO, G., *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012, espec. 93 y ss.
- GUERRERO VÁZQUEZ, P., “Freno al endeudamiento autonómico y coerción estatal en la ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 23, 2016.
- LÓPEZ AGUILAR, F., “De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «expres»”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, 199 y ss.
- MANGIAMELI, S., “Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico (relazione introduttiva al XXVIII Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti)”, en *Rivista AIC*, 4, 2014, espec. 1-19.

- MANGIAMELI, S., *Le Regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Milano, 2013, espec. 39 y ss.
- MARTÍNEZ LAGO, M. A., “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, en GARRIDO, D. L. – MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (coords.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2013, 131 y ss., 153-154.
- MARTÍNEZ LAGO, M. A., “Crisis Fiscal, Estabilidad presupuestaria y reforma Constitucional”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, 10 y ss., espec. 17.
- MEDINA GUERRERO, M., “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, en *Revista de Estudios Regionales*, núm. 105, 2016.
- MEDINA GUERRERO, M., “El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto, 2013.
- MEDINA GUERRERO, M., “La reforma del artículo 135 CE”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012.
- MEDINA GUERRERO, M., “La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 165, julio-septiembre, 2014, 189 y ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “¿Cómo se derivan entre las Administraciones españolas las responsabilidades financieras por el incumplimiento del derecho de la Unión europea?”, en *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 51, mayo-agosto, 2015, 537 y ss.
- PEMAN GAVIN, J. M., “Crisis económica y cambios institucionales en Europa y en España”, en EZQUERRA HUERVA, A. (coord.), *Crisis económica y Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), 2016, 27 y ss., 57.
- RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., *La Constitución fiscal de España. Tres estudios sobre Estado social de Derecho, sistema tributario, gasto público y estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., *La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado*, Madrid, 2005.
- RUIZ ALMENDRAL, V., “La reforma Constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, septiembre-diciembre, 2009, 89 y ss.
- RUIZ TARRÍAS, S., “De la discusión sobre un «título competencial» a la afirmación de un «mandato constitucional»”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, enero-abril, 2014, 331 y ss.
- SAITTO, F., “«Costituzione finanziaria» ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore»”, en *Rivista AIC*, 1, 2017, espec. 2 y ss.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., “La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, 409 y ss., 414.
- TEJERIZO LÓPEZ, J. M., “Comentario al Artículo 135: Deuda Pública”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (coord.), *Comentario a la Constitución española del 1978*, Madrid, 1996, 345 y ss.
- URÍA FERNÁNDEZ, F., “Una sentencia oportuna e imprescindible. Comentario a la sentencia 134/2011, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional, sobre determinados preceptos de las leyes de estabilidad presupuestaria”, en García de ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. – ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia un análisis jurisprudencial*, Madrid, 2012, 373 y ss.
- URRUTIA LIBARONA, I., “Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A. – LOIS GONZÁLEZ, M. I. – DIZ OTERO, I. (coords.), *Crisis, Derechos Sociales e Igualdad*, Valencia, 2015.



## Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano<sup>1</sup>

*Economic crisis and protection of social right in Europe.  
Reflections from the Italian perspective*

Gianluca Gardini  
Universidad de Ferrara  
gianluca.gardini@unife.it

### NOTA BIOGRÁFICA

Gianluca Gardini enseña Derecho administrativo y Derecho público de la información en la Universidad de Ferrara y es actualmente: Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara; Profesor estable de Derecho Administrativo en la Escuela de Postgrado en Estudios de Administración Pública (SP.I.S.A.) de la Universidad de Bolonia; Director Científico de la Revista *Le Istituzioni del Federalismo*; Defensor del pueblo de la región de Emilia Romagna. Fue Presidente de 2008 a 2013 del Comitato Regionale delle Comunicazioni (CORECOM) dell'Emilia Romagna.

### RESUMEN

La idea de fondo que se pretende presentar en este artículo es que el Estado Social puede favorecer una mejor convivencia entre las personas y, en virtud de la cohesión e integración civil que las prestaciones que el mismo puede garantizar, representa un importante factor de pacificación social en tiempo de crisis. Esta tesis se desarrolla a partir de la experiencia italiana frente a la crisis económica.

### PALABRAS CLAVE

Derechos sociales; Europa; Italia.

### ABSTRACT

The basic idea of this article is that the welfare state can favor a better coexistence among people and, through the cohesion and civil integration that the welfare state can guarantee, represents a fundamental factor of peace in times of crisis. This idea is developed moving from the Italian experience facing the economical crisis.

### KEYWORDS

Social Rights; Europe; Italy.

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LOS CUALES SE FUNDAMENTA EL ESTADO SOCIAL EN ITALIA. 3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS SOCIALES. 4. INTEGRACIÓN EUROPEA Y DERECHOS SOCIALES. 5. EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES. 6. BREVES CONSIDERACIONES FINALES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

<sup>1</sup> Una versión más reducida y antigua de este artículo va a ser publicada en *Libro Homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*.

## 1. INTRODUCCIÓN

La idea de fondo que se pretende presentar en este artículo es que el Estado Social puede favorecer una mejor convivencia entre las personas y, en virtud de la cohesión e integración civil que las prestaciones que el mismo puede garantizar, representa un importante factor de pacificación social.

Una equitativa distribución de los recursos y de las oportunidades dentro de la comunidad, unida a la satisfacción de las exigencias fundamentales de los individuos que la componen, puede contribuir eficazmente a rebajar las tensiones sociales, reducir la violencia y el crimen y contener la exclusión y la marginación.

Sin embargo, la crisis económica ha demostrado cómo la protección de los derechos sociales no es absoluta, sino que está ligada a las necesidades expresadas por la sociedad en un determinado momento histórico. Por un lado, las limitaciones económicas debidas a la crisis han producido una evidente disminución en el nivel de protección de ciertos derechos sociales, que en esta recesión demuestran más que nunca su verdadera naturaleza de derechos condicionados por los recursos disponibles y su consiguiente debilidad; por otro lado, la crisis ha producido, como consecuencia, un aumento significativo del contencioso derivado de la (presunta) violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

La perspectiva del ordenamiento italiano se revela idónea para examinar la evolución de los derechos sociales en época de crisis económica. Por lo tanto, la primera parte del análisis se centrará en el caso italiano, con especial referencia a la protección de los derechos sociales y a los principios constitucionales sobre los cuales se fundamenta el Estado Social en Italia.

De manera particular, la tesis de que el fortalecimiento del Estado Social puede favorecer una mejor convivencia entre las personas, especialmente en las épocas de crisis, va a ser articulada en cuatro puntos fundamentales:

1. Los principios constitucionales sobre los cuales se fundamenta el Estado Social en Italia.
2. El rol de la jurisprudencia constitucional en la implementación de los derechos sociales.
3. La integración europea y los derechos sociales.
4. El impacto de la crisis económica sobre los derechos sociales.

## 2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LOS CUALES SE FUNDAMENTA EL ESTADO SOCIAL EN ITALIA

La Constitución Italiana carece de una afirmación explícita, análoga a la de la *Grundgesetz* alemana, que califique la forma de Estado como social.

El Constituyente se contentó, por lo tanto, con la proclamación del principio democrático, evitando introducir referencias respecto de su dimensión «social». En los años 70, Massimo Severo Giannini llegó incluso a negar cualquier utilidad definitoria de la noción de Estado Social, que consideraba una mera indicación política o morfológica de la forma de Estado<sup>2</sup>. No obstante, ha sido ampliamente debatido que la Constitución del 1948 ha dado vida a una forma de Estado radicalmente diferente al Estado liberal precedente al fascismo y que el adjetivo «social» tiene actualmente una connotación jurídica e, incluso, política<sup>3</sup>.

Pero ¿qué debe entenderse exactamente por «derechos sociales»?

Los derechos sociales han sido tradicionalmente considerados como «derechos de segunda generación» respecto de los derechos de libertad. La clave se encuentra en que los derechos humanos, al ser concebidos como derechos naturales, terminan por relacionarse con aquello que representa la regla esencial: la evolución. Los derechos humanos son entonces una categoría en expansión, la cual, por lo tanto, no es estática ni se encuentra congelada en el tiempo. Su protección, en particular, no es absoluta, sino que está ligada a las necesidades expresadas por la sociedad en un determinado momento histórico.

Por lo tanto, lo que parece crucial en una determinada época no tiene por qué serlo en una ulterior; así, resulta problemático consagrar en términos absolutos derechos que, desde un punto de vista histórico, pueden ser relativizados<sup>4</sup>: por ejemplo, el derecho de propiedad, considerado imprescindible en las declaraciones del siglo XVIII, sufrió posteriormente una serie de limitaciones a favor de otros derechos.

<sup>2</sup> Cfr. GIANNINI, M. S., "Stato sociale: una nozione inutile", in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milán, 1977, pág. 141.

<sup>3</sup> FOIS, S., "Analisi delle problematiche fondamentali dello «Stato sociale»", *Diritto e Società*, 1999, pág. 163; RIMOLI, F., "Stato sociale", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2004, XX.

<sup>4</sup> BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Turín, 1990, pág. 13.

Sobre esta base, la doctrina ha identificado varias «generaciones» de derechos fundamentales, en función de las diversas épocas históricas. La primera generación de derechos humanos es aquella de los derechos tradicionales, consagrados en las Constituciones liberal-democráticas. Estos derechos son reconocidos en forma de libertades predominantemente negativas, especialmente reclamados frente al Estado: «libertad de» (*freedom from*), con base en la cual un sujeto tiene la capacidad de actuar o de no actuar sin verse compelido en un sentido u otro por otros sujetos, en particular por las autoridades públicas.

La segunda generación de derechos humanos está representada por los derechos sociales, políticos y económicos. Estos consisten en peticiones específicas dirigidas al Estado, y ya no en una simple ausencia de limitaciones por parte de este último. Con la transformación de los Estados modernos y el desarrollo constante de sus funciones, a las denominadas libertades negativas se les unieron una serie de reclamaciones respecto del poder público, con el fin de obtener prestaciones que contribuyeran a reequilibrar las posiciones de los particulares dentro de la sociedad. Se trata de las llamadas libertades positivas, las cuales presuponen un mayor compromiso estatal, ya que para su realización ya no es suficiente la simple proclamación o reconocimiento del derecho en un texto constitucional, sino que requieren de un «hacer positivo» por parte del Estado. Frente a estas libertades, algunos incluso hablan de «libertad en el» Estado, en el sentido de referirse a los derechos que permiten la participación dentro del poder político, tales como el derecho al voto, de asociación en partidos políticos, etc.; o de «libertad mediante» (*freedom through*) el Estado, por cuanto están dirigidas a compensar las diferencias sustanciales entre los ciudadanos, por parte de los poderes públicos<sup>5</sup>. Respecto de los derechos sociales, o de segunda generación, sin embargo, el horizonte sigue siendo el institucional, donde el Estado es un parámetro y un punto de referencia de las diversas tipologías de derechos.

El advenimiento de los derechos de tercera generación rompe con esta configuración, e introduce una categoría de situaciones subjetivas que prescinden del Estado y de la autoridad nacional, dirigiéndose a la protección de los valores absolutos y globales, incluyendo el derecho a la paz, el derecho al desarrollo de los pueblos, el derecho al medio ambiente, y el derecho al patrimonio común de la humanidad y su conservación. Mientras algunos niegan la autonomía conceptual de estos nuevos derechos, creyendo que simplemente representan la expansión y la evolución de los derechos de las generaciones precedentes, otros ya han comenzado a teorizar sobre una cuarta generación de derechos, relacionados con recientes desarrollos tecnológicos, tales como el derecho a la reducción de la brecha digital, los derechos sobre el uso y las aplicaciones de la investigación biogenética, etc.

Volviendo a los derechos sociales, la presencia de estos últimos junto con los tradicionales derechos de libertad representa una novedad de gran importancia con respecto al pasado constitucional italiano: gracias a estos nace el esquema de una nueva idea de sociedad, en la cual las intervenciones a favor de los sujetos en condiciones de desventaja buscan reducir las diferencias sociales, sobre la base del principio de solidaridad que inspira la Constitución; al mismo tiempo, los derechos sociales constituyen el fundamento de una nueva idea de *persona* y las posibilidades de realización de su potencial.

El fundamento del modelo de Estado Social está contenido en el art. 3, inciso 2 de la Constitución italiana, considerada, justo por esta disposición, la piedra angular de nuestro sistema constitucional. Tal norma confía a la República la tarea de «*suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*».

A esta disposición de carácter general se asocian las normas constitucionales que prevén derechos sociales directamente relacionados con el desarrollo de la persona: obsérvese el art. 32 Const., que consagra el derecho a la salud; el art. 34 Const., referente al derecho a la instrucción; el art. 36 Const., relativo al derecho a una existencia libre y decorosa; el art. 38 Const., concerniente al derecho de los incapaces al mantenimiento y a la asistencia social, etcétera.

La particularidad en comparación con el modelo alemán es que todos los derechos sociales codificados por la Constitución italiana se refieren a sus titulares, las personas, mientras que en el ordenamiento alemán se hace especial referencia al nivel institucional competente para garantizar estos derechos. En otras palabras, en la Constitución italiana los derechos sociales se construyen como *derechos subjetivos*, centrados en la persona titular de los mismos; mientras que en la *Grundgesetz* alemana, en cambio, los derechos

<sup>5</sup> BARBERA, A.; COCOZZA, F.; CORSO, G., «Le situazioni soggettive», en AMATO, G.; BARBERA, A., *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1997.

sociales se consagran en función de su dimensión objetiva, como títulos competenciales para el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Respecto de esta formulación «objetiva», sin embargo, en el ordenamiento alemán no ha habido un verdadero debate sobre la naturaleza individual o subjetiva de los derechos sociales, puesto que estos siempre han sido considerados derechos de la persona, a pesar de su reglamentación constitucional; en Italia, en cambio, ha sido ampliamente controvertida la existencia de un auténtico derecho a las prestaciones sociales y de una acción efectiva frente a una autoridad judicial ejercitable por sus titulares, a pesar de la caracterización subjetiva que tales derechos reciben en nuestra Carta Constitucional<sup>6</sup>.

Otro punto problemático se refiere a la relación entre el artículo 3, párrafo 2.º, y el artículo 2 Const., es decir, entre los derechos sociales y las libertades individuales. En particular, el art. 2 Const. reconoce y codifica los derechos humanos fundamentales, basando el funcionamiento del Estado en su realización:

*«La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social».*

Con esta redacción, el artículo 2 representa una de las disposiciones más innovadoras y, al mismo tiempo, más controvertidas de toda la Constitución italiana. La principal aportación de esta norma viene representada por el uso del verbo «reconocer», que se refiere a la idea de un conjunto de derechos precedente o, incluso, de índole iusnaturalista y fundamental respecto del Estado y del poder político. Sin embargo, esta formulación responde a un componente católico presente en la Asamblea Constituyente, incluyendo así la referencia implícita a sistemas normativos extra y pre-jurídicos, es decir, sistemas de normas morales sobre los que se sustentan los derechos humanos. Para el componente laico y positivista, por el contrario, dicha referencia sólo se acepta como énfasis de la importancia de los derechos humanos dentro de nuestro ordenamiento.

Además de reconocerlos, el artículo 2 de la Constitución también dispone la obligación del Estado de «garantizar» estos derechos, revelando que a menudo los derechos humanos consisten en posiciones subjetivas no autosuficientes, que requieren de una intervención activa (libertades positivas) por parte del poder político para su plena realización. Los derechos sociales existen gracias al apoyo del Estado y, por lo tanto, requieren de recursos para ser realizados y garantizados. Al mismo tiempo, la idea de garantía se refiere a la necesidad de protección judicial, por medio de un aparato sancionatorio idóneo, en caso de violación de dichos derechos.

La inviolabilidad, a su vez, limita la posibilidad de incidir en el contenido y en la efectividad de estos derechos, válida tanto frente a los otros asociados, como frente a las autoridades públicas, e incluso frente al mismo titular: los derechos «naturales» del hombre pueden ser ejercidos frente a todos (absolutos), no pueden cederse por la voluntad de su titular (inalienables), no pueden ser objeto de disposición mediante actos de voluntad (indisponibles e irrenunciables) y no se pueden extinguir por falta de ejercicio por parte de su titular (imprescriptibles).

Pero el aspecto más interesante del debate sobre la interpretación del artículo 2 de la Constitución se refiere al alcance de su contenido: la doctrina positivista propuso una lectura, en un primer momento prevalente, que consideraba la disposición como taxativa, pues la misma incluía, a su juicio, anticipaciones y síntesis de los derechos sucesivamente codificados por los artículos 13 y siguientes. Según esta visión, el artículo 2 no añade nada nuevo a los derechos individuales expresamente previstos en la primera Parte de la Constitución, sino que simplemente cumple con una función «sinóptica» respecto de los derechos consagrados por las otras normas constitucionales. Una segunda tesis, que ha encontrado pleno reconocimiento por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera, en cambio, que el artículo 2 Const. introduce una norma abierta, dotada de una función enunciativa. Así, la disposición actúa como una especie de válvula de entrada que permite la inserción y la integración en nuestra Carta Política de los nuevos valores que, en el curso del tiempo, son expresados por la sociedad y por la conciencia colectiva.

De acuerdo con la tesis historicista, referida previamente, el nacimiento y la protección de los derechos están estrechamente ligados con las necesidades que la sociedad manifiesta en un determinado momento histórico y con los avances de la técnica y de las Ciencias Sociales (Filosofía, Ética, Política, etc.), de modo

<sup>6</sup> ALBANESE, A., *Il modello sociale italiano e la sua attuazione*, Relazione svolta al dottorato di Dottorato Scienze Giuridiche, Università di Bologna, 19 de febrero de 2015.

que los valores y los derechos que en una época no fueron reconocidos, en períodos posteriores son pacíficamente aprobados y protegidos.

Tradicionalmente, los derechos de libertad se han considerado contrarios a los derechos sociales: mientras que frente a los derechos de libertad, la soberanía del Estado se retrae espontáneamente para darle espacio al disfrute de las libertades personales, protegiendo así su satisfacción y garantía, de cara a las exigencias prestacionales, la soberanía estatal no debe contenerse dentro de un perímetro, sino que debe actuar mediante actividades administrativas o materiales que permitan la producción de las prestaciones esperadas y efectivamente exigidas. De lo anterior se desprende que, sobre la base de una (polémica) reconstrucción teórica, los derechos subjetivos se caracterizan por su capacidad de resistir la acción de los poderes públicos (las libertades) o de provocar eficazmente su actuación (los derechos sociales)<sup>7</sup>.

La relación entre el artículo 2 de la Constitución italiana (en particular, en la medida en que reconoce y protege los derechos de libertad, incluidos los de naturaleza económica) y el artículo 3 II c. ha sido considerada durante mucho tiempo como antagónica, en razón del valor redistributivo intrínseco al principio de igualdad sustancial y de su capacidad limitativa de la esfera jurídica de unos a favor de otros. En los años inmediatamente posteriores a la promulgación de la Constitución, la tesis de la tensión irresoluble entre los derechos de la libertad y los derechos sociales ha sido apoyada tanto por autores liberales como por autores movidos por una lógica diametralmente opuesta. Se cree que «mediante los derechos de libertad, de hecho, el individuo esencialmente le pide al Estado abstenerse y con la abstención del Estado (y, por supuesto, también de terceros, individuales y colectivos) la libertad resulta protegida, pues el titular de la misma puede elegir libremente cómo utilizar el espacio que queda libre (a su favor) por el derecho». Por lo tanto, el «individuo tiene entonces a su disposición la posibilidad de elegir respecto del ejercicio (positivo o negativo) de la libertad». Por el contrario, frente al derecho social, «el particular puede exigir del Estado una intervención tendente a garantizar una prestación o prestar un servicio, que puede ser asistencia sanitaria, educación, vivienda, etc.»<sup>8</sup>.

La Corte Constitucional, por el contrario, ha afirmado durante mucho tiempo el carácter meramente programático de los derechos sociales, cuya puesta en práctica y garantía depende de la iniciativa de los poderes públicos. Por lo tanto, según la Corte, no existiría un derecho absoluto a las prestaciones sociales, sino un derecho condicionado a la disponibilidad económica y a las evaluaciones discrecionales de los gobiernos pro-tempore. En este sentido, las libertades civiles y los derechos sociales estarían divididos por la misma diferencia que separa a los derechos absolutos y a los derechos de crédito: las libertades están dotadas de garantía constitucional inmediata y de protección plena, mientras que los derechos sociales están respaldados por una garantía mediata sometida a las determinaciones legislativas de las prestaciones y se encuentran protegidos de acuerdo con el método práctico preseleccionado por la administración pública<sup>9</sup>.

Según parte de la doctrina ni siquiera podría hablarse de «situaciones subjetivas de derecho social», existiendo, a su juicio, «situaciones que la Constitución califica expresamente como derechos, respecto de los cuales, sin embargo, las interpretaciones actuales (doctrinales y jurisprudenciales, en particular de la jurisprudencia constitucional) niegan el carácter de derecho subjetivo porque serían situaciones jurídicas subjetivas distintas o, incluso en ciertos casos, no corresponderían a situaciones jurídicas subjetivas»<sup>10</sup>.

Esta reconstrucción en términos antagónicos es bastante simplista, y no parece capaz de admitir alternativas entre la forma de Estado liberal y la socialista. En realidad, no existe oposición ontológica alguna entre la libertad y la igualdad, si suponemos una relación sinérgica de colaboración entre estos valores: el desarrollo de la sociedad esbozado por el principio de igualdad sustancial no puede separarse de la emancipación de los individuos que la componen. La realización de la igualdad sustancial a través de la garantía de los derechos sociales favorece el «desarrollo de la persona» y le permite dar fuerza a su protección judicial. Así, la lectura de las disposiciones constitucionales que consagran a favor de los particulares los derechos sociales, analizadas a la luz de los principios del personalismo y el solidarismo del artículo 2 Const., lenta pero progresivamente, ha hecho evidente la dimensión subjetiva de estos derechos, y esto ha dado frutos no sólo en relación con la selección de una determinada política social, sino también y especialmente a nivel de protección judicial.

<sup>7</sup> PERFETTI, L., "I diritti sociali sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità", *Diritto pubblico*, 2, 2013, pág. 61 y ss.

<sup>8</sup> Respecto de la contraposición entre derechos sociales y libertades v. GROSSI, P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Turín, 1991, pág. 274.

<sup>9</sup> PERFETTI, L., *cit.*

<sup>10</sup> CORSO, G., "I diritti sociali nella Costituzione italiana", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, pág. 755.

Por otra parte, la reforma Constitucional de 2001, que dio lugar a la modificación del Título V, introdujo una norma que reserva a la competencia de la ley estatal la «determinación de los niveles básicos de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional» (art. 117, párr. 2, letra. *m* Const.). Dicha norma no define los derechos sociales, pero dispone que se trata de derechos que, para poder disfrutarse, necesitan (también) de «prestaciones». Además, aclara que los «niveles esenciales» de tales prestaciones deberán ser fijados mediante la ley del Estado, pues estos, de conformidad con el principio de igualdad, «deben garantizarse en todo el territorio nacional». Esto demuestra que el disfrute de los derechos sociales es, en cierta medida, indefectible, y, al igual que los derechos civiles, constituye una prerrogativa del *status* de ciudadano. Para garantizar el funcionamiento de este nuevo sistema, a continuación, el art. 120 Const. introduce un poder sustitutivo del Estado respecto de las autoridades locales incumplidoras, si dicho poder resulta necesario para la «salvaguardia de los niveles básicos de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales».

La reconstrucción en términos de derechos subjetivos, sin embargo, no elimina el hecho de que la satisfacción de los derechos sociales requiere de prestaciones –considérese, por ejemplo, a la salud o a la asistencia–, y por lo tanto implica, además de un esfuerzo organizativo, de una disponibilidad económica y financiera de los poderes públicos. De lo anterior se desprende la necesidad de equilibrio con respecto de otros derechos o intereses de relevancia constitucional, debido a la limitación de los recursos disponibles.

La dependencia de los derechos sociales de la disponibilidad económica es la base de la bien conocida teoría, desarrollada en los años 90, según la cual los derechos sociales serían «derechos financieramente condicionados». Tal característica nuevamente los tornaría intrínsecamente diferentes frente a los derechos civiles o los derechos de libertad, pues estos últimos deben ser garantizados de forma absoluta, independientemente de los recursos disponibles.

De hecho, como se ha observado oportunamente<sup>11</sup>, el problema del «coste de los derechos» no es exclusivo del ámbito social, sino que se refiere en mayor o menor medida a todos los derechos que requieren de prestaciones y esta cuestión no es una prerrogativa de los derechos sociales. Del mismo modo, garantizar el derecho a la seguridad o el derecho de defensa tiene un coste preciso, tanto a nivel económico, como organizativo. Para estos derechos, entonces, la incidencia de los costes plantea un problema de equilibrio con otros derechos que deben tutelarse, así como con otros intereses/valores constitucionales.

A pesar del arduo debate respecto de los fundamentos teóricos, la tensión entre las libertades económicas y los derechos sociales se ha reavivado recientemente debido a la crisis económica internacional y al proceso de la integración europea. Sin embargo, sobre este aspecto se profundizará en las páginas siguientes.

### 3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS SOCIALES

Hasta los años 90, como se ha indicado, la Corte Constitucional italiana ha sostenido la tesis del valor meramente programático de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos sociales, delegando a la iniciativa legislativa la eventual realización de estas posiciones «financieramente condicionadas».

En este sentido, es emblemática la decisión de la Corte Constitucional, que establece, con referencia a la vivienda de interés social (*social housing*), que el derecho a la vivienda tiende a garantizarse en proporción a la disponibilidad de recursos colectivos; sólo el legislador puede establecer oportunamente la forma de combinar medios y fines e introducir reglas de asignación atinentes a este derecho fundamental (sent. 252/1989).

Desde principios de los años 90, la Corte comenzó a utilizar la técnica de las sentencias «aditivas», con el fin de declarar la invalidez de las leyes que «no contemplaban» medidas adecuadas para la proteger las necesidades sociales. Para garantizar el derecho a la educación, en particular, la Corte incluso dictó sentencias «manipulativas», mediante las cuales –sin dejarle al legislador espacio alguno para su discrecionalidad– completó o modificó el texto de las leyes consideradas incompatibles con el objetivo de protección de los derechos impuesto por la Constitución<sup>12</sup>.

Considérese, por ejemplo, con respecto al derecho a la educación, la sentencia núm. 251/1987, que declaró inconstitucional una ley que establecía que la asistencia de niños con discapacidad en las escuelas

<sup>11</sup> ALBANESE, A., *cit.*

<sup>12</sup> ALBANESE, A., *cit.*

secundarias «se verá facilitada» en lugar de «está garantizada», por considerar que la formulación legal resultaba inadecuada para garantizar el derecho a la educación de conformidad con el art. 34 Const. y contraria a los principios contenidos en los arts. 2 y 3 Const. A partir de esta decisión surgió, unos años más tarde, la ley sobre la discapacidad (Ley 104/1992), la cual contiene una serie de disposiciones específicas sobre el apoyo educativo para las personas minusválidas<sup>13</sup>.

Asimismo, puede tomarse como ejemplo el pronunciamiento 509/2000, relativo al derecho a la salud: aquí la Corte declaró inconstitucional una ley regional lombarda por considerarla «demasiado rígida», pues esta no preveía excepciones a la imposibilidad de reembolso de los gastos médicos pagados en el extranjero sin autorización previa. De acuerdo con el juez constitucional, la ley no permitía hacer una excepción con el fin de tutelar el «núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana», pues no permitía reembolsar a un enfermo las cantidades desembolsadas para garantizar su curación en una situación de urgencia o peligro para su supervivencia, sin la autorización previa de la autoridad administrativa.

Más recientemente, la sentencia 80/2010 garantizó el derecho de los estudiantes minusválidos a disfrutar del soporte de un profesor auxiliar en una medida «cuantitativamente adecuada y proporcional a la gravedad de su discapacidad». El fallo declaró inconstitucional una disposición –no por casualidad, introducida por una ley de presupuestos– que modificaba la normativa citada en materia de escolarización de los menores discapacitados, estableciendo un techo máximo infranqueable en el número de profesores auxiliares o de apoyo que podría ser empleado por cada institución educativa, con base en la relación maestro-alumno. La disposición excluía la posibilidad, que la normativa anterior preveía, de excepcionar la aplicación de tal limitación, recurriendo a contratos temporales, cuando se hiciera necesario brindar apoyo a los estudiantes en condiciones de discapacidad especialmente graves. La Corte declaró ilegítima dicha disposición, ya que su rigidez podría dar lugar a excluir totalmente a los estudiantes gravemente minusválidos del disfrute de la educación y la asistencia, derechos consagrados en las normas constitucionales.

Otro caso interesante es el que surgió a raíz del recurso interpuesto por parte de las Regiones de Piemonte, Emilia-Romaña y Liguria en contra de lo dispuesto por el Decreto-Ley núm. 112/2008, el cual instituyó un «fondo especial» destinado a financiar el otorgamiento de una medida extraordinaria de asistencia –conocida como «tarjeta de compras»– para la compra de bienes y servicios a favor de los ciudadanos italianos que se encontrasen en «condiciones de mayor dificultad económica». En esta sentencia, la Corte se pronunció sobre la legalidad «sustancial» de esta medida establecida por el Gobierno mediante un instrumento que denotaba su urgencia (Decreto-Ley) respecto de una materia formalmente de competencia regional (sent. 10/2010). Estableciendo que las disposiciones impugnadas estaban dirigidas a aliviar una situación de necesidad extrema de dificultad en la que se encuentran ciertas personas, mediante la concesión de una prestación que no está incluida entre aquellas aseguradas por los sistemas de seguridad social y de salud, y aun reconociendo que la disposición impugnada daba pie a una intervención de la política social relativa al ámbito material de la asistencia y de los servicios sociales, objeto de una competencia regional residual, la Corte consideró que «la finalidad de las disposiciones impugnadas y el ámbito sobre el que estas inciden, no vulneran los principios constitucionales invocados por los recurrentes y van en contra de la negación del poder legislativo estatal a implementar la intervención consagrada». La finalidad de la medida, en otras palabras, sana el vicio formal ligado a la competencia, si se pretende proteger un derecho social con prestaciones que abarcan todo el territorio nacional. En otras palabras, tal intervención por parte del Estado debe considerarse como admisible en el caso en el que esta resulte necesaria para garantizar la efectiva protección de las personas que se encuentran en condiciones de extrema necesidad, a favor de las cuales se reconoce un derecho fundamental que, al estar estrechamente ligado con la protección del núcleo esencial de la dignidad humana, particularmente en presencia de situaciones especiales mencionadas previamente, debe poder ser garantizado en todo el territorio nacional de manera uniforme, apropiada y oportuna, a través de una regulación coherente y adecuada dirigida a tal fin (sentencias núm. 166 de 2008 y núm. 94 de 2007, en referencia al caso de la determinación de los niveles mínimos de necesidad de vivienda y de la protección de los grupos especialmente desfavorecidos).

En referencia a otro caso, la Corte afirma que la creación de un fondo excepcional por parte del Estado para satisfacer las necesidades alimentarias, sanitarias y energéticas de las personas más necesitadas o para ayudar a las parejas jóvenes y a las familias mononucleares en la compra de una casa, aunque viole

<sup>13</sup> ALBANESE, A., *cit.*

la competencia legislativa regional en materia de asistencia social, no es por ello ilegítima en consideración a las «imperativas necesidades sociales, también inducidas por la grave crisis económica actual, nacional e internacional» (sent. 121/2010).

En conclusión, respecto de la dependencia financiera de los derechos sociales, con el paso del tiempo, la Corte muestra haber cambiado radicalmente su postura frente a sus decisiones expresadas a finales de los años 80 (piénsese en la decisión sobre el derecho a la vivienda, referida previamente). La Corte incluso llegó a afirmar, en referencia al derecho a la salud, que la necesidad de asegurar la universalidad y la integridad del derecho a la asistencia sanitaria a nivel nacional estaba y está en conflicto con la cantidad de recursos destinados anualmente a la salud pública nacional (sent. 248/2011). En una perspectiva similar, por último, un reciente fallo de la Corte declaró que las medidas de emergencia que han dado lugar a la congelación durante dos años de las pensiones tres veces más altas que las pensiones mínimas legales (alrededor de 1.217 euros mensuales) viola el derecho a una existencia libre y digna, garantizado por el art. 36 de la Constitución (sent. 70/2015).

#### 4. INTEGRACIÓN EUROPEA Y DERECHOS SOCIALES

Como se decía al principio de esta análisis, la experiencia italiana es significativa para ilustrar la turbulenta relación que hay entre los derechos sociales y los derechos de libertad, especialmente en épocas de crisis económica. Tras esta breve referencia al ordenamiento jurídico italiano, resulta de interés analizar la protección de los derechos sociales a escala europea.

La solidaridad social, por cuanto representa un valor que tiende a ser universal y se encuentra inspirado en el principio de igualdad sustancial, ha sido objeto de una construcción esencialmente local en el espacio europeo, limitada por la pertenencia territorial y por la esfera de operación nacional de las instituciones del Estado de bienestar<sup>14</sup>.

Una vez examinadas las normas en materia de libre circulación y, en particular, las normas sobre los tratamientos médicos en el extranjero, la seguridad de los trabajadores migrantes y las declaraciones de la Agenda Social, se llega a la conclusión de que los derechos sociales «han tenido durante mucho tiempo una posición absolutamente marginal en el fenómeno de la integración europea», así como en la elaboración de la jurisprudencia comunitaria (que «se ocupó solo marginalmente» del tema), y en la afirmación de los derechos fundamentales en la Carta de Niza<sup>15</sup>.

El proceso de integración europea, sin embargo, está dirigido inexorablemente hacia una progresiva des-territorialización de los sistemas nacionales de Estado de bienestar, lo que lleva a la pérdida parcial del control territorial de los Estados miembros sobre las normas que rigen la atribución de derechos sociales (y la producción de los servicios correspondientes). Por esta razón, el establecimiento de la Unión Europea, y la correspondiente retirada del dogma de la soberanía nacional, se considera, al mismo tiempo, como una fuente de riesgo y como una oportunidad para los sistemas de protección social de los Estados miembros de la Unión<sup>16</sup>.

La creación del mercado común es considerada inicialmente como un potencial refuerzo de la «capacidad de efectiva garantía de tales derechos por parte de los Estados miembros, sin perjuicio del nivel de protección autónomamente asegurado en el interior de los respectivos sistemas». Sin embargo, con la crisis del Estado de bienestar nacional comienza a agravarse la problemática de la relación entre el mercado europeo y los servicios sociales.

Desde el Tratado de Ámsterdam (1997), la jurisprudencia comunitaria comienza a dar paso al fortalecimiento comunitario del Estado de bienestar, ocupándose de la cuestión de forma directa a partir del caso *Albany International BV*<sup>17</sup>. Obsérvese que, en referencia a los servicios de seguridad social o servicios sani-

<sup>14</sup> Cfr. BÉLAND, D., LECOURS, A., *Nationalism and Social Policy. The Politics of Territorial Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

<sup>15</sup> GIUBBONI, S., "I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza", *Diritto unione europea*, 2003, pág. 325.

<sup>16</sup> GIUBBONI, S., "Confini della solidarietà. Modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo", *Politica del diritto*, XLII, núm. 3, 2011, pág. 400.

<sup>17</sup> A partir del caso *Albany*, el Tribunal de Justicia considera servicios sociales y asistenciales de naturaleza económica aquellos que, siendo definidos como integrativos o facultativos, proporcionados en aplicación del principio de capitalización, caracterizados por una relación directa entre la entidad de las prestaciones erogadas y el importe de las contribuciones pagadas o los resultados

tarios nacionales, el Tribunal de Justicia ha excluido por mucho tiempo la naturaleza *económica* de las actividades organizadas conforme con el principio de solidaridad, debido al origen legal y al carácter obligatorio del régimen o debido a la universalidad de la cobertura o a la solidaridad entre los contribuyentes o entre los fondos que contribuyen a su financiación<sup>18</sup>, afirmando que los servicios económicos son compatibles únicamente con limitados elementos solidarios<sup>19</sup>.

Más recientemente, sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha contribuido de manera significativa al proceso de des-territorialización de los servicios del Estado de bienestar, así como a su progresiva liberalización y apertura al mercado, calificando como servicios (sujetos a los principios de libre circulación establecidos en el art. 56 TFUE) a las prestaciones suministradas por los sistemas nacionales de salud y, en definitiva, por el mismo seguro social obligatorio administrado por las instituciones públicas de seguridad social<sup>20</sup>. Debido a que los servicios del Estado de bienestar son competencia del Estado, se concluye que «un mercado europeo de servicios del Estado de bienestar podría justificar un marco comunitario en el seno de la propia organización nacional», siempre que el Estado miembro haya elegido un modo de organización que dé como resultado un servicio de interés social general con gestión económica<sup>21</sup>.

A partir de la sentencia *Martínez Sala* (C-85/96), sin embargo, los artículos 18 y 21 del TFUE se convirtieron en un canal prioritario de acceso transnacional a las prestaciones sociales (especialmente, las asistenciales) de los Estados miembros para los ciudadanos de la Unión económicamente inactivos. El Tribunal de Justicia ha buscado progresivamente la ampliación de esta base constitucional de acceso a los derechos sociales, los cuales están explícitamente vinculados al *status* fundamental de la ciudadanía europea y a la obligación de solidaridad financiera impuesta a los Estados miembros de la Unión.

En este sentido, «en la jurisprudencia de la última década, el acceso a los servicios del Estado de bienestar está vinculado no sólo a la libertad de circulación y a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, sino que ha encontrado un fundamento más sólido en el *status* de la ciudadanía europea»<sup>22</sup>.

A partir de este enfoque, los ciudadanos europeos en estado de necesidad tienen incluso el derecho a acceder, en condiciones de igualdad de trato, al sistema de protección social del Estado en el que residan legalmente, en los casos en que hayan establecido una relación orgánica con el mismo que implique un grado significativo de integración en la sociedad de dicho país, que se fortalece (especial, mas no exclusivamente) a medida que se prolonga la duración de la residencia.

Además, la prohibición de barreras discriminatorias a la libertad de circulación de los ciudadanos europeos (art. 21 TFUE) establece, en favor del ciudadano de la Unión, una nueva garantía a la exportación de las prestaciones sociales pagadas por el país de origen, con la consecuente carga, impuesta al Estado de origen, de justificar, dado el caso, su negativa a exportar una prestación social fuera de sus fronteras. Así, se amplió considerablemente el círculo de los beneficiarios del derecho de acceso a las prestaciones sociales más allá de los límites tradicionales de la población económicamente activa (y, por lo tanto, autosuficiente). Deviene entonces recesivo el enfoque tradicional seguido por el derecho derivado de la UE, según el cual los beneficios proporcionados fuera de las fronteras nacionales están justificados solo con el respaldo de las cláusulas de residencia nacionales que prevén el disfrute de las prestaciones sociales en otro Estado miembro.

A este respecto, se resalta el valor de la Carta de Niza con la «afirmación del principio de indivisibilidad de los derechos civiles económicos y sociales, de modo que la solidaridad actúa como un principio fundamental del orden constitucional comunitario y coadyuva en la determinación de las líneas de interpretación generales de la Carta misma»<sup>23</sup>.

---

financieros de las inversiones y, finalmente, por la libertad de determinar las prestaciones suministradas, caracterizan a su vez a los prestadores de servicios como participantes del mercado, en otras palabras, agentes económicos (Tribunal de Justicia, 21/10/ 1999, C-67/96, *Albany*; Tribunal de Justicia, 21-9-1999; Tribunal de Justicia, C-155, 116 y 118/97, *Brentjens*). Léase sobre el tema la rica cita de jurisprudencia de PERFETTI, L., *I diritti sociali sui diritti fondamentali*, cit.

<sup>18</sup> Cfr. Tribunal de Justicia, 17 de febrero de 1993 C-159 y 161/91, *Poucet e Pistre*, Tribunal de Justicia, 22 de enero de 2002, C-218/00, *Cisal*, y el Tribunal de Justicia, 11 de julio de 2006, C-205/03 P, *Fenin y Trib. I grado*, 4 de mayo de 2003, T-319/99 *Fenin*, Tribunal de Justicia, 16 de marzo de 2004, C-264/01, C-306/01 y C-355/01, *AOK Bundesverband*, relativa al régimen de seguro de salud de los trabajadores dependientes.

<sup>19</sup> Tribunal de Justicia, 21 de septiembre de 1999, C-155, 116 y 118/97, *Brentjens*, ya citada.

<sup>20</sup> Cfr. en particular Tribunal de Justicia, C-350/07, *Kattner*, Foro italiano, IV, c. 455, 2009.

<sup>21</sup> Citas de Cancilla, *Servizi di Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milán, 2010.

<sup>22</sup> GIUBBONI, S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, cit.

<sup>23</sup> DE BURCA, G. - DE WITTE, B. (coord.), *Social rights in Europe*, Oxford, 2005, y, específicamente, Fabre, *Social Rights in European Constitutions*, pág. 15; DE WITTE, B., *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, pág. 153, Smismans;

En cualquier caso, la cuestión de la des-territorialización de los derechos sociales, señalada en la introducción, conduce a una progresiva expansión de tales derechos más allá de las fronteras nacionales y trae consigo una serie de implicaciones que no pueden ser totalmente delegadas en manos del Tribunal de Justicia, sino que requieren de un claro compromiso de la política comunitaria (y, por tanto, de los gobiernos europeos) con respecto a la solidaridad social en Europa.

## 5. EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

Las políticas sociales han experimentado un período de crecimiento entre los años 70 y finales de los años 90: el crecimiento ha afectado a todas las áreas de intervención, desde la salud hasta la educación, pasando por las políticas de vivienda o las de naturaleza asistencial. Únicamente en el sector de seguridad social comenzó a mediados de los años 90, con la reforma Dini, una fase de contracción.

Esta tendencia hacia el crecimiento siguió, durante estos años, dos líneas principales de desarrollo:

1. se pasó de otorgar beneficios esencialmente económicos, consistentes en la adjudicación directa de dinero a las personas que lo necesitaban, a la asistencia directa de estos individuos, a través de la provisión de prestaciones socio-asistenciales por parte de los poderes públicos.
2. se pasó de las prestaciones dirigidas en favor de los grupos desfavorecidos, de acuerdo con un esquema seguido hasta finales de los años 60, al acceso universal a las prestaciones, en aras de la idea de que los derechos sociales son «derechos de la persona», y como tales deben estar a disposición de cada individuo, independientemente de sus condiciones de vida<sup>24</sup>.

El problema es que la intención de excluir del mercado y de sus iniquidades la prestación de estos servicios ha causado un fuerte impacto en los presupuestos públicos, ya que la eficiencia de las administraciones públicas es a menudo inferior a aquella proporcionada por las empresas que compiten en el mercado. Por lo tanto, movidas por el fin de recuperar la eficiencia económica, las administraciones se han transformado progresivamente de centros de prestación directa a compradores y reguladores de los servicios prestados de forma indirecta a través de la celebración de contratos con o de la adjudicación concesiones a sujetos privados.

El fenómeno del cuasi-mercado se refiere principalmente a los servicios sanitarios, socio-asistenciales y, en parte, a la vivienda de interés social. Los poderes públicos, utilizando el lema de la «Tercera Vía» de Tony Blair, de remeros se han convertido en timoneles, o en proveedores de servicios.

Como se ha expuesto, incluso la Unión Europea, desde hace al menos una década, ha abandonado la idea de que los servicios sociales son «ontológicamente» extraños al mercado único y que los mismos carecen de relevancia económica. La progresiva des-territorialización ligada al fenómeno de la integración supranacional ha expuesto cada vez más los servicios sociales a la regulación económica europea: así, se genera el sometimiento de los servicios sociales, en particular de las formas de organización y de las actividades prestacionales, a la lógica de la competencia, con una correspondiente sustracción a la visión local que, hasta ese entonces, había caracterizado el tratamiento de la materia.

Un factor importante de cambio para los sistemas de welfare, tanto a nivel nacional, como a escala europea, se deriva entonces de la crisis económica<sup>25</sup>. Los periodos de crisis suelen generar una disminución de los niveles salariales, un aumento del desempleo y un uso más frecuente de los amortiguadores sociales. Por esto, muchos gobiernos europeos han buscado reducir las posibles tensiones sociales derivadas de la crisis mediante el aumento del gasto en protección social<sup>26</sup>. Un aumento que se torna aún más evidente cuando la producción de un país está por debajo de su nivel natural.

De acuerdo con la clasificación internacional del gasto público por funciones (*Classification of the Function of Government* – COFOG) adoptada por las principales instituciones internacionales, el gasto público en protección social comprende el gasto por enfermedad e invalidez, vejez, sobrevivientes, familia y

*How to Be Fundamental with Soft Procedures? The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights*, pág. 217.

<sup>24</sup> ALBANESE, A., *cit.*

<sup>25</sup> Sobre la cuestión, PIÑAR MAÑAS, J. L. (coord.), *Crisis económica y crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho administrativo*, Reus, Madrid, 2013.

<sup>26</sup> GAMBINO, S. (coord.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Turín, 2015.

niños, desempleo, *housing* y exclusión social. A su vez, estas funciones se articulan en una serie de prestaciones específicas, puntualmente detalladas por la COFOG.

En los 27 países de la UE, la Protección Social resulta el capítulo más importante: en 2014 representó el 19,6 por ciento del PIB y el 40,2 por ciento del gasto público total en Europa, sobre un total de 2.644 millones de euros. El aumento que se evidencia en esta partida del gasto en el período que va desde 2002 hasta 2011 está, sin duda, vinculado a la necesidad de dar respuesta a la crisis económica y social, ya que los sistemas de *welfare* nacionales han tenido éxito, al menos en parte, en la mitigación del impacto negativo de la recesión en términos de crecimiento, desempleo y pobreza. Como evidencia Eurostat, los niveles más altos de este gasto, en 2012, se registraron en Dinamarca y Francia (34,2 por ciento del PIB), en los países de la región mediterránea el gasto en protección social ascendió a 25-30 por ciento, mientras que en los países de Europa del Este (Polonia, Lituania, Rumania, Estonia, Letonia) se ha estancado en torno al 20 por ciento del gasto público nacional.

El alcance de los servicios personales es muy extenso y presenta diferentes tipologías de destinatarios, que se encuentran, sin embargo, siempre unidos por el hecho de presentar una situación de «debilidad» que los obliga a requerir una particular atención y protección.

Muchos de los servicios proporcionados se dirigen a niños, discapacitados y ancianos: a menudo los servicios ofrecidos por el sector público se conjugan con los proporcionados por las asociaciones de voluntarios, organizaciones sin ánimo de lucro o estructuras privadas acreditadas por el sector público. La ampliación de dicho fenómeno es cada vez más relevante para el ámbito del denominado tercer sector, que comprende a las cooperativas sociales, a las asociaciones de promoción social, a las fundaciones y al resto de sujetos de promoción social, como, por ejemplo, las asociaciones no reconocidas y las organizaciones voluntarias.

Históricamente, la elección hecha por el legislador italiano ha sido asignar a los municipios, es decir, a las autoridades locales más cercanas a los ciudadanos, la gestión de los servicios personales, que actualmente se proporcionan ya sea directa o indirectamente, a través de la actividad privada. El sistema de acreditación, introducido desde 1992, permite al Estado controlar que los servicios prestados al ciudadano por parte de las estructuras privadas cumplan con ciertos límites cualitativos esenciales. Dicho control constituye una herramienta fundamental para relacionar al sector público con el sector privado, así como para fomentar el *welfare* social.

En Italia, en 2013, el gasto en protección social –en constante crecimiento en el período comprendido entre 1995-2001– superó el 20 por ciento del PIB, y su cantidad per cápita era de alrededor de 8.000 euros al año: en concreto, estos recursos se destinaron, en gran parte, a las personas de la tercera edad (es decir, a los planes de pensiones, que absorbieron el 14 por ciento del PIB), por lo tanto, los gastos destinados a otros beneficios sociales se redujeron proporcionalmente, resultando los más bajos de Europa. En Italia, en los últimos veinte años, el número de población con más de ochenta años se incrementó en un 150% y actualmente hay 12,3 millones de personas con más de sesenta y cinco años, de entre los que 2 millones no son autosuficientes y 300.000 se ven obligados a alojarse en centros residenciales socio-sanitarios y socio-asistenciales. Un dato relevante es el relacionado con las personas de más de sesenta y cinco años que aún trabajan, que de acuerdo a las estadísticas Istat son 375.000.

En general, en todos los países de la Unión Europea el capítulo más importante del gasto está relacionado con la vejez (*old age*), es decir, con los planes de pensiones: en 2011 representó aproximadamente el 40 por ciento del gasto para la Protección Social de la UE-28 y en 2013 representó el 10,4 por ciento del PIB europeo, pasando del 15,5 en Grecia al 7,3 por ciento en Irlanda. Este dato evidencia el problema del envejecimiento progresivo de la población europea, ligado al descenso de la natalidad y al aumento de la longevidad, lo cual conlleva la correspondiente disminución de las personas en edad de trabajar.

La crisis económica puede definirse como «sistémica» y no meramente «cíclica»; en consecuencia, dicha situación comporta que la protección de los derechos sociales entre también en una profunda crisis, superior incluso a la relacionada con la protección de otros derechos. Las limitaciones presupuestarias y las políticas de austeridad impuestas por la Unión Europea en los últimos años han obligado a algunos Estados, condicionados por una importante deuda pública, a tomar fuertes medidas para reducir el gasto público, lo cual ha traído consigo un general redimensionamiento del Estado de bienestar europeo. Así, muchos países de la UE, con el fin de obtener el apoyo financiero de Europa, tuvieron que reducir drásticamente el nivel de protección de muchos derechos sociales.

Debe tenerse en cuenta que, según algunas informaciones aparecidas en la prensa, tres millones de personas en Grecia actualmente no tienen acceso al sistema de salud, el gasto público en salud es inferior

al de todos los demás países de la UE, el presupuesto de los hospitales públicos se redujo en un 26 por ciento entre 2009 y 2011, el gasto farmacéutico se redujo a la mitad entre 2010 y 2014 (de 4 a 2 millones), de manera que algunos medicamentos han devenido inaccesibles, la drástica reducción del presupuesto municipal ha llevado al corte de actividades tales como el control de plagas, lo cual favorece la generación de enfermedades actualmente extintas como la malaria.

El estallido de la crisis ha determinado, en general, una gran disminución del gasto dirigido a la protección social en Europa, agravando así el desempleo, la vulnerabilidad y la exclusión social, con un empeoramiento de las condiciones de vida, especialmente en países con un alto nivel de deuda pública donde las medidas de *spending review* impuestas por las instituciones europeas han dado lugar a una redimensionamiento, o incluso a un verdadero replanteamiento, del modelo de Estado social que se estableció después de la segunda guerra mundial, causando grietas profundas en el tejido social, y riesgos para la cohesión social y para los derechos.

La adopción de medidas sustancialmente «impuestas desde arriba» ha generado fuertes críticas y reacciones de la opinión pública de los países en los cuales estas han incidido en mayor medida, especialmente cuando fue necesario intervenir en el sentido de disminuir el nivel de garantía de ciertos derechos.

Desde estos países arrancaron también varias iniciativas judiciales ante el Tribunal de Justicia de la UE que tenían como objetivo la protección de los derechos sociales mediante la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE a las medidas nacionales para aplicar las solicitudes contenidas en los Memorandos de Entendimiento (MoU) y en general recibidos en los Planes de Asistencia, pero han demostrado ser en larga medida insatisfactorias<sup>27</sup>.

En el punto álgido de la crisis, se sacrificaron principal (pero no exclusivamente) los derechos sociales, que en este período de recesión han demostrado mejor que nunca su verdadera naturaleza de derechos condicionados por los recursos disponibles y su consiguiente debilidad<sup>28</sup>. Por otra parte, la disminución en el nivel de protección de ciertos derechos sociales ha producido, como consecuencia, un aumento significativo de la litigiosidad constitucional derivada de la (presunta) violación de los derechos constitucionales. En este contexto, con el fin de resolver las interpretaciones potencialmente conflictivas de la Constitución, el examen de la jurisprudencia constitucional de los ordenamientos más afectados por la crisis (Italia, Portugal, Grecia) muestra un recurso frecuente en el *constitutional reasoning* a los principios básicos de la ponderación, como el principio de proporcionalidad, el de razonabilidad y, en cierta medida, el principio de confianza<sup>29</sup>. La crisis impone, en esencia, una ponderación entre la protección de los derechos sociales, las exigencias de contener el gasto público y las limitaciones financieras europeas<sup>30</sup>.

Si la UE ha podido realizar una gran redistribución «territorial» de la ayuda financiera (las políticas de cohesión social), más o menos bien gestionada por los Estados y las Regiones, aún no ha logrado construir un verdadero sistema de atribución «individual» de los derechos sociales<sup>31</sup>. La UE ha reaccionado a la crisis económica mediante medidas de reforma fiscal y económica, el uso de ayuda estatal [temporal], un intento de revitalización del mercado único, junto con la modernización de la contratación pública, así como la modernización de aspectos de la otro aspecto de la intervención estatal en los mercados. En definitiva, la crisis ha reforzado la necesidad de volver a evaluar y recalibrar el papel de la intervención estatal: frente a este desafío, como destacan los observadores más atentos, la UE no ha asumido un fuerte compromiso para mantener un enfoque intervencionista estatal en el mercado o el status quo de un estado de bienestar en Europa<sup>32</sup>. Como las elecciones en febrero de 2015 del nuevo gobierno en Grecia han demostrado dramáti-

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, IANNELLA, M., “La CGUE e la tutela dei diritti sociali nei Piani di Assistenza: limiti e prospettive”, en *Federalismi.it*, 3/2018, que recuerda las acciones propuestas por un sindicato de funcionarios griegos en el caso *Adedy* (T-541/10 e T-215/11) y, por los titulares de depósitos bancarios en las instituciones chipriotas, en los casos *Ledra Adv.* (Joined Cases C-8/15 P to C-10/15 P) y *Mallis* (Joined Cases C-105/15 P to C-109/15 P).

<sup>28</sup> En sentido crítico con referencia a esta estrategia, POULOU, A., “Financial Assistance Conditionality and Human Rights Protection: What is the Role of the EU Charter of Fundamental Rights?”, en *Common Market Law Review*, núm. 54, 2017, págs. 992-996.

<sup>29</sup> DRIGO, C., “La protezione dei diritti sociali attraverso il prisma della crisi. Riflessioni sul caso portoghese e spunti di comparazione con quello italiano”, en RAFFIOTTA, E. C., PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G. (a cura di), *Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea*, Editum-Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Murcia, Murcia 2015.

<sup>30</sup> Destaca los límites del orden de la UE frente a la crisis de la deuda pública KILPATRICK, C., “The EU and its sovereign debt programmes: The challenges of liminal legality”, *EUI Working Paper LAW*, núm. 14, 2017, págs. 1-2.

<sup>31</sup> SPADARO, A., “La crisi, i diritti sociali, le risposte dell'Europa”, en CARUSO, B.; FONTANA, G. (coord.), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, 2015, pág. 17.

<sup>32</sup> SZYSZCZAK, E., “Europe isn't working in Europe: reform and modernisation of the European welfare state in the wake of the economic crisis”, en *Fordham Journal of International Law*, 2015, 38 (4), pág. 1.196.

camente, en muchos países la respuesta de la Unión Europea («UE» o la «Unión») a la crisis económica no es de ninguna manera aceptada como «correcta».

La pregunta que surge ahora es muy concreta: ¿cómo conciliar una adecuada protección social de los ciudadanos europeos, por una parte, y aplicar las medidas para frenar el gasto público, por otra? La misma jurisprudencia constitucional de los diferentes países miembros parece admitir una especie de «graduación» en la protección de los derechos sociales, permitiendo restricciones, en razón de las necesidades económico-financieras contingentes.

Algunos argumentan que es necesario volver al Estado del bienestar más selectivo, centrándose en las medidas de protección social realmente indispensables para la población. El problema sigue siendo que, en caso de tomar dicha iniciativa, resulta imposible hacer una selección entre las diversas intervenciones que, en un contexto de recesión, parecen todas igualmente indispensables. Otra respuesta es aquella que se basa en las políticas de empleo, y por lo tanto, en la creación de la nuevos puestos de trabajo para la reactivación de la productividad y el desarrollo económico. El problema es que estas políticas se ven fuertemente afectadas por la situación económica de una Nación, y deberían siempre estar asociadas con un ingreso mínimo de la ciudadanía. Incluso las políticas de vivienda (*hosting*) parecen esenciales en tiempos de crisis: la carencia de la vivienda aumenta con el desempleo, y afecta a las nuevas categorías de personas vulnerables, como los sujetos con bajos ingresos, los jóvenes trabajadores y los inmigrantes. Sin duda, el gasto en la vejez es excesivo en la mayor parte de Europa y se debe tender a una racionalización en este sector, combinada con eficaces políticas de compensación entre las prestaciones de jubilación sobre una base europea.

La crisis ha agravado la situación económica de las familias, especialmente las más desfavorecidas, cuestionando un modelo social que ha sido la base del Estado democrático en Europa a lo largo de todo el siglo xx. Las políticas de ahorro puestas en marcha por las instituciones europeas no solo han empeorado las condiciones de vida de las categorías tradicionalmente frágiles y más expuestas, sino que han llevado a crear nuevas categorías de personas necesitadas, como los jóvenes, que de repente se han encontrado en una situación de pobreza debido a los altos niveles de desempleo y a las dificultades para insertarse en el mundo del trabajo. Por otra parte, las propuestas para implementar un *welfare* selectivo parecen contradictorias con el principio universal, que se encuentra en la base del Estado social, o peor aún, pueden conducir al favorecimiento de un «*welfare* basado en el mercado», es decir, fundado en la compra de los diversos servicios sociales por parte de los necesitados.

De esta manera, sin lugar a dudas, se contradiría la función redistributiva del mismo Estado de bienestar, además del principio de solidaridad, que constituye su fundamento.

El problema se traduce, en el fondo, en un conflicto entre eficiencia y justicia que, respondiendo respectivamente a una lógica cuantitativa y cualitativa, demuestran ser valores difíciles de armonizar<sup>33</sup>.

## 6. BREVES CONSIDERACIONES FINALES

La relación entre los derechos sociales y los derechos de libertad ha sido considerada durante mucho tiempo como antagónica, debido a la capacidad restrictiva que los primeros ejercen sobre los segundos: redistribuir, proporcionar asistencia, dar prestaciones, todo ello comporta un inevitable coste económico, y puede dar lugar a la compresión de la esfera jurídica de los particulares, que de este modo perderían ese espacio de acción libre de la injerencia de los poderes públicos, típico de las libertades negativas. En particular, de acuerdo con esta interpretación «conflictual», la limitación de la esfera jurídica de los particulares, debido a la aplicación de los principios de solidaridad y redistribución, actuaría de forma unidireccional, afectando en mayor medida a algunos ciudadanos (los más pudientes) que se ven obligados a contribuir forzosamente al bienestar de otros (la más necesitados).

Si se realiza un análisis más profundo del tema, la reconstrucción en términos antagónicos es reductiva: no hay oposición ontológica alguna entre la libertad y la igualdad, si se supone una relación de colaboración

---

<sup>33</sup> En este sentido. CARUSO, G. M., "Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo politico di un sistema complesso", en *Federalismi.it*, 4, 2016. Desde esta perspectiva, cfr. también SALAZAR, C., "Crisi economica e diritti fondamentali", en *www.rivistaaic.it*, 4, 2013, para quien «la insaciabilidad de los derechos» está relacionada con los recursos limitados. De acuerdo con esta lectura CALIFANO, L., "Relazione di sintesi al XXVIII Convegno dell'Associazione Italiana costituzionalisti: in tema di crisi economica e diritti fondamentali", en *www.rivistaaic.it*, 4, 2013, que resume los términos del conflicto en la «aparente infinidad de las reclamaciones del derecho contra la finitud de los recursos».

entre estos valores. El desarrollo de la sociedad en el sentido solidario, a través del principio de igualdad sustancial, debe ser comprendido como un factor de emancipación de todos los individuos que la componen. La realización de la igualdad sustancial a través de la garantía de los derechos sociales favorece el «desarrollo de la persona» y de sus libertades, dando vida a un círculo virtuoso que conduce a la ampliación de los derechos individuales de todos gracias a la intervención del Estado en favor de algunos. Especialmente porque, con el transcurso del tiempo, se pasó de un modelo Estado de bienestar que preveía prestaciones solo en favor de los grupos desfavorecidos, a un modelo que preveía el acceso universal a los servicios sociales, con base en la idea de que los derechos sociales son «derechos de la persona», y como tales han de ser garantizados a todo individuo, independientemente de sus condiciones de vida. En este contexto, por lo tanto, las libertades negativas (*freedom from*) y las libertades positivas (*freedom through*) se integran con el objetivo final de un desarrollo de la sociedad a través del crecimiento y la emancipación de los individuos, realizada gracias a la intervención de los poderes públicos.

Aun así, la dependencia de los derechos sociales de una disponibilidad económica ha llevado inicialmente a una construcción de los mismos como «derechos financieramente condicionados». Esta característica, se ha dicho, los haría intrínsecamente diferentes de los derechos civiles o los derechos de libertad, que, en cambio, se garantizan de forma absoluta, independientemente de los recursos disponibles. En realidad, la evolución de la jurisprudencia constitucional en Italia ha demostrado que estos derechos no pueden depender únicamente de la disponibilidad económica del Estado, pues existen algunos niveles esenciales de prestaciones que deben ser garantizados a todos, en todo el territorio nacional, independientemente de las fases que atraviese la economía y del poder adquisitivo de la administración, en virtud del principio de la igualdad sustancial.

En todo caso, la experiencia de la reciente crisis fiscal ha demostrado que muchos gobiernos europeos han tratado de reducir las posibles tensiones sociales, destinando un nivel adecuado del gasto público a la protección social. Esta elección fue aún más evidente cuando la producción de un país se redujo por debajo de su nivel natural, debido a la incidencia de la recesión económica, como en el caso de Grecia, Italia, Portugal y España.

Sin embargo, es innegable que las limitaciones presupuestarias y las políticas de austeridad impuestas por la Unión Europea en los últimos años han obligado a algunos Estados, condicionados por una importante deuda pública, a tomar fuertes medidas para reducir el gasto público, lo cual condujo a una drástica reducción del nivel de protección de muchos derechos sociales.

La mayor parte de los servicios sociales en Europa se dirigen a ciertas categorías «débiles», como los niños, los ancianos y los discapacitados. A menudo los servicios ofrecidos por el sector público se conjugan con aquellos proporcionados por las asociaciones de voluntarios, organizaciones sin ánimo de lucro o estructuras privadas dirigidas a la satisfacción de los servicios públicos.

La progresiva des-territorialización ligada al fenómeno de la integración europea ha expuesto cada vez más los servicios sociales a la regulación económica de la UE: así, se ha generado el sometimiento de los servicios sociales, en particular de las formas de organización y de las actividades prestacionales, a la lógica de la competencia, con una correspondiente sustracción al enfoque local que, hasta ese entonces, había caracterizado la totalidad de la materia. Esto, además de una intervención directa del Tribunal de Justicia con respecto a estas actividades, ha dado lugar a una gradual expansión de los servicios sociales más allá de las fronteras nacionales, con la consiguiente carga, impuesta al Estado de origen, de justificar, en cada caso, su negativa a exportar una prestación social fuera de sus fronteras, mediante el sistema de reembolso.

En Italia, las políticas sociales han experimentado un período de crecimiento entre los años 70 y finales de los años 90: el crecimiento ha afectado a todas las áreas de intervención, desde la salud hasta la educación, pasando por las políticas de vivienda o las de naturaleza socio-asistencial. Únicamente el sector de seguridad social comenzó a mediados de los años 90, con la reforma Dini, una fase de contracción. Se pasó de otorgar beneficios esencialmente económicos, consistentes en la adjudicación directa de dinero a las personas que lo necesitaban, a la asistencia directa de estos individuos, a través de la provisión de prestaciones socio-asistenciales por parte de los poderes públicos. Sin embargo, la intención de sustraer al mercado la realización de las prestaciones sociales ha traído consigo un fuerte impacto en los presupuestos públicos, ya que la eficiencia de las administraciones públicas es a menudo inferior a la proporcionada por las empresas que compiten en mercado. En ese sentido, movidas por el fin de recuperar la eficiencia económica, las administraciones se han transformado progresivamente de centros de prestación directa a compradores y reguladores de los servicios prestados de forma indirecta a través de la celebración de contratos con y de la adjudicación de concesiones a sujetos privados.

Por otra parte, como se ha dicho, se ha progresado hacia un sistema de «acceso universal» a las prestaciones sociales, ya no limitado a los grupos desfavorecidos, debido al hecho de que los derechos sociales se consideran cada vez más como «derechos de la persona», y como tales pertenecen a cada individuo, independientemente de sus condiciones de vida.

En última instancia, los derechos sociales parecen haberse erigido actualmente en auténticos derechos de la persona, instrumentales y no contrapuestos a la realización de las libertades individuales. A través de la afirmación y la protección judicial de los derechos sociales se busca garantizar la efectiva realización del núcleo esencial de la dignidad humana, en un marco en el que la solidaridad y la libertad son valores complementarios. La introducción de mecanismos de protección social contribuye a aliviar las tensiones y conflictos que, desde siempre, han caracterizado las fases de las crisis económicas, las cuales se han convertido en sistémicas en el mundo contemporáneo.

En esencia, los derechos sociales que han surgido con el advenimiento del Estado de bienestar en todos los países europeos han ayudado a construir una sociedad mejor, más cohesionada y pacífica, donde las personas alcanzan su propia felicidad, viendo mejorar la felicidad de los demás.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBANESE, A., *Il modello sociale italiano e la sua attuazione*, Ponencia al Doctorado de ciencias jurídicas, Università di Bologna, 19 de febrero de 2015;
- BÉLAND, D., LECOURS, A., *Nationalism and Social Policy. The Politics of Territorial Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2008;
- BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Turín, 1990, pág. 13;
- BARBERA, A.; COCOZZA, F.; CORSO, G., “Le situazioni soggettive”, en AMATO, G.; BARBERA, A., *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1997;
- CALIFANO, L., “Relazione di sintesi al XXVIII Convegno dell'Associazione Italiana costituzionalisti: in tema di crisi economica e diritti fondamentali”, en *www.rivistaaic.it*, 4, 2013;
- CARUSO, G. M., “Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo político di un sistema complesso”, en *Federalismi.it*, 4, 2016.
- CORSO, G., “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, pág. 755.
- DE BURCA, G. - DE WITTE, B. (coord.), *Social rights in Europe*, Oxford, 2005. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199287994.001.0001>.
- DRIGO, C., “La protezione dei diritti sociali attraverso il prisma della crisi. Riflessioni sul caso portoghese e spunti di comparazione con quello italiano”, en RAFFIOTTA, E. C.; PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G. (a cura di), *Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea*, Editum-Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Murcia, Murcia 2015;
- FOIS, S., “Analisi delle problematiche fondamentali dello «Stato sociale»”, en *Diritto e Società*, 1999, 163;
- GAMBINO, S. (coord.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Turín, 2015.
- GIANNINI, M. S., “Stato sociale: una nozione inutile”, en *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milán, 1977, 141.
- GIUBBONI, S., “I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza”, en *Diritto unione europea*, 2003, pág. 325;
- GIUBBONI, S., “Confini della solidarietà. Modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo”, *Politica del diritto*, XLII, núm. 3, 2011, pág. 400;
- GROSSI, P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Turín, 1991, pág. 274;
- IANNELLA, M., “La CGUE e la tutela dei diritti sociali nei Piani di Assistenza: limiti e prospettive”, en *Federalismi.it*, 3, 2018.
- KILPATRICK, C., “The EU and its sovereign debt programmes: The challenges of liminal legality”, *EUI Working Paper LAW*, núm. 14, 2017, págs. 1-2.
- PERFETTI, L., “I diritti sociali sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità”, en *Diritto pubblico*, 2, 2013, pág. 61 y ss.;
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (coord.), *Crisis económica y crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho administrativo*, Reus, Madrid, 2013;
- POULOU, A., “Financial Assistance Conditionality and Human Rights Protection: What is the Role of the EU Charter of Fundamental Rights?”, en *Common Market Law Review*, núm. 54, 2017, págs. 992-996.
- RIMOLI, F., *Stato sociale*, en Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 2004, XX.
- SALAZAR, C., “Crisi económica e diritti fondamentali”, en *www.rivistaaic.it*, 4, 2013.
- SPADARO, A., “La crisi, i diritti sociali, le risposte dell'Europa”, en CARUSO, B.; FONTANA, G. (coord.), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, 2015, pág. 17.
- SZYSZCZAK, E., “Europe isn't working in Europe: reform and modernisation of the European welfare state in the wake of the economic crisis”, en *Fordham Journal of International Law*, 2015, 38 (4). págs. 1.193-1.217.



## La potestad autonormativa en relación con los estatutos del personal de los parlamentos autonómicos

### *Autonomous authority in relation to the staff regulations of autonomous parliaments*

Rafael Cano Silva  
Parlamento de Andalucía  
r.cano@parlamento-and.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Sevilla, Licenciado en Ciencias del Trabajo y Diplomado en Relaciones Laborales por la citada Universidad. Máster en Derecho Público. Funcionario del Cuerpo Técnico del Parlamento de Andalucía. En sus principales líneas de investigación están los Problemas actuales del Derecho Administrativo, en concreto la función pública parlamentaria. Publicaciones principales: "La participación directa de los promotores de las Iniciativas Legislativas Populares en su tramitación en las Comunidades Autónomas: El caso particular de la Comunidad Autónoma de Andalucía" (*Revista andaluza de Administración Pública*); "La mujer en el Parlamento de Andalucía: 30 años de representación política" (*Publicación de I Congreso internacional sobre sustentabilidad, competitividad y género en las organizaciones*); "El control político del Parlamento de Andalucía de las contabilidades de los Grupos parlamentarios y la financiación de los Partidos políticos" (*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*); "El mercado de trabajo femenino en Andalucía: La visión de la Cámara andaluza a lo largo de nueve legislaturas" (*Revista Aequalitas: Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*).

---

#### RESUMEN

Los Estatutos del Personal de los Parlamentos autonómicos son normas administrativas parlamentarias aprobadas por cada cámara legislativa en virtud de su autonomía parlamentaria. No obstante, la autonomía parlamentaria de cada Parlamento autonómico no dispone de la misma competencia normativa a estos efectos. Se estudia en este artículo, como a pesar de contar con la Constitución como elemento común, es fundamental la atribución especial con la que cuenta cada Cámara autonómica y que la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como la del Tribunal Supremo, ha puesto en valor; cuestión que se recoge en el epígrafe relativo a la jurisprudencia. En conclusión, la organización burocrática, en lo que se refiere a los medios personales, podrá ser sustancialmente diferente en las distintas Asambleas Legislativas, tal como se analiza en las conclusiones de este estudio.

#### PALABRAS CLAVE

Estatuto de autonomía, funcionarios.

---

#### ABSTRACT

The statutes of Autonomous Parliaments are parliamentary administrative norms approved by each legislative chamber by virtue of their parliamentary autonomy. However, the parliamentary autonomy of each autonomous parliament does not have the same normative aspect for these purposes. It is studied in this article as despite having the Constitution as a common element, it is essential the special attribution that each autonomous chamber has and that the jurisprudence, both of the Constitutional Court, and that of

the Supreme Court, has put in value, question that is included in the section related to the jurisprudence. In conclusion, the bureaucratic organization, in what refers to personal media, may be substantially different in each one of the legislative assemblies, as analyzed in the conclusions of this study.

#### KEYWORDS

Statute of Autonomy, civil servants.

#### SUMARIO

1. BREVE INTRODUCCIÓN. 2. JUSTIFICACIÓN DE LA AUTONOMÍA EN MATERIA DE PERSONAL. 3. LA POTESTAD NORMATIVA COMO PARTE DE LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PERSONAL. 4. REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 5. REGULACIÓN AJENA A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 6. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A LA COMPETENCIA NORMATIVA DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS EN RELACIÓN CON SUS ESTATUTOS DEL PERSONAL. 7. CONCLUSIONES. 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### 1. BREVE INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico español ha optado en la actualidad por una organización política basada en la división de poderes. En tal sentido, lo establece tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía (en adelante, EE.AA) de las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA).

De acuerdo con dicha línea, las cámaras parlamentarias deben funcionar con absoluta independencia frente a los otros poderes. A tales efectos, disponen de una organización burocrática, compuesta tanto de medios materiales (incluidos los patrimoniales), como de medios personales, al objeto de realizar las funciones auxiliares necesarias para el desempeño de las funciones institucionales que las Asambleas Legislativas tienen encomendadas.

Este funcionamiento con absoluta independencia frente a los otros poderes se consigue gracias a la autonomía parlamentaria, entendiéndose por la misma el «conjunto de facultades que disponen los parlamentos para regular y gestionar ellos mismos las actuaciones que realizan en el ejercicio de sus funciones sin injerencia de otros Órganos e Instituciones» (MARTÍNEZ y VISIEDO, 2008: 94) y (MARTÍNEZ y VISIEDO, 2009: 147).

La autonomía en materia de personal es una concreción de la autonomía parlamentaria en la vertiente autoorganizativa y autonormativa. Implica necesariamente la dotación de un conjunto de normas propias. Esta autonomía asegura el adecuado desarrollo de las funciones peculiares y diferentes fines por los medios personales de la Cámara y que difieren de la Administración pública.

### 2. JUSTIFICACIÓN DE LA AUTONOMÍA EN MATERIA DE PERSONAL

Precisamente los fines específicos que se encomiendan a las cámaras parlamentarias son los que justifican determinadas especialidades normativas en relación con la peculiaridad de los trabajos parlamentarios, constituyendo, de este modo, un ejemplo de la autonomía administrativa y normativa en materia de personal que presta sus servicios en las Asambleas Legislativas y concretamente en la Administración parlamentaria.

Es decir, a pesar de que esta vertiente administrativa de la autonomía parlamentaria es meramente instrumental, es imprescindible para llevar a cabo los fines institucionales de las Cámaras legislativas autonómicas, ya que, aunque *per se*, los fines instrumentales no entran en dicho ámbito, pueden influir en ellos.

No obstante, a pesar de que la inmensa mayoría de los preceptos, que conforman el contenido del estatuto jurídico de la función pública de las Asambleas Parlamentarias, son reproducciones de los ya existentes en la función pública de la Administración pública, no por ello podemos pensar que negativiza la autonomía parlamentaria en esta materia, más al contrario, pues este mimetismo es en función de la propia voluntad de la Cámara legislativa.

Cuestión diferente puede constituir la posible falta de innovación legislativa y de ideas de la función pública parlamentaria, que se limita de una manera pobre a reproducir estructuras, modelos y normas de la función pública administrativa (entendida esta en el sentido formal), en vez de crear una auténtica función

pública parlamentaria *sui generis* acorde con la dimensión más reducida, acceso del personal, promoción y carrera administrativa, movilidad funcional, formación, creación de estructuras y órganos más dinámicos de unas administraciones parlamentarias que deben dar respuestas ágiles a las diversas cuestiones que se planteen en el cotidiano trabajo parlamentario, sin cargar con los esquemas tradicionales de la pesada y lenta maquinaria de la Administración pública.

Las funciones específicas y el desarrollo de las mismas exigen un funcionariado específico y diferente del funcionario común (de la Administración pública). De este modo, TUDELA ARANDA afirma que “[...] *para la consecución de los fines políticos que le han sido encomendados, es del todo preciso que disponga de la suficiente cobertura de medios personales y materiales*” (TUDELA, 2011:159). La importancia de esta cuestión no es baladí, hasta el punto de que alguna doctrina ha llegado a hablar de la necesidad de singularizar una función administrativo-parlamentaria que debería revalorizarse. (BLANCO, 2002: 157)

A mayor abundamiento, diremos que, esa autonomía del personal de las cámaras autonómicas no solo persiguen la imposibilidad de injerencia del Poder Ejecutivo (en la ya archiconocida antinomia o antítesis Poder Ejecutivo *versus* Poder Legislativo) sino que también busca la independencia de las mismas en relación con otros poderes no externos a la misma como constituyen los Grupos parlamentarios, al objeto de garantizar la máxima neutralidad y objetividad en los servicios a estos y a sus Diputados.

Estas funciones instrumentales, a las que hemos hecho referencia, son justificadas, a la vez, por una mejor adaptación a las funciones peculiares de las Asambleas Legislativas, tan diferentes, en la mayoría de los casos a las que conforman las Administraciones públicas, si bien, no por ello, no menos comunes a ellas.

En otras palabras, habrá materias que no sean comunes a las de la Administración pública, por ejemplo retribuciones de los diputados, procedimientos administrativos especiales relativos a la elaboración de acuerdos sobre tramitación legislativa o de nombramientos de personas de extracción parlamentaria, pero habrá otros, que pese a ser común a la Administración pública, como es el caso de la gestión del personal, es diferente, en la medida que la organización requerida para el desarrollo de las funciones parlamentarias, exigen cuerpos del personal diferentes, así como las relaciones de puestos de trabajo, horarios característicos, evaluación y desempeño de los puestos de la Administración parlamentaria que no podrán ser iguales a otro tipo de Administración, e incluso, responsabilidades diferentes. Sirva a modo de ejemplo, las actividades consultivas, como las jurídicas, entre las que hay que mencionar las asesorías técnicas de Comisiones parlamentarias, las realizadas en el seno del procedimiento legislativo, especialmente las relativas a calificación de enmiendas por las Mesas de las Comisiones, las relativas a las Comisiones de investigación o las actuaciones realizadas ante la jurisdicción constitucional. Otras, de tipo consultivo, son las de carácter económico, como en el apoyo realizado para la elaboración del presupuesto, o petición de información contable al Ejecutivo realizado por los diputados y grupos parlamentarios, gestiones administrativas de contratación y patrimoniales. Y para finalizar con las actividades consultivas, las lingüísticas y de redacción, siendo relevantes las primeras de las mencionadas en los parlamentos bilingües<sup>1</sup>.

Si bien, hay parte de la doctrina, tal es el caso de TUDELA ARANDA que únicamente justifica la autonomía administrativa de las cámaras en cuánto sea necesaria para garantizar la autonomía política. Consecuencia de ello, este autor no aprecia motivos para que existan “[...] *determinadas singularidades del régimen jurídico de sus funcionarios o de otras materias propias de la organización administrativa*” (TUDELA, 2008: 281). Pero, a la vez, afirma que «*Existen rasgos específicos del actuar parlamentario que justifican y explican diferencias razonables, sobre todo en relación con el régimen jurídico de su personal*» (TUDELA, 2008: 282).

La dotación de normas que constituyen la función pública parlamentaria por las propias cámaras parlamentarias se justifica, como dice MURO, en que «*si el parlamento puede determinar el estatuto de la función pública no parlamentaria, en la medida que lo regula por ley, a la que deberá subordinarse el ulterior desarrollo normativo por quien corresponda, puede, con mayor razón, ordenar su propio personal, sin otro límite que la Constitución.*» (MURO, 2009: 212).

Lo que hemos de entender por función pública parlamentaria engloba, tal como hemos afirmado, las especificidades del personal al servicio, tanto de las Cortes Generales, como de las Asambleas Le-

<sup>1</sup> Otros tipos de actividades son las de gestión como las publicaciones parlamentarias y documentación parlamentarias para la formación de la voluntad de las Cámaras, actividades de ejecución, etc. Véase para mayor explicitación y concreción de las materias auxiliares objeto de las cámaras parlamentarias a SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. (2009): “La función pública parlamentaria y su plasmación legislativa en Galicia”, *Corts: anuario de Derecho Parlamentario*, 22: 254-257.

gislativas de las CC.AA, si bien, no existe unanimidad en la definición del personal funcionario de las diferentes cámaras autonómicas y las Cortes Generales; extremo que señala SERRANO RUIZ. (SERRANO, 2006: 156.)

La justificación concreta de la autonomía de personal de las cámaras parlamentarias, de conformidad con lo que se ha ido exponiendo en este epígrafe, se traduce en las mismas cuestiones que fundamentan la autonomía parlamentaria, es decir, en la independencia de estos Parlamentos frente a los demás poderes (ello conlleva que las necesidades administrativas que deben ser satisfechas por las Cámaras, lo sean a través de su propio personal sometido a sus normas e instrucciones, evitando, por tanto, que las tareas administrativas necesarias para llevar a cabo las funciones parlamentarias sean realizadas por funcionarios públicos de otras instituciones).

Si bien, como afirma PÉREZ SERRANO, “[...] *no se trata pues de una ley privada que autorice excepcionalmente a persona o clase para gozar de un régimen singular y al margen de la ley; se trata de una normación especial, impuesta por la naturaleza de la institución y necesaria para que llene cumplidamente sus fines*” (PÉREZ, 1976: 770).

Con independencia del enfoque teórico expuesto hasta aquí, hemos de exponer también el fundamento práctico, resultado del día a día del funcionamiento cotidiano de las Cámaras, que se traduce en la naturaleza especial del trabajo parlamentario así como la disponibilidad y cualificación específica que deben reunir los empleados públicos parlamentarios, lo que justifica un cuadro jurídico regulador distinto al resto del personal y que abarca fundamentalmente la selección, retribución, organización y régimen disciplinario propios<sup>2</sup>.

### 3. LA POTESTAD NORMATIVA COMO PARTE DE LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PERSONAL

Al hablar de la autonomía administrativa en materia de personal o, incluso, de la función pública parlamentaria, se debe entender en un sentido amplio, como aglutinador de los diferentes regímenes jurídicos que regulan las clases de personal que prestan sus servicios en las cámaras parlamentarias.

Esta función pública parlamentaria es consecuencia de la autonomía administrativa de estas Asambleas Legislativas, motivada por la necesidad de autogestionar sus propios medios personales para poder realizar con independencia sus fines instituciones que constitucional y/o estatutariamente les corresponden a los Parlamentos.

Es, consecuentemente, la autonomía en materia de personal una manifestación del principio de autonomía parlamentaria, pues comparte el mismo fundamento, como es la salvaguarda de la independencia de la cámara frente al Poder Ejecutivo fundamentalmente, si bien, es una facultad instrumental respecto a los fines institucionales que tiene asignados pues se exige que las condiciones en las que se adoptan las decisiones de las Cámaras sean de independencia real.

La capacidad de autogestión de su personal, a la que nos hemos referido en el párrafo anterior, es amplia. Abarca la selección, la dirección y organización e, incluso, sanción, y si es necesario, la extinción de la relación administrativa del mismo.

Pero esa capacidad no es la misma que la reconocida a otras instituciones como la Administración autonómica, entes locales o universidades, sino que es una competencia normativa que aprueba el propio Parlamento; el Poder público sobre el que descansa la competencia legislativa, de ahí que, en muchos casos, esta capacidad normativa se traduzca en capacidad legislativa para la regulación de su propio personal.

En definitiva, estamos intentando reflejar la importancia esencial de la autonomía parlamentaria en la que se fundamenta la elaboración y aprobación de los EE.PP. Por ello, a tal fin, la autonomía administrativa de las cámaras parlamentarias debe englobar la potestad normativa plena.

---

<sup>2</sup> Además de la autonomía e independencia parlamentaria, se consigue mayor eficiencia mediante la existencia de un personal funcionario especializado en el trabajo parlamentario. GARCÍA-ESCUADERO destaca, en este sentido, que la autonomía de personal responde a un doble fundamento, teórico y práctico. El fundamento teórico deriva del principio de separación de poderes, mientras que el fundamento práctico estriba, en cambio, en la conveniencia de que exista un personal funcionario con una cualificación específica, dada la especial naturaleza del trabajo parlamentario. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (1998): “Artículo 72.1: autonomía funcional de las cámaras: reglamentaria, presupuestaria y de personal”, en *Comentarios a la Constitución Española*, ALZAGA VILLAAMIL, O., (dir.), vol. VI: 423. Madrid: Cortes Generales, Edersa.

Por tanto, es esa la argumentación por la que la Constitución, en su art. 72 CE, relaciona la autonomía en materia de personal con la autonomía reglamentaria y presupuestaria, así como suelen hacer los diversos EE.AA, y que analizamos en la materia referida en el epígrafe quinto de este artículo.

La autonomía en materia de personal incide en la organización y funcionamiento de los propios Parlamentos autonómicos de las CC.AA.

De modo análogo como la autonomía presupuestaria consigue la «independencia» respecto al Poder Ejecutivo en cuanto a los medios materiales; con la autonomía en materia de personal se consigue que los medios personales necesarios no dependan de ningún otro Poder. De esta forma, esta autonormatividad parlamentaria en materia de personal se configura como autonomía e independencia de las Asambleas Parlamentarias en la elaboración de sus propias normas reguladoras del personal que presta sus servicios profesionales en las mismas.

En consecuencia, vemos la importancia que adquiere el hecho de que estos Parlamentos autonómicos ostenten la facultad normativa para aprobar sus EE.PP con rango de ley, pues es, precisamente el rango legal de dicha norma la que establecerá de forma rotunda su «independencia» respecto a determinados ámbitos normativos estatales y competenciales como se recogen en las conclusiones de este estudio.

#### 4. REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El art. 72 CE entiende que es fundamental la existencia de un personal propio para las Cortes Generales, y ello en base a lo siguiente:

1. Se afianza la separación de poderes, pues al ser el personal diferente, se consolida la independencia del Poder Legislativo sin detrimento de que el régimen jurídico que regule a unos y otros colectivos se inspiren en principios comunes, lo que contribuye a que dichos regímenes sean parecidos.
2. La especialidad de la Administración parlamentaria debida a su naturaleza específica de acuerdo con las funciones parlamentarias (legislativa, de control, de impulso) y la función administrativa auxiliar, que debe desarrollar para la realización de las primeras, exigen de los funcionarios parlamentarios una cualificación determinada y completamente diferente de las del resto de los funcionarios de la Administración pública<sup>3</sup>.

Si bien esta especial cualificación justifica «desde siempre» un conjunto normativo propio, no es menos cierto que, en aras de la igualdad, preconizada por la Constitución española, fundamentalmente, y por el resto de la legislación en su desarrollo, hacen que los cuadros normativos de la Administración pública y de la Administración parlamentaria hayan iniciado un proceso de convergencia donde pudiera decirse que la autonomía parlamentaria en gestión de personal sea un vestigio histórico.

Sin embargo, la autonomía en gestión de personal, y administrativa, en general, de las Cortes Generales y Asambleas Legislativas de las CC.AA goza de buena salud. Ejemplo claro de esta autonomía es el EPCG al remitirse a determinada legislación de forma supletoria (relativa a procedimiento administrativo) y a otras no; facultad que ostentan las cámaras en base precisamente a su autonomía administrativa. (JIMÉNEZ, 1984: 693). De hecho, el art. 72.1 CE establece la capacidad de autonormación plena sobre el personal a su servicio sin ningún tipo de limitación, ni analogía al del resto de los funcionarios públicos.

En el mismo sentido, el EBEP establece que sus disposiciones sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica, entre otros, al personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las CC.AA<sup>4</sup>.

En conclusión, es lógico que la Constitución no haga mención a la función pública de los Parlamentos autonómicos de las CC.AA, pues incluso la creación de estas CC.AA no es una cuestión imperativa establecida por la Carta magna; pero si es conveniente resaltar que cuando el art. 72.1 CE afirma que *“las Cámaras establecen sus propios Reglamentos, [...] y de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales”*, no establece ninguna norma expresa a la que estos reglamentos y EPCG deban someterse,

<sup>3</sup> Esta especialidad en la Administración parlamentaria ha motivado que históricamente tengan un sistema propio en materia de personal (selección, retribuciones...). Esta especialidad contrasta con otras especialidades de la Administración pública, DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J. (1994): *Curso de Derecho Constitucional español*, vol. III, Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 914.

<sup>4</sup> Vid. artículo 4 del EBEP.

por lo que se entiende que los mismos gozan de gran autonomía en la regulación de las competencias que les son propias.

## 5. REGULACIÓN AJENA A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Tal como hemos expuesto, la autonomía de personal de las Asambleas Legislativas de las CC.AA no viene regulada en la Constitución, al menos, de forma expresa<sup>5</sup>, pudiéndose entender que está inmersa en la misma, dado que esta es una vertiente de la autonomía parlamentaria, globalmente considerada.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional señala que «*La extensión de la autonomía de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas viene determinada por el Estatuto de Autonomía de cada una de éstas (ya que no existe, a diferencia de las Cortes Generales, una garantía constitucional al respecto)*»<sup>6</sup>, si bien, podríamos entender que dicha autonomía en materia de personal es aplicable en base a cinco argumentos:

1. Por analogía del art. 72 CE pues los ordenamientos estatutarios son similares al constitucional.

2. Los reglamentos parlamentarios, en general, prevén que las Cámaras deben aprobar un estatuto del personal (aunque no concretan, salvo excepciones, el órgano que debe aprobarlo). En tal sentido, la Disposición Adicional Segunda del Reglamento de Parlamento de Andalucía, aprobado por el Pleno del Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada los días 18, 19 y 20 de abril de 1995, establece que «los derechos, deberes y situaciones de los funcionarios y resto del personal al servicio del Parlamento de Andalucía serán determinados por un Estatuto de Personal.» En el mismo sentido, ya lo contemplaba la Disposición Final 4.<sup>a</sup> del Reglamento del Congreso, de 10 de febrero de 1982, y la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> del Texto refundido del Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994, respecto a su propio personal.

De modo mimético, lo hacen los restantes reglamentos parlamentarios autonómicos: art. 166 del Reglamento del Parlamento de Asturias, art. 63.2 del Reglamento de las Islas Baleares, art. 71.1 del Reglamento del Parlamento de Canarias, Disposición Final 1.<sup>a</sup> del Reglamento del Parlamento de Cantabria, Disposición Final 3.<sup>a</sup> del Reglamento de las Cortes de Castilla y León, art. 72 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, art. 200.3 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> del Parlamento de Galicia, art. 117.1 y 2 del Reglamento del Parlamento de Extremadura, art. 49 f), 87 y Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup> del Reglamento de la Asamblea de Madrid, art. 78.3 y Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Asamblea Regional de Murcia, art. 71.1 y Disposición Adicional 3.<sup>a</sup>, adpos. 1 y 2 del Reglamento del Parlamento de Navarra, arts. 57.2 y 72 del Reglamento del Parlamento del País Vasco, art. 164 del Reglamento del Parlamento de la Rioja y art. 110 del Reglamento de las Cortes Valencianas.

3. En otros casos, son los propios EE.AA los que recogen esta atribución para sus Asambleas Parlamentarias. Son los correspondientes a las CC.AA de Aragón, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, La Rioja, País Vasco, Principado de Asturias y Región de Murcia.

Es decir, sea por vía estatutaria o a través de los propios reglamentos de las Asambleas Parlamentarias, se está reconociendo la autonomía de personal como algo esencial de la autonomía parlamentaria pues en la mayoría de los diversos EE.AA se establecen la autonomía reglamentaria de sus respectivas cámaras, y los reglamentos de estas, a su vez, reconocen la autonomía de personal como una vertiente de la reglamentaria.

A mayor abundamiento de lo anterior, consideramos la autonomía parlamentaria de las *asambleas legislativas* y su capacidad autoorganizativa como premisa básica para su autoregulación normativa. No obstan-

<sup>5</sup> Sólo ocho EE.AA contienen la precisión de la aprobación autónoma de sus respectivos EE.PP por la respectiva Asamblea; son los de Aragón, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, La Rioja, País Vasco, Principado de Asturias y Región de Murcia (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja, Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias, y Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, respectivamente).

<sup>6</sup> STC 179/1989, de 2 de noviembre, FJ 4.º.

En la misma línea, CID VILLAGRASA recoge que las asambleas legislativas autonómicas no reciben directamente de la Constitución su estatus y competencias esenciales, sino de sus EE.AA, en CID VILLAGRASA, B. (2001): "La administración parlamentaria", *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 5: 126. En el mismo sentido, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (1998) cit. 393 y ss., y GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (1999): cit., 209.

te, respecto a la regulación concreta de la autonomía parlamentaria realizada por los EE.AA de las diversas CC.AA, debemos recordar que todos ellos hacen una mención de la misma, ya sea de forma expresa o no, salvo el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

Véase, en el sentido indicado, el art. 58 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 102 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, art. 27 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, art. 34 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón y art. 16 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en los cuales se recogen expresamente el término «autonomía parlamentaria».

En sentido contrario, no se recoge dicha expresión, pero sin embargo se reconoce la autonomía parlamentaria, en el art. 27 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, art. 12 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia, art. 28 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias, art. 12 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, art. 18 de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja, art. 25 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, art. 12 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias, art. 16 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, art. 45 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, art. 12 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Asamblea de Madrid y art. 23 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Únicamente, tal como adelantábamos antes, el art. 11 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, no reserva la autonomía parlamentaria de su parlamento, realizando solo la reserva de dos funciones como son la elección de la Mesa de la Cámara y la fijación del presupuesto de la misma (no encomienda su elaboración, aunque debe sobreentenderse que la misma debe corresponder a dicho Órgano Legislativo). Ni siquiera, cuando en los artículos 10, 11 o 21 establece determinada regulación como reservada para el reglamento parlamentario, determina la mayoría de votos necesarios para su aprobación.

Pero ¿qué ocurre en este caso<sup>7</sup> en el que el estatuto de autonomía tampoco recoge la autonomía reglamentaria? La Doctrina entiende que dicha vertiente está incluida en la autonomía parlamentaria según el modelo parlamentario que preconiza la Constitución, y que no es necesaria una atribución expresa, sin embargo, ¿no entiende lo mismo con la autonomía en materia de personal?

La Doctrina tampoco se plantea si esta facultad no es inherente a la autonomía parlamentaria *lato sensu*, lo que ocurre es que es diferente si está recogida, o no, en el estatuto de autonomía respectivo tal vertiente, en orden a la posición en el sistema de fuentes del Derecho de la norma reguladora del personal, en relación, igualmente, a lo señalado por el Tribunal Constitucional<sup>8</sup>, y desde nuestro punto de vista, será decisivo en la configuración de dicha autonomía como competencia exclusiva de la propia cámara.

4. A los efectos del control de constitucionalidad, se les da el mismo tratamiento a los reglamentos de las Asambleas Legislativas de las CC.AA que a los de las Cortes Generales, tanto para los actos de ley<sup>9</sup> como para los actos sin valor de ley<sup>10</sup>.

5. Por la declaración del Tribunal Constitucional, se considera posible la aplicación supletoria del EPCG a los funcionarios de los Parlamentos autonómicos<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha no establece *stricto sensu* una reserva reglamentaria a favor de su cámara legislativa, pues únicamente dice que un reglamento establecerá, precisará, regulará... pero no establece quien ha de aprobarlo y menos aún la mayoría necesaria para dicha aprobación.

<sup>8</sup> «La extensión de la autonomía de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas viene determinada por el Estatuto de cada una de éstas» (STC 179/1989, de 2 de noviembre, FJ 4.º).

<sup>9</sup> Artículo 27.2.d) LOTC.

<sup>10</sup> Artículo 42 LOTC.

<sup>11</sup> ATC 241/1984, de 11 de abril (Sala 1.ª, Sección 2.ª), FJ 2.º b), con ocasión del recurso de amparo presentado contra la resolución de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León, establece que «...hay que tener en cuenta que si bien, por ahora, las Cortes de Castilla y León no tienen aprobado su Reglamento ni tampoco el Estatuto del personal a su servicio, de acuerdo con el art. 1 de las Normas Provisionales de Organización y Funcionamiento de dicha Asamblea legislativa (...) se aplica supletoriamente el Reglamento del Congreso de los Diputados en tanto se proceda a la mencionada aprobación» (...) «En virtud de esa remisión es aplicable también

A pesar de que la autonomía en materia de personal de las cámaras parlamentarias autonómicas no tenga su raíz directa en la Constitución, no quiere decir por ello, que esté limitada por sus propios EE.AA, sino todo lo contrario, pues desde nuestro punto de vista, los EE.AA no limitarían la autonomía de personal de sus cámaras legislativas, sino que la ampararía y atribuiría. Únicamente, podríamos entender unos EE.AA limitadores de dicha capacidad autonormadora si es en sentido negativo, es decir, en aquellos EE.AA en que, precisamente por su falta de regulación, no haga alusión a dicha competencia de su Cámara legislativa<sup>12</sup>.

En conclusión, a las Administraciones parlamentarias se les dota de los medios personales necesarios, tal como expresamente prevén los respectivos reglamentos parlamentarios de las Asambleas Legislativas de las CC.AA<sup>13</sup>. En relación con ello, es la propia cámara legislativa la que, a través de los procedimientos establecidos, aprueba diversas normas como son el reglamento parlamentario<sup>14</sup> y el estatuto del personal, entre otras, siendo esta última la encargada de regular los medios personales con que se dota a la Asamblea Legislativa, como son los derechos, deberes y situaciones de los funcionarios y resto del personal al servicio de la misma, sin perjuicio de las competencias que las propias Cámaras, a través de sus normas (reglamento parlamentario y estatuto del personal, fundamentalmente) atribuyen a sus Mesas, como órganos rectores, siendo común a todos ellos la atribución a la Mesa de la aprobación de la composición y naturaleza de la plantilla de personal de la Cámara, la selección y nombramiento de este. En tal sentido, podemos citar los arts. 28.1.3.º de los reglamentos parlamentarios de Andalucía, 29.1.i) de Aragón, 37.1.f) de Asturias, 71.2 de Canarias, 33.1.g) de Cantabria, 27.1.3.º de Castilla y León, 32.1.9.ª de Castilla-La Mancha, 29.3.i) de Cataluña, 49.5 de Extremadura, 49.1.f) de Madrid, 44.e) de Murcia, 28.1.f) de La Rioja, 34.1.Cuarto de las Cortes Valencianas; suponiendo excepciones a lo indicado anteriormente los reglamentos parlamentarios de las Islas Baleares, Canarias, Galicia, Navarra y País Vasco que no establecen de forma específica la competencia de la aprobación de las respectivas plantillas de personal.

## 6. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A LA COMPETENCIA NORMATIVA DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS EN RELACIÓN CON SUS ESTATUTOS DEL PERSONAL<sup>15</sup>

De la misma forma que se ha llevado a cabo por nuestro Tribunal Constitucional el encuadramiento material del EPCG, debe hacerlo respecto del resto de EE.PP sobre los cuales debe pronunciarse.

En efecto, es lo que el Tribunal Constitucional ha hecho en las sentencias, que analizamos a continuación, respecto a los EE.PP sometidos al análisis del Tribunal, es decir, ha realizado el encuadramiento material de estos EE.PP como un *príus* antes de examinar el contenido de los mismos.

En tal sentido, podemos citar la siguiente Jurisprudencia:

Respecto al ATC 296/1985, de 8 de mayo, no obstante, no hace mención a la cuestión de la vinculación del Estatuto de Régimen y Gobierno Interior del Parlamento de Navarra con la LORAFNA, norma institucional básica de la Comunidad Foral de Navarra, sino que únicamente el Tribunal entiende que el

---

*subsidiariamente a las Cortes de Castilla y León el referido Estatuto –aprobado por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado–» (...).*

<sup>12</sup> Para GARCÍA-ESCUADERO la autonomía de personal de los parlamentos autonómicos estaría limitada por los respectivos EE.AA, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (1999), cit., 218.

<sup>13</sup> Así lo disponen los siguientes preceptos: art. 60 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, art. 272 del Reglamento del Parlamento de Asturias, art. 63.1 del Reglamento de las Islas Baleares, art. 70.1 del Reglamento del Parlamento de Canarias, art. 62 del Reglamento del Parlamento de Cantabria, art. 59.1 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León, art. 71 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, art. 25.1 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, arts. 40.1 y 116.2 del Reglamento del Parlamento de Extremadura, art. 87 del Reglamento de la Asamblea de Madrid, art. 78.2 del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia, art. 70 del Reglamento del Parlamento de Navarra, art. 28.1 del Reglamento del Parlamento del País Vasco, Disposición Adicional 4.ª del Parlamento de Galicia y art. 108.2 del Reglamento de las Cortes Valencianas.

<sup>14</sup> Si bien, el reglamento parlamentario no tiene como finalidad la Administración parlamentaria, *stricto sensu*, sino el parlamento como órgano constitucional, ya que es la norma «mediante la cual se desarrolla la materia parlamentaria constitucionalmente establecida, disciplinándose al mismo tiempo los trabajos internos de las Cámaras» (Definición de reglamento parlamentario de PÉREZ ROYO, J. (1994): *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid. Marcial Pons, 458), no cabe duda alguna, que la propia Administración parlamentaria ha de estar sujeta a la misma.

<sup>15</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se recoge en este epígrafe se refiere únicamente a la que establece como vínculo específico la incardinación de los estatutos del personal con sus respectivos EE.AA y no a cualquier otra relacionada con otros extremos que son ajenos, a la autonomía normativa de los Parlamentos autonómicos, objeto de este artículo.

acto impugnado tiene el carácter de disposición general, al estar integrado en un Estatuto con valor de Ley (aunque emanado de la Mesa de la Cámara, como vemos en el subepígrafe siguiente), por lo que no está comprendido en la hipótesis del art. 42 LOTC.

El ATC 296/1985, de 8 de mayo, es el primer pronunciamiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional relativo a las normas de personal de las cámaras autonómicas, y hubiera cabido pensar, en su momento, que el reconocimiento del Tribunal respecto al Estatuto navarro, como norma con valor de ley, debería ser aplicable a los restantes EE.PP de las cámaras legislativas autonómicas, fundamentalmente, porque tal como hemos indicado en el párrafo anterior, la sentencia no establece como premisa ninguna relación directa entre el Estatuto de Autonomía navarro y el Estatuto de Régimen y Gobierno Interior de dicho Parlamento, y dado, por otro lado, que el citado Estatuto tiene su fundamento en el Reglamento parlamentario navarro, en tanto que la LORAFNA, no contiene previsión alguna al respecto, por lo que no puede predicarse el rasgo de primariedad.

La STC 183/2012, de 17 de octubre, en relación con la naturaleza de las Normas de Gobierno Interior del Parlamento de Canarias, se remite a la posición que en el sistema de fuentes ocupa el EPCG en relación con el pronunciamiento realizado en la STC anterior (139/1988, de 8 de julio), es decir, vincula el Estatuto del personal canario con su respectivo Estatuto de Autonomía, al igual que la STC 139/1988 vinculaba el EPCG con la Constitución.

Es patente el cambio de parecer del Tribunal Constitucional y que, en aquel momento histórico, se debió a que, si no hubiera entendido entonces que la citada norma era susceptible de control de constitucionalidad, no hubiera resultado posible su fiscalización jurisdiccional ante ninguna otra instancia, pues al momento de resolverse el recurso de amparo que originó dicho auto, la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, de 1 de julio, todavía no había entrado en vigor.

Respecto al resto de la jurisprudencia, si se contempla el establecimiento de una conexión entre los EE.PP y la norma fundamental; en unos casos, con la Constitución (en el caso del EPCG), como norma suprema; en otros casos, con los respectivos EE.AA, como normas institucionales básicas de las CC.AA.

En tal sentido, la STS, de 20 de enero de 1987 (RJ 1987\317), establece en el FJ 3.º que el EPCG es el resultado de la reserva que a su favor hace la Constitución:

[...] dicho Estatuto es el resultado de la autonomía institucional de ambas Cámaras reconocida en el artículo 72.1 de la Constitución Española, y como tal, se reconoce a aquéllas la facultad de regular el Estatuto del Personal de las Cortes Generales; estos Estatutos, como reguladores de la denominada función pública, tienen una indudable reserva constitucional a la Ley [...]

La STC 139/1988, de 8 de julio, establece como premisa básica del rango de ley del EPCG que el mismo tenga una vinculación directa con la Constitución, que exista una reserva a favor de la norma (FJ 2.º):

[...] baste con retener que la Constitución, en su art. 72.1, establece una reserva formal y material a favor del «Estatuto del Personal de las Cortes generales», de manera que ese Estatuto aparece como una norma directamente vinculada a la Constitución, es decir, como una norma primaria –o acto normativo primaria– que, por ello mismo, determina que la regulación a él encomendada quede fuera del alcance de cualquier otra norma jurídica. Así, pues, el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, por imperativo constitucional, goza de una efectiva fuerza de Ley, al menos en su vertiente pasiva, por cuanto que ninguna otra norma del ordenamiento puede proceder a la regulación que a él le ha sido reservada y en exclusiva atribuida por la Constitución [...]

El ATS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989\6857), continúa en la misma línea que la jurisprudencia constitucional de la sentencia anterior, al considerar, en el FJ 3.º, el carácter reglamentario de las normas del Parlamento navarro, por no tener punto de conexión con el Estatuto de Autonomía de Navarra:

Y tampoco puede traerse a colación el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, que sí se incardina directamente en la Constitución (art. 72.1) y por ello le cabe el calificativo de norma de carácter primario, pues el Estatuto de Régimen y Gobierno Interior del Parlamento de Navarra no tiene punto de conexión con la LORAFNA sino que deriva del Reglamento del Parlamento de Navarra [...].

En el mismo sentido, en FJ 4.º de la STS, de 26 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7339), se vincula el EPCG con la Constitución:

[...] no se puede identificar con un reglamento propiamente dicho, sino, más bien, se trata de una auténtica Ley, en la medida que tales normas reglamentarias proceden de los órganos legislativos y enlazan directamente con las normas constitucionales –art. 72.2–, de lo que se infiere, como conclusión, que son normas primarias, sólo justiciables ante el Tribunal Constitucional.

La STS<sup>16</sup>, de 21 de diciembre de 2007 (9068/2007), si bien, no nombra de forma expresa la reserva competencial, si se refiere a la autonomía singular que disfrutaban las Cámaras que les permiten apartarse del régimen de personal que se regula con carácter general. En tal sentido, el FJ 4 dice que:

Ninguna duda cabe sobre la especial posición que la Constitución asigna al Congreso de los Diputados y al Senado, ni tampoco sobre las características que distinguen a la Administración Parlamentaria precisamente porque está al servicio de las Cortes Generales y, por tanto, de las funciones que éstas desempeñan. De ahí la singular autonomía que disfrutaban las Cámaras, en virtud de lo dispuesto por el artículo 72 de la misma Constitución. Parece igualmente claro que esas señaladas características pueden llegar a justificar, en algunos casos y respecto de aspectos concretos del régimen del personal que presta servicio para ellas, soluciones particulares que se aparten de lo establecido con carácter general para los funcionarios públicos o para quienes trabajan para las Administraciones en razón de un contrato laboral.

En la misma línea, la STC 183/2012, de 17 de octubre, en la que se examina las Normas de Gobierno Interior del Parlamento de Canarias, en relación a la reserva que pueda hacer el Estatuto de Autonomía de Canarias, también con carácter negativo, pues en este caso, de modo análogo al ATS anterior, afirma, en el FJ 5.º, que:

[...] podemos ya descartar que las Normas de gobierno interior y, por tanto, la disposición transitoria primera impugnada en esta cuestión de inconstitucionalidad tengan fuerza de Ley. No existiendo una reserva en el Estatuto de Autonomía de Canarias a favor del estatuto del personal del Parlamento no puede predicarse de las Normas de gobierno interior su carácter primario o directamente derivado del Estatuto de Autonomía, por lo que carecen de la condición de norma con fuerza y valor de Ley y, por tanto, del carácter de «acto con fuerza de Ley» [...].

## 7. CONCLUSIONES

Es sustancialmente diferente si dicha facultad o competencia está recogida de forma expresa, o no, en el Estatuto de Autonomía respectivo, en orden a la posición en el sistema de fuentes del Derecho de la norma reguladora del personal, en relación, igualmente, a lo señalado por el Tribunal Constitucional<sup>17</sup>; es decir, será uno de los requisitos que se debe tener en cuenta si se pretende que la norma parlamentaria en materia de personal tenga rango legal o reglamentario.

Consecuencia de ello es que, la previsión estatutaria constituye la condición básica y primera (pero, no única, ni suficiente) para que dichos EE.PP ostenten rango legal. Consecuentemente con lo expuesto, el reconocimiento de una competencia exclusiva y específica recogida en los EE.AA, a favor de sus Asambleas Parlamentarias, no constituye, *per se*, que la misma funcione de forma automática para habilitar el rango legal de esta tipología de normas.

Los EE.PP, considerados como leyes autonómicas, implican una operación de encuadramiento material de las mismas. Es decir, se exige una vinculación del estatuto del personal en cuestión con un título competencial habilitante para la aprobación del mismo como norma legal, siendo su ajuste o no al sistema de distribución competencial el que indicará, consecuentemente, su correcta posición en el ordenamiento constitucional. Este encuadramiento dará como resultado la intensidad o capacidad de las cámaras legislativas para regular la función pública parlamentaria a través de los EE.PP.

En otras palabras, las consecuencias relativas a la naturaleza jurídica de los EE.PP originadas por la diferenciación de origen (previsión por los EE.AA o por los reglamentos parlamentarios) serán importantes,

<sup>16</sup> STS 9068/2007, consecuencia del recurso contencioso-administrativo núm. 149-2004, interpuesto por don Clemente, funcionario del Cuerpo de Ujieres de las Cortes Generales, con destino en la Unidad de Servicios Generales de la Dirección de Gobierno Interior del Senado, contra la Resolución de la Mesa de la Diputación Permanente del Senado de 1 de abril de 2004.

<sup>17</sup> STC 179/1989, de 2 de noviembre, FJ 4.º.

pues si podemos afirmar el rasgo de primariedad de los EE.PP que tengan su origen en sus respectivos EE.AA (en su caso), no podemos predicar lo mismo respecto de aquellos estatutos cuya única previsión son sus reglamentos parlamentarios, como hemos comprobado con la jurisprudencia que hemos analizado.

En definitiva, respecto a las competencias normativas que han de ostentar las Asambleas Legislativas autonómicas para que los EE.PP, aprobados por las referidas cámaras, tengan rango de ley, se exige que haya una conexión o vinculación directa con el Estatuto de autonomía respectivo.

Sin perjuicio de todo lo anterior, recordemos que, si bien es necesario, como ha quedado suficientemente reflejado, un título competencial que habilite al legislador autonómico para aprobar, como norma legal, el estatuto del personal, dicho título competencial se encuentra con unos límites competenciales y unos títulos transversales, que complican la labor de las cámaras autonómicas en el referido propósito.

En resumen, se podría pensar, *prima facie*, en considerar que los EE.PP de los Parlamentos autonómicos y el EPCG tienen el mismo rango normativo, y otorgarles, por tanto, el rango normativo de fuerza y valor de ley, y que, consecuentemente, aquellos sean justiciables en el Tribunal Constitucional, a través del art. 27 LOTC. Pero, como hemos ido exponiendo a lo largo de este trabajo, debemos tener en cuenta el ordenamiento jurídico autonómico, la distribución competencial y, por tanto, los sistemas de fuentes de las diversas CC.AA, que poseen particularidades que impiden hacer una posición genérica de los EE.PP de las cámaras parlamentarias autonómicas, de forma general, ya que cada Comunidad Autónoma tiene, en principio, un ordenamiento jurídico y sistema de fuentes del derecho propios.

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO HERRANZ, F. J. (2002): “Modernización de los parlamentos: nuevas herramientas de gestión para su organización y funcionamiento”, en *El Parlamento del siglo XXI, VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*: 157-187. Madrid: Tecnos.
- CID VILLAGRASA, B. (2001): “La administración parlamentaria”. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 5: 125-150.
- DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J. (1994): *Curso de Derecho Constitucional español*, vol. III, Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. (2008): *El poder legislativo entre la política y el derecho*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (1998): “Artículo 72.1: autonomía funcional de las cámaras: reglamentaria, presupuestaria y de personal”, en *Comentarios a la Constitución Española*, ALZAGA VILLAAMIL, O., (dir.), vol. VI: 389-429. Madrid: Cortes Generales, Edersa.
- (1999): “Actos de la administración parlamentaria”, en *Los actos del parlamento*: 205-274. Vitoria-Gasteiz. Parlamento Vasco.
- GUILLEM CARRAU, J. (2011): “Ejes de la función pública parlamentaria y el principio del buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2: 70-81.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1984): “El estatuto de personal del Parlamento Vasco: notas en torno a su naturaleza y control jurisdiccional”, en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, vol. II: 687-713. Madrid. Congreso de los Diputados.
- MARTÍNEZ CORRAL, J. A. y VISIEDO MAZÓN, F. J. (2008): “El Estatuto Básico del Empleado Público y su posible aplicación a los Parlamentos autonómicos”. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 19: 93-132.
- (2009): “El régimen del personal al servicio de los parlamentos autonómicos, heterogeneidad o fragmentación: la conveniencia de promover una Conferencia de Cooperación de Administraciones Parlamentarias”, *Corts: anuario de Derecho Parlamentario*, 22: 145-178.
- MURO I BAS, X. (2009): “Notas en torno a las normas internas del Parlamento en materia de personal”, *Corts: anuario de Derecho Parlamentario*, 22: 209-228.
- PÉREZ ROYO, J. (1994): *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid. Marcial Pons.
- PÉREZ SERRANO, N. (1976): *Tratado de Derecho Político*. Madrid. Civitas.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. (2009): “La función pública parlamentaria y su plasmación legislativa en Galicia”, *Corts: anuario de Derecho Parlamentario*, 22: 251-272.
- SERRANO RUIZ, E. (2006): “Los funcionarios de la Administración parlamentaria en España”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 15: 143-164.
- TUDELA ARANDA, J. (2008): *El parlamento necesario: parlamento y democracia en el siglo XXI*. Madrid. Congreso de los Diputados.
- (2011): “La Administración parlamentaria en la encrucijada de la renovación”, *Corts: anuario de Derecho Parlamentario*, 23: 157-191.



## De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)<sup>1</sup>

*Again on non-attached members of local government  
(the ruling of the constitutional court 151/2017, december 21)*

Lourdes de la Torre Martínez  
Universidad de Jaén  
lotorre@ujaen.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Contratada Doctora desde septiembre de 2005 y acreditada por ANECA como Profesor Titular de Universidad desde junio de 2013. Cuenta con dos sexenios de investigación reconocidos por la CNEAI (2005-2010) y (2011-2016). Se licencia en Derecho por la Universidad de Jaén en junio de 2000 (número uno de la promoción 1996-2000, con varios premios) y en abril de 2001 obtiene una beca FPU del MEC. Presenta DOCTORADO EUROPEO, bajo el título *Telecomunicaciones y Municipios*, dirigida por el profesor Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, realizando estancias de investigación de larga duración en las Universidades alemanas de Colonia y Bochum. Sus líneas de investigación principales son: Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho Local y Servicios de Interés Económico General en Europa, que ha desarrollado en un grupo de investigación financiado por la Comunidad Autónoma de Andalucía (*Andalucía y la Unión Europea. Participación institucional de la Comunidad Autónoma Andaluza en el proceso de desarrollo de la Unión Europea*) y varios proyectos de investigación: uno, I+D+i del Plan Nacional del Ministerio de Ciencia e Innovación (*Los intereses colectivos: representación y defensa ante la Administración y los tribunales. Las «otras» legitimaciones*), otro, del que ha sido IP, de la Universidad de Jaén (*El impacto de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el Derecho administrativo con carácter general y en el acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en particular*). En la actualidad es IP del Proyecto I+D+i del Plan Nacional Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Andalucía (DER2016-74843-C3-3-R), que se enmarca en otro principal, dirigido por la profesora Carbonell Porras. Ha sido responsable de 5 proyectos de innovación docente financiados por la Universidad de Jaén desde el año 2005 hasta la actualidad. Ha desempeñado distintos cargos unipersonales en la Universidad de Jaén, en el Decanato de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, desde febrero de 2006 hasta 2014. Desde mayo 2015 es Vicesecretaria General.

---

### RESUMEN

En este trabajo analizamos la Sentencia del TC 151/2017, que da un paso adelante en la configuración de los derechos que corresponden a los concejales no adscritos, inherentes al art. 23.2 CE. En particular,

---

<sup>1</sup> Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional, *Las Entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea* (DER2016-74843-C3-1-R), del que la Investigadora Principal es Eloísa Carbonell Porras. A su vez, se integra en el proyecto subordinado *Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Andalucía* (DER2016-74843-C3-3-R), del que soy investigadora principal. Ambos se desarrollan en el Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI) SEJ-317, "El Derecho Público y la crisis institucional y económica".

nos referimos al derecho a la participación en la actividad de control del gobierno local cuando se trata de presentar una moción de censura contra el Alcalde. En la Sentencia, el TC reconoce la aplicación del citado derecho a todos los concejales, eliminando el quorum reforzado exigido por el art. 197.1 letra a) párrafo 3 LOREG a los concejales no adscritos, sin diferenciar las circunstancias ni los objetivos, no necesariamente fraudulentos, que pudieron llevar a esa desvinculación y declarando su nulidad.

### **PALABRAS CLAVE**

Concejales no adscritos; transfuguismo; moción de censura; derecho fundamental del artículo 23.2 CE.

### **ABSTRACT**

In this work we study the ruling of the Constitutional Court 151/2017 that implies a step forward in the setting of the rights regarding non-attached members of the Local Government (art. 23.2 CE). In particular we refer to the participation in the control of the Local Government when dealing with a motion of censure against the Mayor. In this sense, the Constitutional Court recognizes this right to all the members of the Local Government, and eliminates the requirement of reinforced quorum in art.197.1 letter a, paragraph 3 LOREG for non-attached members, without differentiating neither the circumstances nor the not necessarily fraudulent goals, that could have led to that decoupling, declaring it null.

### **KEYWORDS**

Non-attached members; political defection; motion of censure; fundamental right of art. 23.2 CE

### **SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO DE LA CUESTIÓN. III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 151/2017, DE 21 DE DICIEMBRE: 1. ANTECEDENTES DE HECHO. 1.1. La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife. 1.2. El recurso de apelación ante el TSJ de Canarias y planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad con relación al artículo 197.1 a) LOREG, párrafo tercero, por vulneración del artículo 23.2 CE. 1.3. Las alegaciones de las partes. 2. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA. 2.1. La participación en la actividad de control del gobierno local es una función de todos los concejales y pertenece al núcleo representativo del art. 23.2 CE. 2.2. Análisis de la constitucionalidad del art. 197.1 a) párrafo tercero LOREG. 2.3. Juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto del artículo art. 197.1 a) párrafo tercero LOREG. 2.4. Alcance y efectos del fallo. 3. VOTOS PARTICULARES. IV. REFLEXIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El abandono de los concejales de su grupo político de procedencia y el transfuguismo no son fenómenos nuevos, sino que vienen generando bastantes problemas en el ámbito político y jurídico desde hace tiempo<sup>2</sup>, de ahí que el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) desde la década de los ochenta ha intentado resolver diversas cuestiones relativas a la titularidad del cargo cuando el concejal abandona su partido<sup>3</sup>. La mayoría de la doctrina considera que esta práctica anómala en la vida local cuenta con importantes

<sup>2</sup> La figura del concejal no adscrito procede del *Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el Transfuguismo en las Corporaciones Locales* suscrito entre el Ministerio de Administraciones Públicas y los representantes de todos los partidos políticos del Parlamento, de 7 de julio de 1998, conocido también como «Acuerdo Antitránsfuga». El Acuerdo de 1998 ha sido renovado en dos ocasiones, en el año 2000 y por la II Adenda, de 23 de mayo de 2006. Según la II Adenda, tránsfugas son: «los representantes locales que, traicionando a sus compañeros de lista y/o de grupo –manteniendo estos últimos su lealtad con la formación política que los presentó en las correspondientes elecciones locales–, o apartándose individualmente o en grupo del criterio fijado por los órganos competentes de las formaciones políticas que los han presentado, o habiendo sido expulsados de éstas, pactan con otras fuerzas para cambiar o mantener la mayoría gobernante en una entidad local, o bien dificultan o hacen imposible a dicha mayoría el gobierno de la entidad».

<sup>3</sup> Una de las primeras Sentencias del TC en esta materia, la STC 10/1983, de 21 de febrero, desarrolla el contenido del derecho al cargo público y reconoce que: «una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término».

consecuencias<sup>4</sup>. Además, no podemos perder de vista que a la luz de la regulación vigente la figura del tráfuga no siempre coincide con la del concejal no adscrito<sup>5</sup>. De este modo, la calificación de concejal no adscrito implica un régimen jurídico definido en la legislación básica estatal, en la autonómica, y en la normativa de los Municipios, que no tiene por qué coincidir con la de concejal tráfuga. No se trata, por tanto, de nociones recíprocas<sup>6</sup>.

En este trabajo tratamos principalmente de dar cuenta de la Sentencia del TC 151/2017, de 21 de diciembre, en la que el Tribunal da un nuevo paso adelante en la configuración de los derechos de los concejales no adscritos, derivados del núcleo fundamental y representativo del art. 23.2 CE. En particular, nos referimos al derecho que corresponde a los concejales de participación en la actividad de control del gobierno local. En este supuesto el TC declara, de forma expresa y por vez primera, que la ruptura de un concejal con su partido político no siempre tiene naturaleza fraudulenta. El TC trata de dilucidar si los concejales no adscritos ven limitado su derecho a participar en la actividad de control del gobierno local, cuando promueven una moción de censura del Alcalde al amparo del art. 197.1 letra a) párrafo tercero de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 1999 (en adelante LOREG). Además, el TC analiza si el citado derecho constituye un derecho fundamental incardinado en el art. 23.2 CE.

Finalmente, el TC, en la Sentencia objeto de estudio, concluye con la declaración de inconstitucionalidad del art. 197.1 letra a) párrafo tercero de la LOREG.

## II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Antes de adentrarnos en el estudio de la Sentencia del TC 151/2017, de 21 de diciembre, resulta imprescindible conocer el contexto en el que surge la figura de los concejales no adscritos, su régimen jurídico y su relación con el concepto político de transfugismo.

El punto de partida debemos situarlo en el art. 73 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LBRL). En la redacción original del art. 73 LBRL no contemplaba ninguna previsión respecto a los concejales no adscritos ni a los grupos políticos, y permitía, en cierto modo, la equiparación de los derechos de éstos con los que corresponden a los concejales en general. El 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 (en los sucesivos ROF) contiene la regulación aplicable a los grupos políticos en los artículos 23 a 29 y establece que los miembros de las Corporaciones Locales, a efectos de su actuación corporativa, se constituirán en grupos y que nadie puede pertenecer simultáneamente a más de un grupo (art. 23).

La figura del concejal no adscrito nace en el seno de un acuerdo político, el *Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el Transfugismo en las Corporaciones Locales* suscrito entre el Ministerio de Administraciones Públicas y los representantes de todos los partidos políticos del Parlamento, de 7 de julio de 1998, también conocido como «Acuerdo Antitráfuga»<sup>7</sup>. Además se crea

<sup>4</sup> DE ESTEBAN, J. (1990), "El fenómeno del transfugismo político y la jurisprudencia constitucional", *REP*, núm. 70, págs. 7-32; MURILLO DE LA CUEVA, P. L. (1992), "Problemas constitucionales de la representación política", *Debate Abierto*, núm. 7, pág. 142 y ss.; ABELLAN, A. M. (1994), "Los representantes y el derecho de participación en el ordenamiento jurídico español", *REP*, núm. 84, pág. 212 y ss.; PRESNO LINERA, M. A. (1998), "La superación del transfugismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática", *REALA*, núm. 277, pág. 120; GARCÍA ROCA, J. (1998), *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, pág. 79; GONZÁLEZ DEL TESO, T. (2005), "Transfugismo y concejales no adscritos (A propósito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003)", *Justicia Administrativa*, núm. 27, pág. 38. No obstante, hay autores en nuestra doctrina que defienden como respuesta al transfugismo la pérdida del cargo: BLANCO VALDÉS, R. L. (1990), *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, pág. 55; BLANCO VALDÉS, R. L. (2003), "Transfugismo y democracia en la Comunidad de Madrid", *Claves de la Razón Práctica*, núm. 135, pág. 47.

<sup>5</sup> ALONSO MÁS, M. J. (2005), "El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos", *Revista de Administración Pública*, núm. 168, septiembre-diciembre, págs. 98 a 107.

<sup>6</sup> La condición de concejal tráfuga implica una calificación política otorgada por la Comisión de Seguimiento con fundamento en el Pacto Antitráfuga de 2006 y conlleva la adopción de ciertas medidas que vienen a castigar al concejal tráfuga, previstas de cara a las futuras elecciones.

<sup>7</sup> Una de las reglas que introdujo el Acuerdo consistía en «desincentivar el transfugismo político a través de la adopción de medidas disuasorias de carácter económico, reglamentario y protocolario», y propiciar las reformas en los reglamentos orgánicos de las Corporaciones locales con el fin de fijar que "los concejales que abandonen los partidos o agrupaciones en cuyas candidaturas resultaron elegidos no pasen al Grupo Mixto, sino que se organicen a partir de la creación de la figura de los «No Inscritos» o del «Concejal

una Comisión de Seguimiento del Pacto Antitransfuguismo desde 1998<sup>8</sup>. El Acuerdo de 1998<sup>9</sup> ha sido renovado en dos ocasiones, en el año 2000 y por la II Adenda de 23 de mayo de 2006, con el fin principal de eliminar los efectos perversos de la práctica del transfuguismo y la adopción en el futuro de reglas que lo obstaculicen<sup>10</sup>.

La Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante Ley 11/1999)<sup>11</sup> introduce el apartado 3 del art. 73 e incorpora el derecho-deber de los concejales a constituirse en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan<sup>12</sup>. Este reforzamiento de los grupos políticos se pone también de manifiesto, de un lado, con la reforma del art. 46 que hace la LBRL con la Ley 11/1999, garantizando su presencia efectiva en la parte de los Plenos dedicada al control de los órganos de gobierno y, de otro lado y en lo que ahora nos interesa al objeto de nuestro estudio, con la modificación del art. 197 de la LOREG, mediante la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril (en la actualidad la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 1999) que reconoce a los miembros de la Corporación local el derecho que les corresponde a participar en las sesiones donde se debata una moción de censura<sup>13</sup>. En particular, es preciso detenernos en el contenido del artículo 197. 1 letra a), tercer apartado, LOREG, por cuanto es objeto de estudio posterior con la Sentencia:

- «1. El Alcalde puede ser destituido mediante moción de censura, cuya presentación, tramitación y votación se regirá por las siguientes normas:
- a) La moción de censura deberá ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y habrá de incluir un candidato a la Alcaldía, pudiendo serlo cualquier Concejales cuya aceptación expresa conste en el escrito de proposición de la moción.

En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.

Independiente», con la concreción en su caso, del correspondiente grupo de «no inscritos» y actúen en la Corporación de forma aislada, sin que puedan percibir o beneficiarse de los recursos económicos y materiales a disposición de los grupos políticos de la Corporación».

<sup>8</sup> La Comisión de Seguimiento del Pacto Antitransfuguismo desde 1998 está integrada por cada uno de los partidos políticos firmantes y por el Ministerio de Administraciones Públicas, presidida por el Ministro de Administraciones Públicas, como órgano encargado del control y del seguimiento del cumplimiento de los citados Acuerdos.

<sup>9</sup> El Código de Conducta pretende eliminar los efectos perversos de esta práctica y destacamos la regla segunda que se adopta: «Los partidos políticos que suscriben los Acuerdos de comprometen a rechazar y no admitir en su grupo político a un concejal integrado en la candidatura de otra formación, mientras mantenga el cargo conseguido en su partido original. Asimismo se comprometen a no favorecer ni beneficiarse de los efectos del transfuguismo cuando el trasvase se produzca hacia un grupo político no firmante de este Acuerdo». Puede consultarse las actividades realizadas por la Comisión de Seguimiento en la página web [www.seap.minhap.gob.es](http://www.seap.minhap.gob.es).

<sup>10</sup> En la doctrina: *Informe sobre el gobierno local*, MAP, Madrid, 1992, págs. 305, 307 y 320; VANDELLI, L. (1997), «Tendencias del Derecho Administrativo en Italia», *Documentación Administrativa*, núms. 248-249, pág. 15; *El desarrollo del gobierno local (una aproximación doctrinal)*, serie Administración General, Colección Informes y Documentación, Madrid, 1999, pág. 30; VANACLOCHA BELVER, F. J. (1999), «Los fenómenos del transfuguismo en la nueva política local», *El desarrollo del gobierno local (una aproximación doctrinal)*, serie Administración General, Colección Informes y Documentación, Madrid, pág. 199 y ss; *El pacto local. Medidas para el desarrollo del gobierno local*, MAP y FEMP, 1999, pág. 102 y ss; CAPO GIOL, J. (1999), «El debate sobre el sistema electoral. Imágenes, intereses y propuestas», en *Elecciones locales*, Madrid, INAP, págs. 143 a 213; NIETO-GUERRERO, A. M. (2001), *Los Entes Locales Municipales. Entre la política y la Administración*, Madrid, INAP; *Estudios para la reforma de la Administración Pública* (2004), Madrid, INAP, pág. 530 y ss.

<sup>11</sup> Esta Ley en la Exposición de Motivos pone de manifiesto la voluntad de que «(...) la actuación corporativa de los miembros de las Corporaciones locales se realice a través de los grupos políticos, con la posibilidad de dotación económica para su funcionamiento siguiendo una regulación similar a la que se contempla en el Reglamento del Congreso de los Diputados para sus grupos políticos.». En la doctrina pueden consultarse, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T. R. (2011), *Curso de Derecho Administrativo, I y II*, 15.ª edición, civitas; COSCULLUELA MONTANER, L. (2011), *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 22.ª edición, civitas; MUÑOZ MACHADO, S. (2011), *Tratado de Derecho municipal*, edición 3.ª, Lustel; COSCULLUELA MONTANER, L.; MEDINA ALCOZ, L.; HERNANDO RYDINGS, M. y CARBONELL PORRAS, E. (dir.) (2012), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Thomson-Reuters, págs. 271-292.

<sup>12</sup> La Ley 11/1999 de modificación de la LBRL de 1985, casi catorce años después, asume lo que contemplaba el art. 23 del ROF y formaliza en una norma el funcionamiento de los grupos políticos en las Corporaciones locales.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ DEL TESO, T. (2005), «Transfuguismo y concejales no adscritos (A propósito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003)», *Justicia Administrativa*, núm. 27, págs. 52 y 53.

Este mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato.»

Resaltamos que la mayoría a la que se refiere el último párrafo del art. 197.1 letra a) es absoluta. La reforma de la LOREG modificó precisamente la moción de censura en el ámbito local con objeto de limitar el transfuguismo político y evitar las situaciones de bloqueo institucional<sup>14</sup>.

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (a partir de ahora LMMGL de 2003)<sup>15</sup> incluye, por vez primera, en una norma jurídica al concejal no adscrito e incorpora a nuestro ordenamiento jurídico esta figura<sup>16</sup>. Con relación al reconocimiento de los derechos que se reconocen a favor de los concejales no adscritos<sup>17</sup> se puede afirmar que la LMMGL de 2003 marca un antes y un después<sup>18</sup>. Aunque la regulación vigente de los concejales no adscritos pretende erradicar el transfuguismo

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J. (dir.) y CALVO CHARRO, M. (coord.) (2002), *La Administración Pública española*, INAP, pág. 402.

<sup>15</sup> Sobre la Ley 57/2003 de Medidas para la Modernización del Gobierno Local se ha escrito bastante como demuestran, entre otras muchas, las siguientes citas: PAREJO ALFONSO, L. (2004), “Una visión sobre el gobierno local”, *Anuario del Gobierno Local 2004, El Gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pág. 67; SÁNCHEZ MORÓN, M. (2004), “Balance de la reforma legal sobre el régimen de los «municipios de gran población»”, *Anuario del Gobierno Local 2004, El Gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pág. 48; COBO OLIVERA, T. (dir.), (2004), *Ley de Bases del régimen local. Comentarios, concordancias y jurisprudencia. Adaptada a la Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local*, Barcelona, Bosch; ZAFRA VÍCTOR, M. (2004), “Reflexiones sobre el gobierno local”, *Anuario del Gobierno Local 2004, El Gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías*, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 106-113; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. M. (2004), “Génesis y directrices de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local”, *La Ley de Modernización del Gobierno Local, Estudios 17*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, pág. 32; JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2004), “Ley de Modernización y Régimen Local: una perspectiva constitucional”, *La Ley de Modernización del Gobierno Local, Estudios 17*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, pág. 282 y ss.; CASTILLO BLANCO, F. A. (2004), “Órganos superiores y directivos en la Ley de Modernización del Gobierno Local”, *La Ley de Modernización del Gobierno Local, Estudios 17*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, págs. 240 y 241; DOMINGO ZEBALLOS, M. J. (coord.) (2005), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, segunda edición, Thomson-civitas; REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M. (2006), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen local*, Tirant lo Blanch.

<sup>16</sup> Es decir, cinco años después de que nazca el concepto de concejal no adscrito en el ámbito político del primer Acuerdo Antitránsfuga de 1998, como ya sabemos, se incorpora a una norma: LMMGL de 2003. La doctrina sobre concejales no adscritos posterior a la LMMGL de 2003 es significativa. Entre otros: REINOSO CARREIRO, A. (2007), “La moción de censura y la realidad del transfuguismo. Los miembros de las Corporaciones Locales «no adscritos»”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 2, pág. 231; FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, J. (2008), “Administración local. Concejales no adscritos”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 87, págs. 125-133; NOGUEIRA MARTÍNEZ, D. (2011), “El ámbito de aplicación del estatuto legal de los representantes locales no adscritos”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, págs. 63-96; GARCÍA GARCÍA, E. (2011), “Grupos políticos municipales: constitución y modificaciones. Concejales no adscritos”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 10, págs. 1.265-1.281; CABEZUELO VALENCIA, D. (2012), “Concejales no adscritos. Participación en comisiones informativas”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 10, págs. 928-932; BALLINA DÍAZ, D. (2012), “Los miembros no adscritos de las corporaciones locales. Novedades jurisprudenciales y legislativas”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 5, págs. 577-584; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2012), “El derecho de los concejales no adscritos a participar en las comisiones informativas con voz y con voto (a propósito de la Sentencia del TC 20/2011, de 14 de marzo)”, en libro colectivo dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R., *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum al Prof. Tomás Ramón Fernández*, tomo I, Thomson-Civitas, págs. 345-371; ARRUEGO RODRÍGUEZ, G. (2013), “Sobre la constitucionalidad del «diputado no adscrito»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 33, núm. 99, págs. 99-124; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, O. M. (2013), “El concejal no adscrito. Evolución normativa y jurisprudencial”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 4, págs. 370-379; BALLINA DÍAZ, D. (2013), “¿Pueden los concejales no adscritos ejercer competencias delegadas en régimen de dedicación parcial o exclusiva?”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 32, págs. 145-150; DÍEZ QUESADA, A. (2013), “La participación de los miembros de las corporaciones locales no adscritos en las comisiones informativas: Comentarios a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 246/2012, de 20 de diciembre”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 24, págs. 2.381-2.391; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2014), “La lucha por la equiparación de los derechos en los miembros de las corporaciones locales: ¿del premio al castigo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 63, págs. 353-386; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2014), *El estatuto jurídico de los concejales no adscritos*, Fundación democracia y gobierno local, serie: debates locales 4; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2015), “El régimen estatutario de los electos locales: ¿es norma básica estatal en sentido material y formal?”, en REBOLLO PUIG, M.; CARBONELL PORRAS, E.; LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, págs. 330-347.

<sup>17</sup> ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M. A. (2009), “El estatuto del concejal no adscrito y el derecho fundamental del artículo 23.2 CE”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 12, págs. 165 a 167; CUERDA MÁZ, J. (2010), “Régimen jurídico de los concejales no adscritos”, *Revista CEMCI*, núm. 9, págs. 17 a 19; LÓPEZ FERNÁNDEZ, F. J. (2011), “Los grupos políticos y las comisiones informativas de las Entidades locales: tratamiento práctico y jurisprudencial”, *Jornada sobre Constitución de nuevas Corporaciones Locales*, Cádiz, Cosital.

<sup>18</sup> El art. 73.3 LBRL ha generado muchas críticas doctrinales. GALÁN GALÁN, A. (2004), *El reglamento orgánico local*, Madrid, MAP, pág. 59 y ss; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (2006), *Manual de Administración Local*, 5.ª edición, Madrid, La Ley El Consul-

en el ámbito local, la normativa de 2003 es aplicable no sólo a los supuestos de transfuguismo, sino también a los de los concejales no adscritos no tráfugas. De hecho, el legislador estatal, aun teniendo la posibilidad posteriormente, no ha querido hacerlo de otra forma con la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local<sup>19</sup>.

Para completar este estudio, no podemos olvidar que el art. 73 de la LBRL remite a las Comunidades Autónomas la posibilidad de desarrollar los derechos que les corresponden a estos concejales y también al Reglamento orgánico de cada Corporación local<sup>20</sup>. Por tanto, es necesario analizar en conjunto la legislación básica estatal, la legislación autonómica de desarrollo y el Reglamento orgánico municipal de cada Corporación local. Recordemos que el art. 73.3 LBRL es una materia básica regulada por el legislador estatal con base al título competencial del art. 149.1.18 CE («bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas»), pero que puede ser desarrollada por las Comunidades Autónomas<sup>21</sup>.

La competencia normativa de las Comunidades Autónomas para desarrollar los aspectos no básicos del régimen estatutario de los miembros electos locales fue confirmada por la Sentencia del TC 103/2013, de 25 de abril<sup>22</sup>. El TC, tras delimitar los títulos competenciales aquí aplicables, entra a co-

---

tor, pág. 136 y ss.; NAVARRO MÉNDEZ, J. I. (2000), "Patología del transfuguismo político. Grandes males, pero ¿buenos remedios?", *RCG*, núm. 49, págs. 41 a 45; ALONSO MÁZ, M. J. (2005), "El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos", *Revista de Administración Pública*, núm. 168, págs. 104 y 105; VILLALBA PÉREZ, F. (2006), "El estatuto de los cargos representativos locales en las reformas del Régimen local", *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, pág. 59 y ss.

<sup>19</sup> Existen numerosos trabajos doctrinales sobre la Ley 27/2013. El VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Alicante, los días 8 y 9 de febrero de 2013, ya ponía en tela de juicio algunas de las modificaciones que se pretendía introducir y así se recoge en las actas publicadas en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.) (2013), *La planta del Gobierno Local*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local. También pueden verse las obras colectivas: DOMINGO ZEBALLOS, M. J. (coord.) (2014), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi; SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.) (2014), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local; QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), y CASARES MARCOS, A. B. (coord.) (2014), *La reforma del régimen local*, Valencia, Tirant lo Blanch; Díaz Lema (coord.), (2014), *Sostenibilidad financiera y Administración local. Un estudio comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch; CARRILLO DONAIRE, J. A. (coord.), y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2014), *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Madrid, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos; MEDINA GUERRERO, M. (2014), *La reforma del régimen local*, Valencia, Tirant lo Blanch; ALMEIDA CERREDA, M. (dir.) y SANTIAGO IGLESIAS, D. (coord.) (2015), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters; RODRÍGUEZ ARANA, J. y SARMIENTO ACOSTA, M. J. (2014), *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Granada, Comares. Otros trabajos sobre diversas cuestiones suscitadas por la LRSAL: CARBONELL PORRAS, E. (2014), "Sobre la reforma local y las competencias municipales propias", en *Revista Vasca de Administración Pública* núms. 99/100, número especial en recuerdo y homenaje al Profesor Demetrio Loperena, págs. 765-766; BEGINES PAREDES, J. M. (2015), "El conflicto competencial en aplicación de la LARSAL en los entes locales. La evolución de un año para no olvidar", *Revista de Estudios Locales* núm. 178; MERINO ESTRADA, V. (2016), "¿Qué fue de la reforma local?", *Revista de Estudios Locales*, núm. 190, págs. 18-10; BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2017), "La Ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios?", *REDA*, núm. 184; MARTÍN REBOLLO, L. y ALEGRE ÁVILA, J. M. (2017), "Las competencias locales en la STC 41/2016, de 3 de marzo", PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coord.) (2017), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, II, 2017, pág. 2.015 y ss.; PIZARRO NEVADO, R. (2016), "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.) (2016), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Madrid, Wolters Kluwer, págs. 137 y ss. y PIZARRO NEVADO, R. (2017), "Significación y claves de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público", en *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 53, pág. 327 y ss.

<sup>20</sup> Recordemos el contenido de la Sentencia temprana del TC 214/1989, de 21 de diciembre. El TC afirma que existe una relación de subordinación del Reglamento orgánico local a la legislación autonómica, de tal modo que si la regulación autonómica regulara los derechos de los concejales no adscritos de forma restrictiva, el Reglamento orgánico municipal no podría mejorar la situación jurídica relativa a estos concejales. El TC trata de preservar un espacio normativo para la legislación autonómica de desarrollo en materia de organización.

<sup>21</sup> Esta afirmación se proclama por el TC de forma temprana en la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, y de forma más reciente en la STC 103/2013, de 25 de abril. De este modo, la regulación de los grupos políticos, el establecimiento, en su caso, de un número mínimo para los mismos y, en definitiva, el conjunto de derechos de los concejales no adscritos en cada Comunidad Autónoma es diferente. Además debemos tener presente que algunas Comunidades Autónomas regularon esta figura antes de su incorporación en la normativa estatal de 2003, otras con carácter posterior e incluso algunas ni siquiera la han contemplado.

<sup>22</sup> Se trata de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento catalán contra varios preceptos de la Ley 7/1985 LBRL en la redacción dada por la LMMGL de 2003, y, en particular, en lo que a nosotros nos interesa, del art. 73.3 en la medida en que lo declara básico. El recurso se ampara en dos parámetros, de un lado, en la garantía constitucional de la autonomía local y, de otro, en los títulos competencias que asisten al Estado y a las Comunidades Autónomas. En esta línea el Parlamento catalán estima que el art. 73.3 LBRL sería inconstitucional, al establecer que los derechos económicos y políticos de los concejales no adscritos se ejercerán en la forma en que se determine en el reglamento orgánico de cada corporación. Esta tacha de inconstitucionalidad del precepto, a juicio del Parlamento catalán, se debe a que con el mismo se está desconociendo la capacidad normativa de la Co-

nocer la constitucionalidad de cada uno de los preceptos impugnados, en particular de la Disposición Adicional primera de la LMMGL por declarar básico el art. 73.3 LBRL, por conexión con los arts. 20.1 c) y 122.3 de la misma norma<sup>23</sup>.

Por tanto, a la luz de las diferentes opciones tomadas en cada Comunidad Autónoma<sup>24</sup> en relación a la regulación de los grupos políticos, del grupo mixto en su caso, y de la figura de los concejales no adscritos<sup>25</sup>, podemos afirmar que la legislación estatal básica –la LBRL– podía haber fijado de antemano un conjunto de derechos mínimos aplicables a los concejales no adscritos, ya que muchos otros derechos de participación corresponden a los concejales por el simple hecho de integrarse en grupos municipales.

Lo cierto es que ni la legislación vigente aplicable ni la jurisprudencia recaída han podido dar respuesta a la amplia y variada problemática que se genera en torno a la controvertida figura de los concejales no adscritos. Buena muestra de ello es la reciente Sentencia del TC 151/2017, de 21 de diciembre, por la que se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad (recurso núm. 5210-2014), planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (en adelante TSJ), con sede en Santa Cruz de Tenerife, respecto del art. 197.1 a), párrafo tercero, en relación con el párrafo segundo de la LOREG, por posible vulneración del art. 23.2 CE. Como veremos en los apartados siguientes, en esta Sentencia el TC declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del apartado 1.a) de la LOREG.

---

munidad Autónoma, es decir de la Generalidad, para regular los aspectos no básicos del régimen estatutario de los electos locales, debiéndose extender además la inconstitucionalidad a todo el precepto por conexión con los arts. 20.1 c) y 122.3. Antes de entrar de lleno en el fondo de la cuestión planteada el TC trata de delimitar los títulos competencias de aplicación (FJ 4) y recuerda su doctrina temprana al respecto (FJ 5). En tal supuesto, el TC incluso tuvo en cuenta que el Estatuto de Autonomía de Cataluña ha sido modificado con posterioridad a la interposición de este recurso de inconstitucionalidad por la Ley Orgánica 6/2006, siendo ahora el art. 160 el que atribuye a la Generalidad competencias exclusivas y compartidas en materia de régimen local. Véase la Sentencia del TC 103/2013, de 25 de abril (FJ 5).

<sup>23</sup> El alto intérprete de la Constitución aclara que los reproches de los recurrentes en este precepto no se dirigen a toda la regulación contenida en el art. 73.3 LBRL, sino únicamente en lo relativo a la figura de los concejales no adscritos. En realidad, el Tribunal considera que el artículo impugnado lo único que hace es atribuir al Reglamento orgánico de cada Corporación «la regulación del ejercicio de los derechos económicos y políticos de los concejales no adscritos, como manifestación de la potestad normativa inherente a la autonomía municipal. Ello sin perjuicio de que, en el ejercicio de su competencia normativa, el Pleno deba necesariamente respetar lo establecido en la legislación estatal, a la que tampoco este apartado se refiere, como en la legislación autonómica de desarrollo, razón por la cual debe descartarse la inconstitucionalidad del art. 73.3 LBRL y, por conexión, los arts. 20.1 c) y 122.3 y de la disposición final primera en lo que a estos se refiere» (FJ 5 letra f). Cuestión distinta al objeto de nuestro estudio es la declaración por el TC de inconstitucionalidad en esta Sentencia del art. 126.2 LBRL, en la redacción dada por la LMMGL, que se limita a la facultad que se reconoce al Alcalde para nombrar como miembros de la Junta de Gobierno a personas que no ostenten la condición de concejales, pues es contrario al principio democrático que se plasma de forma expresa en los arts. 140 y 141.2 CE, con la elección de concejales y alcaldes y que encomienda el gobierno y la administración de las provincias a Diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo. STC 103/2013, de 25 de abril (FJ 6).

<sup>24</sup> Puede consultarse en la doctrina: CARBONELL PORRAS, E. (2011), «La Administración local en el estatuto de autonomía de 2007 y en la reciente legislación andaluza», en MUÑOZ MACHADO, S. (2011), *Tratado de Derecho Municipal*, capítulo IXXI, Iustel, págs. 4.521 a 4.562.

<sup>25</sup> Por ejemplo podemos observar la regulación de distintas Comunidades Autónomas con el fin de analizar el tratamiento que otorgan a los concejales no adscritos. La Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia no contempla ninguna norma específica sobre los concejales no adscritos. En relación a los derechos que las normas autonómicas reconocen a los concejales no adscritos resaltamos que 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 la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de la Rioja disponen que los concejales no adscritos «tienen los deberes y los derechos individuales, incluidos los de carácter material o económico que según las leyes forman parte del estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales y participan en las actividades propias del Ayuntamiento de manera análoga a la del resto de concejales» (art. 50.6 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña y art. 112.1 de la Ley de Administración Local de La Rioja). Por su parte, la Ley de La Rioja y la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón contemplan que «los concejales no adscritos, al no pertenecer a ningún grupo político municipal, no tendrán portavoz» (art. 123.1 de la Ley de La Rioja y art. 112.1 de la Ley aragonesa) y, además, que el «miembro de la Corporación que deje de pertenecer a su grupo de origen perderá el puesto que ocupare en las comisiones para las que hubiese sido designado por dicho grupo, así como la posibilidad de tener reconocida dedicación exclusiva» (art. 122.6 de la Ley de La Rioja y art. 111.6 de la Ley aragonesa). La Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, señala que el concejal no adscrito «tendrá los derechos que individualmente correspondan como miembro de la Corporación, pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político» (art. 32.4 párrafo 2). La Sentencia 246/2012, de 20 de diciembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, recaída en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 1992/2010 y 7128/2010, declara que el segundo párrafo del art. 32.4 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid no es inconstitucional, interpretado en los términos establecidos en el FJ 7 de dicha Sentencia. La ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía no contempla nada en relación a los concejales no adscritos.

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 151/2017, DE 21 DE DICIEMBRE

La doctrina que ha instaurado el TC con la STC 151/2017 en esta materia es novedosa, pues viene a cerrar el debate en diversas cuestiones suscitadas en torno a los concejales no adscritos y resaltamos su importancia al ser la primera en la que el alto Tribunal de forma explícita entiende que la ruptura de un concejal con su partido político no siempre tiene naturaleza fraudulenta.

En este supuesto, el TC trata de dilucidar si el artículo 197.1 a) LOREG, acerca del cual presentó una cuestión de constitucionalidad el TSJ de Canarias, es conforme a la Constitución y si vulnera el derecho a la participación política del artículo 23.2 CE, en la medida en que el precepto de la LOREG exige un quórum reforzado cuando entre los firmantes de la propuesta de moción de censura haya concejales no adscritos por cualquier causa. Recordemos que la exigencia de ese quórum reforzado es el resultado de aplicar las medidas contra el transfuguismo sin distinguir las circunstancias de cada caso y como requisito para tramitar en el pleno de un ayuntamiento las propuestas de moción de censura.

El TC, en este asunto, ha entendido que esta postura no es legítima, porque el cese de la relación de un concejal con su partido no necesariamente responde a una defraudación de la voluntad popular ni a la búsqueda de la desestabilización de la dinámica municipal. Así, el alto Tribunal considera que el precepto cuestionado de la LOREG vulnera el derecho fundamental a la participación política<sup>26</sup> contemplado en el artículo 23 CE, al exigir un quórum reforzado cuando entre los firmantes de la propuesta de moción haya concejales que, por cualquier causa, hayan dejado de pertenecer al grupo político del Alcalde y no estén adscritos a ningún partido.

#### 1. Antecedentes de hecho

Una vez celebradas las elecciones locales, el 22 de mayo de 2011, y la sesión pública de constitución del Ayuntamiento de Tacoronte (Tenerife), el 11 de junio de 2011, resultó proclamado el Alcalde-Presidente de la Corporación local del Grupo de Coalición Canaria con trece votos favorables del total de los veintinueve miembros electos. Casi dos años después, el día 9 de octubre de 2013, once concejales del Ayuntamiento (todos los del Grupo Popular y cinco de los seis pertenecientes al Grupo Socialista), de los veintinueve miembros de la Corporación, presentaron una moción de censura contra el Alcalde apoyando otra candidatura (encabezada por uno de los concejales socialistas). A continuación, se comunicó a la Secretaría General de la Corporación la expulsión definitiva del partido político de los cinco concejales del Grupo Municipal Socialista firmantes de la moción, señalándose la nueva composición del Grupo Municipal (integrado por el concejal restante)<sup>27</sup>. La sesión en la que se aprobó la moción de censura se celebró el día 22 de octubre de 2013, con once votos a favor, ocho en contra y dos abstenciones, proclamándose Alcalde al nuevo candidato propuesto.

Seguidamente, el Alcalde objeto de la moción, invocando la vulneración del art. 23.2 CE, interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra los Acuerdos adoptados el día 22 de octubre de 2013 por la Mesa de edad y el Pleno del Ayuntamiento de Tacoronte, por los cuales se acordó la tramitación de la moción de censura, su destitución y designación de un nuevo Alcalde<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Los estudios sobre los derechos fundamentales son abundantes, destacamos: Jiménez-Blanco Carrillo de ALBORNOZ, A. (1991), "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2 (Derechos y deberes fundamentales), págs. 635-650; ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2009), "Derechos Fundamentales", *RGDA*, núm. 20, Iustel; DE ASIS ROIG, R. (2000), *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson; ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2015), *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP.

<sup>27</sup> El 11 de octubre de 2013, el Secretario de Organización comunicó a la Secretaría General del Ayuntamiento la expulsión provisional del partido de los concejales socialistas firmantes de la moción, señalando que el Grupo Municipal Socialista quedaría compuesto exclusivamente por un concejal. El día 18 de octubre de 2013 se comunicó a la Secretaría General de la Corporación la expulsión definitiva del partido político de los cinco concejales del Grupo Municipal Socialista firmantes de la moción, acordada por resoluciones de esa misma fecha de la Comisión Ejecutiva Federal del PSOE, reiterándose la nueva composición del Grupo Municipal (integrado por el concejal restante).

<sup>28</sup> La demanda se fundamenta en el incumplimiento de la mayoría reforzada exigida por el art. 197.1 a), párrafo tercero, LOREG, y en la no verificación de dicha mayoría por la Mesa de edad, según dispone el apartado e) del citado precepto, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero.

### **1.1. La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife**

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife, mediante Sentencia de 5 de febrero de 2014, considera que estamos en presencia de una causa de transfuguismo, recogida en el párrafo tercero del art. 197.1 a) LOREG, y a la que resulta de aplicación también el art. 73.3 LBRL, con la pérdida de adscripción de los concejales expulsados del Grupo Municipal Socialista tras enjuiciar el procedimiento disciplinario seguido internamente en dicho Grupo. A su juicio, la propuesta de moción de censura debía ser apoyada por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, incrementada en el mismo número de concejales que los que dejaron de pertenecer al Grupo Municipal Socialista.

Finalmente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo acogió la pretensión de la parte actora, declaró vulnerado el art. 23.2 CE y anuló los Acuerdos de 22 de octubre de 2013, con reconocimiento del derecho del recurrente a ser restablecido en el cargo de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tacoronte.

### **1.2. El recurso de apelación ante el TSJ de Canarias y planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad con relación al artículo 197.1 a) LOREG, párrafo tercero, por vulneración del artículo 23.2 CE**

Por su parte, los cinco concejales expulsados del PSOE interpusieron recurso de apelación contra la Sentencia de 5 de febrero de 2014 citada, alegando varios motivos, entre los que se encontraba el de interpretación errónea, en la Sentencia de instancia, sobre el párrafo tercero del art. 197.1 a) LOREG, que regiría únicamente supuestos de abandono voluntario del grupo político, no así casos de expulsión, menos aun cuando es la mayoría del grupo la que sostiene la moción de censura, como ocurría en esta ocasión. Los concejales del PP firmantes de la moción de censura recurrieron igualmente la citada sentencia, coincidiendo en las alegaciones a las ya expuestas.

Conclusa la tramitación del recurso de apelación, y dentro del plazo señalado para dictar sentencia, el TSJ de Canarias, (de acuerdo con el art. 35.2 LOTC) solicitó a las partes y al Ministerio Fiscal que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 197.1 a) LOREG por infringir el artículo 23.2 CE al privar del derecho al ejercicio del cargo público a los concejales disidentes con las instrucciones de los órganos directivos de sus partidos con ocasión de la votación de las mociones de censura, porque establece medidas equivalentes a la privación del derecho a voto en los plenos donde se decide la moción de censura.

Mediante Auto de 31 de julio de 2014, el TSJ de Canarias fundamenta la cuestión de inconstitucionalidad en tres motivos: 1) el precepto cuestionado opera para los supuestos de baja voluntaria en la formación política y también para casos de salida forzosa, como sucede en el caso de la expulsión por sanción disciplinaria<sup>29</sup>; 2) el precepto cuestionado se aplica a los concejales que dejan el grupo, con independencia de que sean mayoría o minoría de sus integrantes<sup>30</sup>; y 3) considera que se dan los presupuestos de hecho para exigir la mayoría reforzada en la propuesta de moción de censura<sup>31</sup>.

En cuanto a los motivos de fondo de la cuestión de inconstitucionalidad, el TSJ alega que la medida cuestionada y establecida para combatir el transfuguismo supone limitaciones al ejercicio del cargo público de los concejales no adscritos. Estas limitaciones afectan de forma directa al núcleo esencial de la función representativa que tienen atribuida en el art. 23.2 CE<sup>32</sup>. En particular, se refiere a la facultad de control de la acción de gobierno a través del apoyo en mociones de censura. En este contexto, el TSJ resalta que el incremento de la mayoría absoluta requerida con carácter general convierte la posibilidad de que dichos concejales promuevan una moción de censura en meramente nominal, privando a sus apoyos de efecto alguno.

<sup>29</sup> La LOREG indica de forma expresa que será «por cualquier causa», mientras que el art. 73.3 LBRL dispone que los concejales expulsados de la formación política con la que concurren a las elecciones dejarán de pertenecer al grupo político y serán considerados no adscritos.

<sup>30</sup> Según el TSJ así lo acredita el art. 73.3 LBRL y del citado precepto se desprende que cuando la mayoría del grupo político municipal deja de pertenecer a la formación política permanece en el grupo político la minoría, siendo la mayoría saliente la afectada por las normas contra el transfuguismo.

<sup>31</sup> El TSJ rechaza en ese punto la alegada falta de efectos de la expulsión en el momento de celebrarse la sesión plenaria por cualquiera de las siguientes causas: por no haberse seguido un procedimiento contradictorio para imponer la sanción, por haberse dictado la resolución sancionadora por órgano incompetente, por no haber sido notificada ésta a los interesados o, finalmente, por no ser ejecutiva en tanto estuviera pendiente de resolución el recurso interno previsto estatutariamente (art. 66.2 del Reglamento de afiliados y afiliadas del PSOE).

<sup>32</sup> MARTÍN NUÑEZ, E. (1996), *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Barcelona, CEDECS, págs. 68 y 69.

Además, a juicio del TSJ, esas restricciones, aunque se hayan aprobado para luchar contra el transfuguismo, al incidir en el núcleo esencial de la función representativa (art. 23.2 CE), no pueden venir justificadas ni por la disciplina de partido ni por la relevancia que la Constitución y las leyes electorales confieren a los partidos políticos como canalizadores del pluralismo político<sup>33</sup>.

### **1.3. Las alegaciones de las partes**

El Abogado del Estado en representación del Gobierno, el Fiscal General del Estado y el primer Alcalde, siguiendo con el procedimiento legalmente establecido, aportaron sus respectivos escritos de alegaciones, que resumimos por su interés.

El Abogado del Estado formuló escrito de alegaciones solicitando Sentencia desestimatoria, al entender que el juicio ha de hacerse desde la perspectiva del derecho reconocido en el art. 23.2 CE. Con este fin, el Abogado del Estado recuerda que el legislador, mediante el art. 197.1 a) LOREG, concreta su potestad de configuración legal del derecho fundamental conciliando y coordinando normativamente los dos principios que sustentan su reconocimiento constitucional: el principio de soberanía popular y el principio de representatividad democrática, que fundamenta el derecho al ejercicio del cargo electoral. Por tanto, el Abogado del Estado recuerda que el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal y subraya la prevalencia del principio representativo y la necesidad de no defraudar la voluntad popular.

El Fiscal General del Estado interesa la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad y entiende que la restricción impuesta en la LOREG responde a un fin legítimo y no constituye un impedimento artificial, sin que el quórum reforzado que prescribe para la propuesta de una moción de censura anule el ejercicio de la función representativa de los concejales no adscritos.

La representación del primer Alcalde defiende la constitucionalidad de la regulación legal y estima que ninguno de los derechos que integran la función de control político del gobierno local a través de la moción de censura (promoción, proposición como candidato y votación) queda reducido para los concejales no adscritos en el precepto de referencia. Por ello, entiende que el art. 197.1 apartado a) LOREG sobre el quórum inicial para la presentación de la moción de censura no resultaría de aplicación al supuesto de hecho, ya que los cinco concejales del Grupo Socialista pasaron a la condición de no adscritos con posterioridad a la presentación inicial de la moción de censura. En este caso concreto, a su juicio, sería de aplicación el apartado e) art. 197.1 LOREG que regula el quórum de admisión de la moción en un segundo momento, previo a su votación plenaria, lo que no se cumplió en la moción promovida en el Ayuntamiento de Tacoronte.

## **2. La fundamentación de la Sentencia**

Esta cuestión de inconstitucionalidad ha sido promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, respecto del art. 197.1 a), párrafo tercero en relación con el segundo, de la LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, ante la posible vulneración del art. 23.2 CE. El TC ha declarado inconstitucional y nulo el párrafo tercero del art. 197.1 a) de la LOREG al aplicar las medidas previstas para hacer frente al transfuguismo, sin distinguir las circunstancias de cada caso concreto y como requisito para tramitar en el Pleno de un Ayuntamiento las propuestas de moción de censura. Pasamos a analizar la argumentación que emplea el TC para llegar a este fallo.

### **2.1. La participación en la actividad de control del gobierno local es una función de todos los concejales y pertenece al núcleo representativo del art. 23.2 CE**

El TC entiende que párrafo tercero del art. 197.1 a) de la LOREG vulnera el derecho fundamental a la participación política (art. 23.2 CE)<sup>34</sup>, al exigir un quórum reforzado cuando entre los firmantes de la propues-

<sup>33</sup> STC 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 2.

<sup>34</sup> El TC trae a colación la doctrina del art. 23.2 CE que consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política y reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes (FJ 3). El llamado *ius in officium* –denominación dada por la STC 161/1988, de 20 de septiembre– abraza el derecho a permanecer en el cargo sin perturbaciones ilegítimas. La función del representante como garantía del derecho de participación de los ciudadanos «va unida a la de mandato libre» (STC 10/1983, de 21 febrero, en la cual se señala también que «no es teóricamente

ta de moción haya concejales que, por cualquier causa, hayan dejado de pertenecer al grupo político del Alcalde y no estén adscritos a ningún partido, ya que el cese de la relación de un concejal con su partido no responde necesariamente a una defraudación de la voluntad popular.

La Sentencia parte de la delimitación del contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE y afirma que el ejercicio de control al gobierno local mediante la promoción de una moción de censura forma parte del núcleo del derecho de participación política<sup>35</sup>. Así pues, la moción de censura a un Alcalde es un medio de control y de exigencia de responsabilidad política por parte del Pleno. Además, a juicio del TC, el incremento del quórum altera el régimen jurídico ordinario de la función representativa de los concejales no adscritos, porque implica que, justo en el momento previo a su votación por el Pleno, el impulso de la moción de censura se apoye en una mayoría absoluta en la que no se tienen en cuenta, como si no formaran parte de la misma, «un número igual al de los concejales no adscritos que la suscriben». El TC considera que la medida de incremento del quórum del art. 197.1 a) de la LOREG es una opción con la que el legislador pretende luchar contra el transfuguismo y, de este modo, asegurar la voluntad popular y la estabilidad municipal, evitando que se modifiquen las mayorías de gobierno.

Llegados a este punto se hace preciso destacar que la limitación impuesta a los concejales no adscritos debe conciliarse también con la libertad de mandato del art. 23.2 CE, que implica que los representantes locales puedan mantenerse en el cargo en caso de expulsión o de abandono de los partidos en cuyas listas fueron elegidos. Por ello, el TC afirma que las funciones esenciales del derecho de participación política se atribuyen a su titular en condiciones de igualdad y no al partido político o grupo en el que se integre. El mandato libre supone «la exclusión de todo sometimiento jurídico del representante, en cuanto tal, a voluntades ajenas» y proscribire «cualquier tipo de sujeción, jurídicamente impuesta, a la confianza de sus electores o de las organizaciones o grupos políticos en que se integre o en cuyas listas hubiera concurrido a las elecciones»<sup>36</sup>.

En consecuencia, según el TC, los miembros de una corporación local, incluidos los concejales no adscritos, cuentan con el derecho y facultad de participar en la actividad de control del gobierno local, encuadrados en el núcleo de su función representativa, recogida en el art. 23.2 CE. Además, la puesta en marcha de un procedimiento extraordinario de elección de nuevo Alcalde y de remoción del anterior, y la facultad de presentar una moción de censura, con los límites y garantías previstos en la legislación<sup>37</sup> forman parte del núcleo de su función de representación política, siendo su regulación norma de desarrollo directo del art. 23.2 CE.

---

inimaginable un sistema de democracia mediata o indirecta en la que los representantes estén vinculados al mandato imperativo de los representados» -FJ 3) e incorpora también el derecho a ejercer las facultades de actuación que comporta el desarrollo del cargo. En el FJ 7 se declara que «una vez creados por las normas legales derechos y facultadas (propias del cargo), éstos quedan integrados en el estatus propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, defender ante los órganos judiciales el *ius in officium*». En la STC 246/2012, de 20 de diciembre, en su FJ 4, se reitera la doctrina previa en relación al núcleo esencial de la función representativa, y afirma que ésta se corresponde con las funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público. El TC razona que la función representativa se corresponde con las funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público «por ser la expresión del carácter representativo de la institución (SSTC 141/2007, FJ 3 y 169/2009, FJ 3, por todas) y de las que no pueden ser privados incluso en el caso de que los titulares del cargo público hayan optado por abandonar el grupo político de procedencia (SSTC 5/1983, FJ 4; 185/1993, FJ 5 y 298/2006, FJ 7, por todas). Por esta razón, entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación local se encuentran, en todo caso, la de participar en la actividad de control del gobierno local, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores (SSTC 169/2009, FJ 3; 20/2011, FJ 4; y 9/2012, FJ 4)». El esquema inacabado en relación al conjunto de derechos que se reconocen a los concejales no adscritos ha tratado de ser completado y delimitado por la jurisprudencia del TC. Se trata de las SSTC 20/2011 de 14 de marzo, 101/2011 de 20 de junio, 102/2011 de 20 de junio, 103/2011 de 20 de junio, 112/2011 de 4 de julio, 113/2011 de 4 de julio, 114/2011 de 4 de julio, 115/2011 de 4 de julio, 116/2011 de 4 de julio, 122/2011 de 12 de julio, 129/2011 de 18 de julio, 130/2011 de 18 de julio, 131/2011 de 18 de julio, 9/2012 de 18 de enero, 14/2012 de 6 de febrero, 30/2012 de 1 de marzo y la Sentencia 103/2013, de 25 de abril. SSTC de 18 de mayo de 2012, de 5 de junio de 2012, de 3 de julio de 2012 y del TC 10/2003, de 28 de enero de 2013. La jurisprudencia citada reitera que el derecho de representación es un derecho individual, no sometido a mandato imperativo de los partidos políticos, que corresponde al concejal y, por ello, el concejal no adscrito conserva intactos sus derechos como tal.

<sup>35</sup> A lo anterior se suma que la jurisprudencia constitucional viene fijando que la vulneración de los derechos de los representantes contenidos en el art. 23.2 CE no se verifica con cualquier acto que infrinja el estatus jurídico aplicable, sino que a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa (FJ 3).

<sup>36</sup> STC 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 3.

<sup>37</sup> Con relación a la moción de censura, el TC en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia objeto de comentario, recuerda la doctrina constitucional previa. En particular, el TC trae a colación la STC 81/2012, de 18 de abril, FJ 3. De este modo, el TC recuerda de la moción de censura varios aspectos importantes: 1) que se trata de un instrumento clave de las formas de gobierno parlamentario, porque es un mecanismo a través del cual el Legislativo controla la gestión del Ejecutivo y exige responsabilidad política al mismo, configurándose como

## 2.2. Análisis de la constitucionalidad del art. 197.1 a) párrafo tercero LOREG

Como ya se ha comentado, el art. 197.1 a) párrafo tercero LOREG ofrece una concreción más del marco legal específico del estatus representativo de los concejales no adscritos de los municipios contemplado en el art. 73.3 LBRL. El propósito del art. 197.1 LOREG es que no se modifique la voluntad popular, ni las mayorías de gobierno, ni se cambien los gobiernos municipales, ni se favorezca con ello la regeneración democrática o se vea afectada la estabilidad en la vida municipal.

Por ello, un estudio de la constitucionalidad del art. 197.1 LOREG, a juicio del TC, exige que se tengan en cuenta, al menos, las siguientes consideraciones: 1) El legislador no puede imponer en el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) restricciones que no tengan un fin legítimo. 2) El art. 23.2 CE determina que su regulación no podrá conllevar restricciones ilegítimas contrarias a la garantía de igualdad. 3) En los cargos que se alcanzan mediante elección popular y tienen naturaleza representativa, los requisitos que señalen las Leyes a que se refiere el art. 23.2 CE sólo serán admisibles cuando sean congruentes con su naturaleza de derecho fundamental<sup>38</sup>.

De ahí la importancia para el alto Tribunal en este contexto del concepto de mandato libre, pues «supone la exclusión de todo sometimiento jurídico del representante a voluntades políticas ajenas y proscribire por ello, en particular, que sobre él se hicieran pesar tanto instrucciones vinculantes en Derecho que pretendieran disciplinar su proceder, como asimismo cualquier tipo de sujeción, jurídicamente impuesta, a la confianza de sus electores (expresada del modo que se pretendiera) o de las organizaciones o grupos políticos en que se integre o en cuyas listas hubiera concurrido a las elecciones. Una sujeción que, de llegar a verificarse, contrariaría adicionalmente sus derechos al mantenimiento en el cargo y a ejercerlo sin constricciones ilegítimas (art. 23.2 CE). Los vínculos y lealtades de orden político de cualesquiera representantes populares son, en definitiva, consustanciales a una democracia representativa en la que los partidos, muy en especial, cumplen los cometidos capitales que enuncia el artículo 6 CE, pero es la propia racionalidad de esta forma de gobierno la que impide, precisamente en favor de una representación libre y abierta, que el Ordenamiento haga suyos tales compromisos, prestándoles su sanción y convirtiéndolos, de este modo, en imperativos jurídicos»<sup>39</sup>.

## 2.3. Juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto del artículo art. 197.1 a) párrafo tercero LOREG

Ahora nos detenemos en el análisis que realiza el alto Tribunal del artículo art. 197.1 a) párrafo tercero LOREG con el fin de desentrañar su constitucionalidad siguiendo tres juicios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Con este objetivo, el TC trata de valorar si la medida es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, previamente enunciado (juicio de idoneidad); si la medida idónea es, además, necesaria, en la medida en que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad); y, por último, si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>40</sup>.

---

un cauce para la manifestación de la extinción de la confianza de las Cámaras en el Ejecutivo; 2) que su virtualidad como mecanismo de control y exigencia de responsabilidad política de los gobernantes por quienes les invistieron de la confianza para serlo ha llevado al legislador a incorporar la moción de censura a otras instituciones que también reúnen las notas de representación democrática y confianza a la hora de elegir al poder ejecutivo, como es el caso de los gobiernos municipales, pese a las indudables diferencias que existen entre el Pleno de un Ayuntamiento o una Asamblea vecinal (en el régimen de concejo abierto) y las Asambleas legislativas y autonómicas; 3) que la moción de censura al Alcalde se presenta como un instrumento de naturaleza híbrida, pues es un medio de control y de exigencia de responsabilidad política por parte del Pleno y, por tanto, un mecanismo de relación entre los órganos del gobierno municipal, pero, por otro lado, cuando prospera, implica a su vez una causa de cese del Alcalde inicialmente designado –poniendo fin a la efectividad de la elección inicial–, con la subsiguiente proclamación de uno nuevo; 4) que la moción de censura aparece como una pieza clave de la forma de gobierno local; 5) que la moción de censura local configura el «*ius in officium*, el estatus representativo de los concejales», ya que, como se atribuye a éstos la iniciativa y, por tanto, la puesta en marcha de un procedimiento extraordinario de elección de nuevo Alcalde y de remoción del anterior, la facultad de presentar una moción de censura con los límites y garantías previstos en la legislación pasa a formar parte del núcleo de su función de representación política, siendo su regulación norma de desarrollo directo del art. 23.2 CE.

<sup>38</sup> El TC en el FJ 6 de la Sentencia ahora analizada recoge los criterios fijados por la jurisprudencia con este fin.

<sup>39</sup> STC 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 6.

<sup>40</sup> Además, a juicio del TC, «el incremento del quorum de iniciativa tiene como efecto derivado el de dificultar la exigencia de responsabilidad política y remoción del Alcalde por quienes les invistieron de la confianza para serlo, entorpeciendo de ese modo la verificación de cambios que incidan en la estabilidad en la vida municipal y den lugar a la modificación de gobiernos municipales con

En primer lugar, según el TC, la promoción de la moción de censura en el ámbito local, tal y como aparece definida en el art. 197.1 LOREG, permite la consecución del fin perseguido y se trata de una medida idónea y adecuada para el logro del objetivo que se pretende adopción.

En cuanto al juicio de necesidad, el TC también afirma que la medida legal puede considerarse necesaria, pues el art. 197.1 LOREG sólo establece un reforzamiento del quórum de promoción de la moción de censura sin alterar la dinámica del procedimiento de exigencia de responsabilidad y remoción del Alcalde, «como acredita señaladamente que no se altere el régimen de mayorías de la fase de votación, momento en el que los concejales proponentes que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato no ven limitado su derecho, conservando la facultad de participar en la votación como cualquier otro concejal». En consecuencia, según el TC, el precepto cuestionado trata de dificultar la acción de promoción de la moción de censura a los concejales no adscritos, para evitar incidencias en la estabilidad en la vida municipal, sin un escenario de restricción de su derecho en la fase de decisión.

Tras ocuparse de los juicios de idoneidad y de necesidad, el TC se detiene en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto (FJ7). En primer lugar, a juicio del TC, el art. 197.1 LOREG equipara, en la restricción del derecho, a todos los concejales que hayan dejado de pertenecer al grupo político local al que se adscribieron al inicio de su mandato, sea por la causa que sea, sin hacer distinción en función de las circunstancias que hayan dado lugar al cese de dicha vinculación con el grupo político municipal. Es más, el alto Tribunal considera que cualquier disolución de ese nexo orgánico es contraria en sí misma, considerada a la estabilidad de la vida municipal o del gobierno local, equiparando el respeto de la voluntad popular y del gobierno local a la protección del Alcalde que fue designado, cuando lo cierto es que la representación política, en democracia, es siempre colegiada y el Alcalde, por ello, representa al ayuntamiento, perfilándose las mayorías de acuerdo a los pactos que se establecen. En consecuencia, a juicio del TC, el legislador parte de que «cualquier hipótesis de disolución del vínculo político es merecedora de una intervención que asegure la regeneración democrática, premisa ésta que, ante la descrita falta de determinación normativa que lo fundamente, no puede aceptarse» (FJ 7).

En segundo lugar, según el TC, la restricción opera sobre un criterio estrictamente subjetivo: la desvinculación de los concejales del grupo político local al que se adscribieron al inicio de su mandato. Por ello, el TC entiende que el transfuguismo, como anomalía de nuestro sistema democrático, no puede resolverse por el legislador introduciendo medidas que supongan restricciones al *ius in officium* e impacten en el ejercicio del cargo público, pues tampoco es cierto que la desvinculación orgánica o política del grupo de origen desestabilice, por defecto o sin excepción, la vida municipal o modifique la voluntad popular. El TC concluye que la norma «sujeta al concejal al grupo político de origen bajo advertencia de restricción de las funciones representativas básicas, sin que ese efecto responda inevitablemente a una defraudación de la voluntad popular o a un hacer que busque la desestabilización de la dinámica municipal, como el Preámbulo de la Ley Orgánica invoca»<sup>41</sup>.

Por todo ello, el TC considera que el artículo 23.2 CE resulta violado, porque la legalidad a la que remite es contraria a la Constitución y, en especial, a la naturaleza de la representación política. De ahí que debe declararse inconstitucional (FJ 7).

---

la participación en el impulso de la moción de censura de concejales que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato.». Puede consultarse la STC 89/2017, de 4 de julio, FJ 9.

<sup>41</sup> La previsión legal, a juicio del TC, reúne dos elementos necesariamente diferentes en un único parámetro que actualiza la limitación de derechos: 1.º) La disolución del nexo con el grupo político de origen, factor que solo podría constituir el presupuesto subjetivo de una norma que, a la vista de su concurrencia, procure evitar la repercusión de ciertas prácticas tráfugas en la estabilidad municipal; 2.º) La razón objetiva que fundamente y desvele su sustento material con relación al legítimo fin de la norma, que el legislador puede atender y regular si lo estima conveniente. Según el TC, el art. 197.1 letra a) LOREG carece por completo de ese fundamento objetivo, entendido como obligado soporte constitucional frente a una medida restrictiva del *ius in officium* y del mandato libre en el ejercicio del cargo representativo. Finalmente, el TC concluye que la anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo y que se ha conocido como transfuguismo no puede intervenir por el legislador con restricciones al *ius in officium* que impacten en el ejercicio natural del cargo público al amparo de la libertad de mandato con base en razones asociadas, sin adjetivos, a la vinculación orgánica o política, sin fundamentos añadidos. Sencillamente porque no es cierto que la desvinculación orgánica o política del grupo de origen desestabilice por defecto o sin excepción la vida municipal o modifique la voluntad popular. Así lo demuestran casos como el que está en el origen de este procedimiento constitucional, en el que la razón de la expulsión de los concejales socialistas fue por completo ajena a la vida municipal de Tacoronte, al tener que ver con cuestiones orgánicas y pactos suscritos por su partido político en ámbitos territoriales que lo excedían. El TC concluye que la norma «sujeta al concejal al grupo político de origen bajo advertencia de restricción de las funciones representativas básicas, sin que ese efecto responda inevitablemente a una defraudación de la voluntad popular o a un hacer que busque la desestabilización de la dinámica municipal, como el Preámbulo de la Ley Orgánica invoca» STC 151/2017 (FJ 7).

## 2.4. Alcance y efectos del fallo

La STC 151/2017 determina el alcance y los efectos de la declaración de nulidad en el fundamento jurídico 8<sup>42</sup>. El TC entiende que la anulación del art. 197.1 letra a) tercer párrafo LOREG podría generar alteraciones en procedimientos de exigencia de responsabilidad política en curso ante la ausencia de un régimen jurídico alternativo y respetuoso con la Constitución, acorde con el principio de igualdad en el ejercicio de las funciones representativas y la prevención de los efectos perversos causados por el transfuguismo en los legítimos fines declarados por la norma.

Por ello, el TC estima que la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad tiene que quedar diferida hasta la convocatoria de un nuevo proceso de elecciones locales, según prevé el art. 42.3 LOREG, periodo de tiempo en el que el legislador podrá proceder, en su caso, a sustituir la norma declarada nula a la luz del contenido de la STC 151/2017. Finalmente, esta decisión del Tribunal no ha sido compartida por todos los Magistrados y algunos presentaron voto discrepante.

## 3. Los votos particulares

La sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, cuenta con dos votos concurrentes de la Magistrada Roca y Ollero y con tres votos discrepantes de los Magistrados Conde-Pumpido, Xiol Ríos y Montoya.

La Magistrada Roca comparte la argumentación y la declaración de inconstitucionalidad, por vulneración del art. 23.2 CE, del párrafo tercero del art. 197.1. a) LOREG, pero no que la sentencia posponga la nulidad del precepto recurrido hasta la celebración de nuevas elecciones locales, según se prevé en el Fundamento Jurídico 8, último párrafo, de la Sentencia. Recordemos al efecto que por nulidad diferida se entiende que la expulsión de la norma, ya declarada inconstitucional, queda aplazada hasta un determinado momento fijado en la Sentencia o hasta la aprobación de una nueva norma que sustituya a la declarada nula a fin de evitar un vacío no conforme con la Constitución.

A juicio de la Magistrada, el TC ha usado tradicionalmente la nulidad diferida de forma prudente y, sin embargo, en este caso se ha prescindido de la citada prudencia y, por ello, considera que su uso ha sido inadecuado. Así pues, la Magistrada considera que esta técnica sirve para preservar determinados valores o bienes a fin de evitarles la afectación que supone la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la norma que les da cobertura. Por eso, la aplicación de la técnica de la nulidad diferida exige determinar con claridad el bien cuya preservación reviste tanta entidad como para romper con la consecuencia lógica de la inconstitucionalidad de una norma, su nulidad y consiguiente expulsión del ordenamiento. En este sentido, la Magistrada estima que en el presente caso no ha quedado acreditado que exista esa incidencia que justifique el mantenimiento de la vigencia de una norma inconstitucional durante casi año y medio, ni tampoco se considera que la pervivencia de la regulación conlleva el sacrificio temporal del derecho fundamental del art. 23.2 CE.

En consecuencia, por todo lo anterior, la Magistrada considera que en este supuesto no procedía modular los efectos temporales del fallo, pues no existía razón alguna que justificase tal modulación.

El Magistrado Ollero está de acuerdo con la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado, pero se opone a que su nulidad se posponga hasta la convocatoria de nuevas elecciones locales, pues ello equivale a establecer que una norma declarada inconstitucional debe seguir en vigor dejando en manos del legislador el momento en que, si lo estima oportuno, deberá sustituirla, considerarla efectivamente nula y, en consecuencia, expulsarla del ordenamiento jurídico.

---

<sup>42</sup> La Sentencia declara la inconstitucionalidad del precepto el tercer párrafo de la letra a) del art. 197.1 LOREG «únicamente en cuanto determina, a raíz de la reiterada remisión de la letra e), que en el momento inmediatamente anterior a la votación de la moción de censura en el plenario debe satisfacerse el quórum del párrafo segundo de la letra a), siempre que alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato y, además, en función de la especialidad del citado párrafo segundo, siempre que no forme o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone. No procede, a tenor de lo previsto en el art. 39.1 LOTC, extender esa declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia a los restantes supuestos y fases del procedimiento regulados en la letra a) del art. 197.1 LOREG, como tampoco, globalmente, al inciso "constatando para poder seguir con su tramitación que en ese mismo momento se mantienen los requisitos exigidos en los tres párrafos del apartado a)", contenido en la letra e) de ese artículo, al regularse en ellos situaciones adicionales que no han sido objeto de examen en este pronunciamiento y que no concurren en el supuesto de hecho examinado en el proceso del que trae origen la presente cuestión de inconstitucionalidad» (FJ 8).

A juicio del Magistrado, se echa en falta una referencia al carácter excesivamente personalizado de la modificación del quórum mayoritario previsto. Al vincularse al número de concejales no adscritos que promovieron la moción de censura, tras haber estado vinculados al grupo municipal del Alcalde, se da paso a una fórmula que se activa intuitu personae, «casi cobrando aires de sanción». Esto la convertiría en una medida no necesaria, en el sentido de que «no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia» (FJ 7). Por ello, el Magistrado no comparte, que la medida propuesta por la norma cuestionada pueda considerarse necesaria.

En suma, se persigue dificultar su acción de promoción de la moción de censura para evitar incidencias en la estabilidad en la vida municipal. De este modo, Ollero estima que, en realidad, el derecho a que se tenga en cuenta el sentido de su voto resulta aniquilado.

Por el contrario, el Magistrado Conde-Pumpido, a cuyo voto particular se adhieren los Magistrados Xiol Ríos y Montoya, considera que la cuestión de inconstitucionalidad debió desestimarse. Estiman que la medida declarada inconstitucional es «equilibrada» y que de su aplicación se derivan «más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto, incluido el ius in officium de los concejales». Explican el carácter «legítimo» de la medida, dada la importancia que «para la vida local tiene que se respeten los resultados de los comicios locales»; y resaltan la quiebra que para «la legitimidad del gobierno local y, con ello, del propio sistema democrático» supone el transfuguismo «a los ojos de los ciudadanos».

A juicio del Magistrado Conde-Pumpido, la Exposición de Motivos de la LOREG es muy expresiva de lo que se persigue, pues frente a anteriores elevaciones del quórum, esta última modificación normativa no se limita a elevarlo de forma lineal, sino solo en el concreto número de concejales que hubieran dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato.

A juicio del Magistrado, en la doctrina constitucional el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se identifica como la ponderación de beneficios y perjuicios, no obstante, la Sentencia no realiza ponderación alguna de beneficios y perjuicios para el interés general y para otros bienes o intereses en conflicto, cuando dice que va a ocuparse del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. En su lugar aporta diversos argumentos, ninguno de los cuales tiene que ver en realidad con ese juicio. En consecuencia, el parecer del Magistrado disidente es que la medida resulta ponderada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto, incluido el ius in officium de los concejales. En cualquier caso, según el Magistrado, no concurre el «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» entre la medida y la finalidad de la norma al que se refiere nuestra jurisprudencia (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9), pues «no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquella en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente» (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 16).

#### IV. REFLEXIONES FINALES

La STC 151/2017 supone un beneficio en la configuración de los derechos de los concejales no adscritos derivados del núcleo fundamental y representativo del art. 23.2 CE. En particular, nos referimos al reconocimiento a todos los concejales, adscritos y no adscritos, del derecho a la participación en la actividad de control del gobierno local cuando se trata de presentar una moción de censura contra el Alcalde. Este nuevo reconocimiento a favor de los concejales no adscritos se ha logrado con la declaración de nulidad del art. 197.1 letra a párrafo 3 LOREG por el TC, la cual establece un quórum reforzado cuando entre los firmantes de la propuesta de moción haya concejales que, por cualquier causa, hayan dejado de pertenecer al grupo político del Alcalde y no estén adscritos a ningún partido, ya que el cese de la relación de un concejal con su partido no responde necesariamente a una defraudación de la voluntad popular.

Para llegar a la declaración de nulidad del art. 197.1 LOREG, el TC afirma que el ejercicio de control al gobierno local mediante la promoción de una moción de censura forma parte del núcleo del derecho de participación política del art. 23.2 CE. El TC considera que la medida de incremento del quórum del art. 197.1 a) de la LOREG es una opción con la que el legislador pretende actuar para luchar contra el transfuguismo y, de este modo, asegurar la voluntad popular y la estabilidad municipal, evitando que se modifiquen las mayorías de gobierno. Así pues, el TC con el fin de desentrañar la constitucionalidad del artículo cuestionado procede a realizar tres juicios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Una vez que realiza estos juicios, el TC denuncia la falta de proporcionalidad del precepto legal, tras admitir

el incremento del quórum como una medida idónea y necesaria para combatir el transfuguismo, en cuanto que equipara en la restricción del derecho a todos los concejales que hayan dejado de pertenecer al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato, sin diferenciar las circunstancias ni los objetivos, no necesariamente fraudulentos, que pudieron llevar a esa desvinculación. Esta uniformidad implica que cualquier separación del grupo político de origen es contraria en sí misma, considerada a la estabilidad de la vida municipal o del gobierno local. En definitiva, el TC ha entendido que el transfuguismo no puede combatirse por el legislador con restricciones a la promoción de la moción de censura en el sentido que prevé el precepto legal anulado por la Sentencia.

Cuestión diferente a la anterior y discutible –de ahí los votos particulares emitidos por algunos Magistrados–, es que con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica, la declaración de inconstitucionalidad del precepto citado no afecta a situaciones jurídicas consolidadas y no será efectiva hasta la próxima convocatoria de elecciones locales, periodo de tiempo en el que el legislador podrá reformar la norma a la luz de la Sentencia aquí analizada.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLÁN, A. M. (1994), “Los representantes y el derecho de participación en el ordenamiento jurídico español”, *REP*, núm. 84, pág. 212 y ss.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2009), “Derechos Fundamentales”, *RGDA*, núm. 20, Iustel.
- ALMEIDA CERREDA, M. (dir.) y SANTIAGO IGLESIAS, D. (coord.) (2015), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- ALONSO MÁZ, M. J. (2005), “El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 168, págs. 98 a 107.
- ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M. A. (2009), “El estatuto del concejal no adscrito y el derecho fundamental del artículo 23.2 CE”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 12, págs. 165 a 167.
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, G. (2013), “Sobre la constitucionalidad del «diputado no adscrito»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 33, núm. 99, págs. 99-124.
- BALLINA DÍAZ, D. (2012), “Los miembros no adscritos de las corporaciones locales. Novedades jurisprudenciales y legislativas”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 5, págs. 577-584.
- BALLINA DÍAZ, D. (2013), “¿Pueden los concejales no adscritos ejercer competencias delegadas en régimen de dedicación parcial o exclusiva”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 32, págs. 145-150.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2017), “La Ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios?”, *REDA*, núm. 184.
- BEGINES PAREDES, J. M. (2015), “El conflicto competencial en aplicación de la LARSAL en los entes locales. La evolución de un año para no olvidar”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 178.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (1990), *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, pág. 55.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (2003), “Transfuguismo y democracia en la Comunidad de Madrid”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 135, pág. 47.
- CABEZUELO VALENCIA, D. (2012), “Concejales no adscritos. Participación en comisiones informativas”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 10, págs. 928-932.
- CAPO GIOL, J. (1999), “El debate sobre el sistema electoral. Imágenes, intereses y propuestas”, en *Elecciones locales*, Madrid, INAP, págs. 143 a 213.
- CARBONELL PORRAS, E. (2014), “Sobre la reforma local y las competencias municipales propias”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99/100, número especial en recuerdo y homenaje al profesor Demetrio Loperena, págs. 765-766.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. (coord.), y NAVARRO RODRÍGUEZ, P., (2014), “La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, Madrid, *La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos*.
- CASTILLO BLANCO, F. A. (2004), “Órganos superiores y directivos en la Ley de Modernización del Gobierno Local”, en *La Ley de Modernización del Gobierno Local, Estudis 17*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, págs. 240 y 241.
- COBO OLVERA, T. (dir.) (2004), *Ley de Bases del régimen local. Comentarios, concordancias y jurisprudencia. Adaptada a la Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local*, Barcelona, Bosch.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2011), *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, 22.ª edición, civitas.
- CUERDA MÁZ, J. (2010), “Régimen jurídico de los concejales no adscritos”, *Revista CEMCI*, núm. 9, págs. 17 a 19.
- DE ESTEBAN, J. (1990), “El fenómeno del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional”, *REP*, núm. 70, págs. 7-32.

- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2012), “El derecho de los concejales no adscritos a participar en las comisiones informativas con voz y con voto (a propósito de la Sentencia del TC 20/2011, de 14 de marzo)”, en libro colectivo dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA, *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum al Prof. Tomás Ramón FERNÁNDEZ*, tomo I, Thomson-Civitas, págs. 345-371.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2014), “La lucha por la equiparación de los derechos en los miembros de las corporaciones locales: ¿del premio al castigo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, págs. 353-386.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2014), *El estatuto jurídico de los concejales no adscritos*, Fundación democracia y gobierno local, serie: debates locales 4.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2015), “El régimen estatutario de los electos locales: ¿es norma básica estatal en sentido material y formal?”, en REBOLLO PUIG, M., CARBONELL PORRAS, E., LÓPEZ BENÍTEZ, M., (2015), *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, págs. 330-347.
- DÍAZ LEMA, J. M. (coord.) (2014), *Sostenibilidad financiera y Administración local. Un estudio comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- DÍEZ QUESADA, A. (2013), “La participación de los miembros de las corporaciones locales no adscritos en las comisiones informativas: Comentarios a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 246/2012, de 20 de diciembre”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 24, págs. 7-2.391.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.) (2013), *La planta del Gobierno Local*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- DOMINGO ZEBALLOS, M. J. (coord.) (2014), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- DOMINGO ZEBALLOS, M. J. (coord.) (2005), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, segunda edición, Thomson-civitas.
- *El pacto local. Medidas para el desarrollo del gobierno local* (1999), MAP y FEMP, pág. 102 y ss.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, O. M. (2013), “El concejal no adscrito. Evolución normativa y jurisprudencial”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 4, págs. 370-379;
- FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, J. (2008), “Administración local. Concejales no adscritos”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 87, págs. 125-133.
- GALÁN GALÁN, A. (2004), *El reglamento orgánico local*, Madrid, MAP, pág. 59 y ss. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (2006), “Manual de Administración Local”, 5.ª edición, Madrid, La Ley *El Consultor*, pág. 136 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2011), *Curso de Derecho Administrativo, I y II*, 15.ª edición, civitas.
- GARCÍA GARCÍA, E. (2011), “Grupos políticos municipales: constitución y modificaciones. Concejales no adscritos”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 10, págs. 1.265-1.281.
- GARCÍA ROCA, J. (1998), *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, pág. 79.
- GONZÁLEZ DEL TESO, T. (2005), “Transfuguismo y concejales no adscritos (A propósito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003)”, *Justicia Administrativa*, núm. 27, pág. 38.
- GONZÁLEZ DEL TESO, T. (2005), “Transfuguismo y concejales no adscritos (A propósito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003)”, *Justicia Administrativa*, núm. 27, págs. 52 y 53.
- *Informe sobre el gobierno local* (1992), Madrid, MAP, págs. 305, 307 y 320.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2004), “Ley de Modernización y Régimen Local: una perspectiva constitucional”, *La Ley de Modernización del Gobierno Local, Estudis 17*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, pág. 282 y ss.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1991), “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. (coord.) (1991), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2 (Derechos y deberes fundamentales), págs. 635-650.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, F. J. (2011), “Los grupos políticos y las comisiones informativas de las Entidades locales: tratamiento práctico y jurisprudencial”, *Jornada sobre Constitución de nuevas Corporaciones Locales*, Cádiz, Cosital.
- MARTI DEL MORAL, A. (2012), “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, en COSCULLUELA MONTANER, L.; MEDINA ALCOZ, L.; HERNANDO RYDINGS, M. y CARBONELL PORRAS, E. (dir.) (2012), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Thomson-Reuters, págs. 271-292.
- MARTÍN NÚÑEZ, E. (1996), *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Barcelona, CEDECS, págs. 68 y 69.
- MARTÍN REBOLLO, L. y ALEGRE ÁVILA, J. M. (2017), “Las competencias locales en la STC 41/2016, de 3 de marzo”, en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (2017), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 2.015 y ss.
- MEDINA GUERRERO, M. (2014), *La reforma del régimen local*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- MERINO ESTRADA, V. (2016), “¿Qué fue de la reforma local?”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 190, págs. 18-10.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2011), *Tratado de Derecho municipal*, edición 3.ª, Iustel.
- MURILLO DE LA CUEVA, P. L. (1992), “Problemas constitucionales de la representación política”, *Debate Abierto*, núm. 7, pág. 142 y ss.
- NAVARRO MENÉNDEZ, J. I. (2000), “Patología del transfuguismo político. Grandes males, pero ¿buenos remedios?”, *RCG*, núm. 49, págs. 41 a 45.
- NIETO-GUERREO, A. M. (2001), *Los Entes Locales Municipales. Entre la política y la Administración*, Madrid, INAP.
- NIETO-GUERREO, A. M. (2004), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, INAP, págs. 530 y ss.
- NOGUERA MARTÍNEZ, D. (2011), “El ámbito de aplicación del estatuto legal de los representantes locales no adscritos”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, págs. 63-96.
- PAREJO ALFONSO, L. (2004), “Una visión sobre el gobierno local”, *Anuario del Gobierno Local 2004, El Gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pág. 67.
- PIZARRO NEVADO, R. (2016), “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Madrid, Wolters Kluwer, pág. 137 y ss.
- PIZARRO NEVADO, R. (2017), “Significación y claves de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 53, pág. 327 y ss.
- PRESNO LINERA, M. A. (1998), “La superación del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática”, *REALA*, núm. 277, pág. 120.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. B. (coord.) (2014), *La reforma del régimen local*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (2006), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen local*, tirant lo Blanch.
- REINOSO CARREIRO, A. (2007), “La moción de censura y la realidad del transfuguismo. Los miembros de las Corporaciones Locales «no adscritos»”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 2, pág. 231.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. M. (2004), “Génesis y directrices de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local”, *La Ley de Modernización del Gobierno Local, Estudis 17*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, pág. 32.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. (dir.) y CALVO CHARRO, M. (coord.) (2002), *La Administración Pública española*, INAP, pág. 402.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. y SARMIENTO ACOSTA, M. J. (2014), *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local*, Granada, Comares.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2004), “Balance de la reforma legal sobre el régimen de los «municipios de gran población»”, *Anuario del Gobierno Local, El Gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pág. 48.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.) (2014), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- VANACLOCHA BELVER, F. J. (1999), “Los fenómenos del transfuguismo en la nueva política local”, *El desarrollo del gobierno local (una aproximación doctrinal)*, serie Administración General, Madrid, Colección Informes y Documentación, pág. 199 y ss.
- VANDELLI, L. (1997), “Tendencias del Derecho Administrativo en Italia”, *Documentación Administrativa*, núm. 248-249, pág. 15.
- VILLALBA PÉREZ, F. (2006), “El estatuto de los cargos representativos locales en las reformas del Régimen local”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, pág. 59 y ss.
- ZAFRA VÍCTOR, M. (2004), “Reflexiones sobre el gobierno local”, *Anuario del Gobierno Local 2004, El Gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías*, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 106-113.



## El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa

*Vehicle rental with driver (VTC) and its legal implications.  
Uber, Cabify and the collaborative economy*

Nicolás Alejandro Guillén Navarro  
Universidad de Zaragoza  
nicolasg@unizar.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en derecho por la Universidad de Zaragoza. Máster en práctica jurídica por la Universidad de Zaragoza, Máster en política territorial y urbanística por la Universidad Carlos III de Madrid y Diplomado técnico urbanista por el INAP. Actualmente es director de la Escuela de Turismo Universitaria de Zaragoza, vocal del Consejo de turismo de Aragón y miembro de su Comisión permanente. Sus líneas de investigación se centran en el turismo colaborativo, el turismo sostenible, la accesibilidad y la vivienda protegida.

---

### RESUMEN

En los últimos años, el sector del taxi se enfrenta a la incursión de la economía colaborativa en el transporte urbano de viajeros en automóviles de turismo. Plataformas como Uber o Cabify intentan hacerse un hueco en este sector monopolizado por el taxi, no sin originar un importante conflicto acerca de la legalidad de su actividad. En este sentido, el tránsito de la utilización del modelo de transporte colaborativo al regulado arrendamiento de vehículo con conductor (VTC) ha insertado a este último en la disputa al servir como base legal de actuación de dichas plataformas. Este estudio pretende analizar todas estas cuestiones y cómo se está solventando la pugna entre el sector del taxi y el avance imparable de los VTC, en concreto lo relativo a la problemática regla 1/30 y su tratamiento jurisprudencial.

### PALABRAS CLAVE

Transporte; redes p2p; taxi; VTC; Uber.

---

### ABSTRACT

In recent years, the taxi industry has faced the incursion of collaborative economy in urban passenger transport in passenger cars. P2P platforms like Uber or Cabify try to compete in this sector monopolized by the taxi. In this sense, the transit of the use of the collaborative transport model to the lease of vehicle with driver (VTC) has legally helped these platforms. However, the debate as to whether the Uber or Cabify benefits should be associated with the principle of freedom to provide services or whether they are included in the transport sector are still present. This study aims to analyze all these issues, focusing both on the legal regime of the taxi, as on the VTC, and how the struggle between the taxi sector and the advancement of these p2p service is being solved.

### KEYWORDS

Transport; p2p service; taxi; VTC; Uber.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR. 2.1 PROBLEMÁTICA EN CUANTO A LA OBTENCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN VTC: EL CRITERIO 1/30. 2.2. ÁMBITO DE ACTIVIDAD, VEHÍCULOS Y SIGNOS DISTINTIVOS. 2.3. DISPOSICIÓN DE VEHÍCULOS, NÚMERO DE CONDUCTORES, TRASMISIÓN DE LICENCIAS Y HOJA DE RUTA. 3. EL SECTOR DEL TAXI FRENTE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LOS VTC. 4. EL CONFLICTO CON UBER Y CABIFY. 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El avance de la economía y el consumo colaborativo ha tenido un fuerte impacto en diversos sectores, en especial en el del transporte con la aparición de compañías como Uber, Cabify o Blablacar que, utilizando las redes p2p, se han hecho un hueco en el entramado del transporte de personas. Esta situación ha generado un importante debate y consecuencias sobre los sectores clásicos del transporte de viajeros que no ven con buenos ojos la entrada de estas compañías y mucho menos su funcionamiento al margen de cualquier marco regulatorio.

No cabe duda de que actualmente existe un enfrentamiento entre las compañías Uber/Cabify y el sector del taxi, con agentes intermedios que se posicionan al lado de unos y otros y en el que en esta batalla el usuario poco o nada puede hacer. Los debates acerca de la situación jurídica de estas plataformas marcan sin duda la problemática con la aparición de pronunciamientos judiciales que paulatinamente van resolviendo un rompecabezas jurídico.

Acciones de competencia desleal, libertad en la prestación de servicios, defensa del usuario, necesidad de autorización o ruptura del monopolio del taxi en favor de una rebaja de los precios son algunos de los elementos que van surgiendo en este tira y afloja de posturas contradictorias que van mutando con el paso del tiempo de conformidad con la evolución a pasos agigantados de las redes p2p y de todo aquello que lleva el apelativo «colaborativo».

La disputa por el negocio del transporte público urbano de viajeros en vehículos de turismo ha conllevado el auge de una modalidad hasta ahora relegada a un segundo plano como es el arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) como consecuencia de ser la base sobre la que se sostienen actualmente en España plataformas como Uber y Cabify. Vacíos legales, interpretaciones y fallos judiciales se suman a este devenir de ataques al sector de taxi que ve cada vez más amenazada su posición ventajosa adquirida durante décadas. Los cambios en la modalidad de contratación son otro aspecto que hay que tener en cuenta, transitando de la modalidad clásica de contrato directo en la calle o en parada a la preferencia por muchos usuarios de la precontratación a través de soportes informáticos, hechos, ambos dos, que modelan la preferencia por el taxi o el VTC. Asimismo, el tránsito del transporte colaborativo, basado en la conexión de viajeros con simples particulares con vehículo (Uber Pop), a la utilización de vehículos con licencia VTC (Uber X o Cabify), ha desterrado los ataques contra la ilegalidad de la actividad de estas plataformas, la economía sumergida asociada o la competencia desleal ejercida, no sin obviar otras problemáticas paralelas que van surgiendo en este conflicto, las cuales se analizarán a continuación.

## 2. EL ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR

El modelo VTC, tan de moda últimamente por su conflicto con el sector del taxi, ha sufrido una interesante evolución en cuanto a su delimitación jurídica. Su vinculación con la figura del taxi es evidente ya que, como se extrae del preámbulo del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre), en adelante ROTT, esta actividad se asocia a la que legalmente venían realizando los vehículos provistos de licencia municipal de la clase C, llamados especiales o de abono<sup>1</sup>. Con ello, es en esta norma donde se extrae su delimitación al

<sup>1</sup> Vid. Art. 2 del Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles ligeros, aprobado por Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo: clase c) «especiales o de abono», vehículos que prestan servicios dentro o fuera de los núcleos urbanizados, diferentes a los de las clases anteriores, ya sea por su mayor potencia, capacidad, lujo, dedicación, finalidad, etc.,

considerarse en su redacción original como actividad de transporte sujeta a autorización administrativa (arts. 180.1 ROTT)<sup>2</sup>.

Esta delimitación fue alterada posteriormente como consecuencia de los efectos producidos por el art. 21.9 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al modificar, entre otros, el art. 134 LOTT e introducir la consideración del arrendamiento de vehículos con conductor como transporte discrecional de viajeros y la sujeción por ende de su ejercicio a todas las reglas contenidas en la Ley<sup>3</sup>. Estos cambios se plasmaron también en el ROTT a través de su modificación por Real Decreto 919/2010, de 16 de julio, introduciendo dicha consideración en el art. 180.1.

La Ley 9/2013, de 4 de julio, de modificación de la LOTT (art. 1.57), suprimió el art. 134 LOTT, además de dar una nueva redacción al artículo 99 LOTT y establecer, en su punto 4, la consideración de dicha actividad como una modalidad más de transporte de viajeros, condicionándose su ejercicio, eso sí, a la obtención de la correspondiente autorización. Además, la Ley 9/2013 añadió otro aspecto más, en concreto en el artículo 48.2, como es una habilitación para que el Estado, por vía reglamentaria, introdujera limitaciones al otorgamiento de nuevas autorizaciones para el ejercicio de esta actividad de transporte.

Estas nuevas modificaciones conllevaron por otra parte la necesidad de adaptar el ROTT, dando con ello nueva redacción a los artículos 181 y 182 a través del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre<sup>4</sup>. De estas modificaciones sin duda destaca la conexión de las autorizaciones VTC con las licencias de taxi al establecer el ya famoso límite de 1 licencia VTC por cada 30 de taxi (art. 181.3 *in fine*), dejando la puerta abierta para que aquellas Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, puedan modificar dicha regla de proporcionalidad siempre que la que apliquen sea menos restrictiva<sup>5</sup>.

En cuanto a la delimitación de la figura del VTC, queda asentado la inexistencia de un precepto centrado en ello, extrayendo la delimitación conceptual del art. 180 ROTT al hablar del simple arrendamiento de vehículos de turismo con conductor. Con ello, esta figura se desmarca por completo del autotaxi. Las diferencias entre los VTC y taxis se centran esencialmente en las autorizaciones requeridas y, sobre todo, requisitos necesarios para su actividad. En este sentido, es importante señalar que, a la hora de hablar de la contratación de este tipo de servicios, existen diferentes modalidades como el servicio contratado en paradas, el servicio contratado directamente en la calle, y el servicio pre-contratado de forma telefónica o mediante otra tecnología de la información y la comunicación. En España, el marco legal existente permite a los taxis operar en las tres opciones, restringiendo su actividad al segmento de la pre-contratación tal y como se extrae del art. 182.1 ROTT<sup>6</sup>. Este hecho, sin duda, recorta la esfera de actividad de los VTC, más cuando los segmentos de parada y contratación directa en la calle son los más

---

ya porque los conductores tienen conocimientos acreditados superiores a los obligados e inherentes a los de su profesión y apropiados a la especialidad que les caracteriza (turística, representativa, etc.). *Vid.* TARRÉS VIVES (2012) y CARBONELL PORRAS (2010: pág. 489) y (2017: pág. 1.723-1.724).

<sup>2</sup> A esta norma había que asociar diferentes Órdenes de desarrollo centradas en el régimen de autorizaciones. Así, la Orden de 1 de febrero de 1992, daría paso a la Orden de 14 de junio de 1993 de cara a una mayor simplificación del régimen de autorizaciones y ésta, a su vez, a la Orden de 30 de julio de 1998. No obstante, la modificación del ROTT por el Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, supuso un reforzamiento de los requisitos exigidos para el acceso al mercado y funcionamiento de las empresas de arrendamiento de vehículos con conductor, dando con ello un nuevo marco jurídico y la aparición de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, destinada a desarrollar lo dispuesto por el ROTT.

<sup>3</sup> Sobre los efectos de la Ley Ómnibus en el arrendamiento de vehículos con conductor: TARRÉS VIVES (2012: pág. 299 y ss.).

<sup>4</sup> En concreto, Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

<sup>5</sup> Así, el art. 181.3 ROTT *in fine* establece: «Se entenderá en todo caso que se produce una situación de desequilibrio, y en consecuencia procederá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, cuando la relación entre el número de las existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretendan domiciliarse y el de las de transporte público de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en ese mismo territorio sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas».

<sup>6</sup> Art. 182.1 ROTT *in fine*: «Los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor no podrán, en ningún caso, circular por las vías públicas en busca de clientes ni propiciar la captación de viajeros que no hubiesen contratado previamente el servicio permaneciendo estacionados a tal efecto. Este conflicto y los efectos competenciales son analizados con profundidad por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016), en adelante CNMC, y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2007).

utilizados en las áreas urbanas densamente pobladas, desplazando la pre-contratación a las periferias urbanas y en las zonas rurales.

Por lo que respecta al régimen del VTC, éste hay que centrarlo en los arts. 181 y 182 ROTT (que derivan a su vez al art. 43.1 LOTT) y la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, de desarrollo de esta actividad. Sobre la autorización, la normativa establece la necesidad de que se obtenga para cada vehículo que se quiera dedicar a esta actividad, la correspondiente autorización administrativa (art.180.2 ROTT). En este sentido, la intervención de las Comunidades Autónomas en este proceso es clave a través de las competencias en cuanto al otorgamiento de autorizaciones de transporte urbano e interurbano, ello sin obviar la competencia estatal para transportes que discurran por más de una CCAA (arts. 149.16 y 149.21 CE)<sup>7</sup>. De igual manera hay que destacar que salvo Baleares, Canarias, Cataluña o Galicia, las CCAA no cuentan con una regulación exhaustiva del arrendamiento de vehículos con conductor salvo lo referido a la regulación del correspondiente distintivo identificativo o la modificación de la regla de proporcionalidad 1/30, produciéndose una remisión en muchos casos a la regulación estatal<sup>8</sup>.

Centrándonos en los arts. 181 y 182 ROTT, en ellos se recoge el bloque importante de requisitos (número mínimo de vehículos necesarios, características de los mismos, ámbito de actividad, seguros, etc.), salvo los aspectos referidos a la personalidad jurídica del solicitante, nacionalidad o cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales que se contienen en la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero.

Ante todo, de la regulación del ROTT debe extraerse los límites a la concesión de las autorizaciones VTC, aspecto clave en este tipo de transporte y que articula en gran medida su aparición y consolidación en el sector. Considerado una barrera de protección, el art. 181.3 ROTT incluye la posibilidad de que pueda denegarse el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor cuando exista una desproporción manifiesta en relación con el transporte público de viajeros en vehículos de turismo, estableciéndose el criterio 1/30.

Sin duda, este hecho marca la problemática de lo referido al VTC, circunstancia no ajena a su análisis jurisprudencial como se verá a continuación, al igual que el conjunto de especificaciones asociadas al otorgamiento de la autorización.

## 2.1. Problemática en cuanto a la obtención de la autorización VTC: el criterio 1/30

Como se ha señalado anteriormente, la regulación del VTC hay que referirla en lo que respecta al régimen de autorizaciones tanto a los arts. 181 y 182 ROTT, como a la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, modificada en 2011 (Orden FOM/3203/2011, de 18 de noviembre) y en 2015 (Orden FOM/2799/2015, 18 noviembre).

Uno de los aspectos más destacados del régimen de autorizaciones es la posibilidad de denegar las preceptivas autorizaciones para la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor por razones de proporcionalidad. Esta restricción recogida en el art. 181.3 *in fine* ROTT, enlazada con el art. 48.2 LOTT, no es algo nuevo debido a que desde las primeras regulaciones sobre el arrendamiento de vehículos con conductor se pueden apreciar ciertas limitaciones en su otorgamiento. Así, el art. 14.2 de la Orden de 30 de julio de 1998, de desarrollo del ROTT, ya recogía la posibilidad de que se pudiera denegar la autorización si existía una desproporción manifiesta entre el número de autorizaciones en el municipio y los potenciales usuarios del servicio. Con ello, y aparte de destacar la acción del Ayuntamiento en el

<sup>7</sup> Vid. CARBONELL PORRAS (2017), DOMÉNECH PASCUAL (2017) y CANO CAMPOS (2009 y 2010). A este respecto debe tenerse en cuenta el art. 42 LOTT, que supedita la realización de transporte público de viajeros y mercancías a la posesión de «una autorización que habilite para ello, expedida por el órgano competente de la Administración General del Estado o, en su caso, por el de aquella Comunidad Autónoma en que se domicilie dicha autorización, cuando esta facultad le haya sido delegada por el Estado». Este hecho debe conectarse con la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable, en concreto el arts. 6 y 8 relativos a transportes discrecionales y arrendamiento de vehículos.

<sup>8</sup> Baleares (Decreto 43/2014, de 3 de octubre, que desarrolla y concreta determinados aspectos de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor); Canarias (arts. 79 y ss. de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de transporte por carretera de Canarias); Cataluña (Decreto Ley 5/2017, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la ordenación de los servicios de transporte de viajeros en vehículos hasta nueve plazas), Galicia (arts. 45 y ss. Ley 4/2013, de 30 de mayo, del transporte público de personas en vehículos de turismo de Galicia). En el caso de Asturias se identifica directamente una derivación hacia a la regulación estatal en el art. 20.3 de la Ley 1/2014, de 17 de noviembre, de transporte de viajeros por carretera de Cantabria, que dispone: «Para la prestación de servicios de arrendamiento de vehículos con conductor será necesario disponer del correspondiente título habilitante, obtenido en los términos establecidos en la legislación estatal».

proceso de autorización, aparecía una regla de proporcionalidad por la que se extraía su denegación si el número de autorizaciones vigentes domiciliadas en la Comunidad Autónoma rompía la ratio de 1/30 con respecto al de las autorizaciones de transporte discrecional interurbano de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en la misma<sup>9</sup>.

Sin duda, a la hora de analizar la problemática que gira en torno a la regla 1/30 hay que hacer mención al art. 14.1 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero (en su texto original), norma que derogaba a la Orden de 30 de julio de 1998 y que retomaba dicha regla. La habilitación legal sobre la que se sustentaba esta restricción, en concreto los arts. 49 y 50 de la LOTT, desarrollados por los arts. 44 y 45.3 ROTT, no estuvo libre de polémicas sobre todo por los efectos de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en estos preceptos tal y como ponen de manifiesto diferentes sentencias del Tribunal Supremo<sup>10</sup>.

Con ello, a partir de la entrada en vigor de la Ley 25/2009 se puso en serias dudas el establecimiento del límite 1/30 ante la carencia de una habilitación por parte de una norma con rango de Ley, al entender que tanto el artículo 14.1 de la Orden FOM/36/2008, como el art. 181.2 ROTT, donde también se hacía referencia a la limitación, quedaban fuera de juego desde su entrada en vigor, tal y como apunta el Tribunal Supremo<sup>11</sup>. Ello era debido a la supresión de los arts. 49 y 50 LOTT, que suponían el sustento legal a la regla 1/30, por el art. 21.2 de la Ley 25/2009, no dándose por válido el respaldo de los arts. 3 y 15 LOTT que, por ejemplo, la Resolución de Coordinación 1/10 de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento defendía.

Toda esta situación provocó un vacío legal hasta que de nuevo la Ley 9/2013, de 4 de julio, a través del artículo 48.2 LOTT, legitimara, con matizaciones, las tan problemáticas limitaciones. A este respecto, conviene apuntar que, aunque esta última Ley, con la reforma operada en la LOTT, dio vía libre a las limitaciones en el otorgamiento de nuevas autorizaciones, el desarrollo reglamentario previsto en su Disposición Final Primera no se produjo hasta el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, y la Orden FOM/2799/2015, 18 noviembre, cerrando con ello la problemática al respecto<sup>12</sup>.

De todas formas, hay que señalar un hecho importante y son las repercusiones jurídicas de la denegación de licencias ya no sólo durante el vacío creado entre 2009 y 2013, sino también en el lapso desde la nueva redacción del artículo 48 LOTT hasta la aprobación del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre.

El hecho de la aparición de diferentes sentencias anulando la denegación de autorizaciones ha generado la incorporación de nuevas licencias a través de este respaldo judicial, alimentando con ello el conflicto con el sector del taxi más cuando el Tribunal Supremo tiene que decidir sobre un número indeterminado de solicitudes que oscilan entre las 3.000 de Uber y Cabify según Cruz Peña (2017) o las 10.000 en todo el territorio nacional referenciadas por la Gaceta del taxi (2017).

<sup>9</sup> La acción de los Ayuntamientos en el proceso de otorgamiento también ha estado presente en las sucesivas reformas del ROTT en concreto en la de 2010 en donde en el art. 181.2, en su apartado 1, se establecía que el Ayuntamiento podía valorar «las circunstancias externas concurrentes a la hora de emitir su informe sobre la procedencia del otorgamiento de las autorizaciones solicitadas, debiendo tenerse en cuenta la distinta naturaleza y el carácter diferenciado del arrendamiento con conductor y de los servicios de transporte en vehículos de turismo».

<sup>10</sup> *Vid.* Por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2014 (dos sentencias con esa fecha dictadas en los recursos de casación 5892/2011 y 962/2012), 29 de enero de 2014 (cuatro sentencias con esa fecha dictadas en los recursos de casación 527/2013, 105/2012, 384/2012 y 2169/2012), 30 de enero de 2014 (recursos de casación 110/2012 y 4163/2012), 7 de febrero de 2014 (recursos de casación 2115/2012), 5 de mayo de 2014 (recursos de casación 108/2012, 1438/2012 y 3309/14), 6 de mayo de 2014 (recursos de casación 5896/2011 y 2949/2012), 17 de noviembre de 2014 (recurso de casación 3802/11), 13 de febrero de 2015 (recurso de casación unificación de doctrina 2076/2014) o 25 de enero de 2016 (recurso de casación 134/2014).

<sup>11</sup> *Vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2014 (Recursos de Casación 5892/2011 y 969/2012) y de 29 de enero de 2014 (Recurso de Casación 105/2012). En este sentido, GUIJARRO GONZÁLEZ (2015).

<sup>12</sup> El tardío desarrollo reglamentario ha sido fuente también de polémica al apuntarse un nuevo vacío tal y como señalan las sentencias del Tribunal Supremo 1711/2017 y 1713/2017, de 13 de noviembre (recursos de casación núm. 3542/2015 y 3100/2015, respectivamente), las cuales serán analizadas en este estudio. Sus planteamientos se han reflejado en posterior jurisprudencia, en concreto en las STS de 14 de noviembre de 2017 (r. casación núm. 3923/2015), 4 de diciembre de 2017 (r. casación núm. 2180/2015), 18 de diciembre de 2017 (dos sentencias con esa fecha dictadas en los recursos de casación 170/20116 y 885/2016); de 12 enero de 2018 (r. casación núm. 61/2016); 24 enero de 2018 (r. casación núm. 276/2016); 25 enero de 2018 (r. casación núm. 117/2017); sentencias de 29 de enero de 2018; de 30 enero de 2018 (r. casación núm. 3353/2015); 30 enero de 2018 (r. casación núm. 3723/2015), de 2 febrero de 2018 (r. casación núm. 2188/2015); 5 febrero de 2018 (r. casación núm. 281/2017); o 21 marzo de 2018 (r. casación núm. 3835/2015). Por otra parte, se está a la espera de que el Tribunal Supremo resuelva sobre la impugnación por la CNMC del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre (*vid.* Auto del TS de 8 de mayo de 2017).

A este respecto, los numerosos autos del Tribunal Supremo acerca de la problemática sobre las restricciones y limitaciones aplicables tras la entrada en vigor de la Ley 9/2013 (*vid.*, entre otros, los Autos de 25 de septiembre, 2, 17, 18 y 23 de octubre de 2017) anteceden un terremoto judicial. Así, de nuevo salen a la luz temas como la determinación de «la normativa aplicable a las autorizaciones de alquiler de vehículos con conductor cuyas solicitudes se efectuaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2013, pero que fueron resueltas con posterioridad a su entrada en vigor» o «las restricciones y/o limitaciones aplicables para autorizar la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor tras la entrada en vigor de la Ley 9/2013 y antes de la aprobación del Reglamento del año 2015» (Auto de 23 de octubre de 2017).

El primer temblor judicial se produjo mediante dos Sentencias de 13 de noviembre de 2017 (Sentencias 1711/2017 y 1713/2017) de la Sala tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo por las que se estiman los recursos de Jojuar S. L. y de Gran Vía Rent a Car, S. L., concediéndose respectivamente 60 licencias VTC, a la primera, y 20, a la segunda. En estas sentencias se incorpora la resolución, además de los problemas anteriormente apuntados, de la situación de las solicitudes presentadas después de la entrada en vigor la Ley 9/2013, diferenciando los casos de solicitudes que se hubieran presentado antes o después del desarrollo reglamentario dado por el Real Decreto 1057/2015, de 21 de noviembre.

De nuevo en estas sentencias se resucita la duda acerca de la efectividad del artículo 48.2 LOTT, redactado por Ley 9/2013, de 4 de julio, hasta que se produjo su desarrollo reglamentario. A este respecto, el Tribunal Supremo es claro en señalar que «no cabe aceptar que los artículos 181.2 ROTT y 14.1 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, hayan renacido y vuelvan a ser de aplicación a raíz de la nueva redacción dada al artículo 48.2 LOTT, redactado por Ley 9/2013, de 4 de julio». Además estos pronunciamientos dilucidan qué ocurre con las solicitudes de autorización presentadas cuando ya había entrado en vigor la nueva redacción del artículo 48 LOTT dada por Ley 9/2013, de 4 de julio, y antes de que se produjera su desarrollo reglamentario, más cuando las solicitudes del asunto tratado eran de 14 de marzo de 2014 (Sentencia 1713/2017). Así, con base en lo señalado, es clara la tesis que apuesta porque la previsión contenida en el artículo 48.2 LOTT, redactado por Ley 9/2013, de 4 de julio, necesita, para la efectividad de las limitaciones y restricciones que en él se contemplan, del desarrollo reglamentario dado por Real Decreto 1057/2015, de 21 de noviembre.

A pesar de la visión clara del Tribunal Supremo en cuanto a la problemática del vacío legal creado, por parte del sector del taxi se ha discutido mucho esta interpretación. En este sentido, por ejemplo, la Asociación Élite Taxi Madrid (AETM) defiende que el respaldo del límite recogido en el art. 14.1 de la Orden FOM 36/2008 tras la anulación de los arts. 49 y 50 LOTT, seguía existiendo a través de los arts. 92.1.c y 92.2.a LOTT una vez producida la modificación del art. 181 ROTT en 2010 (Real Decreto 919/2010, de 16 de julio). Así, teniendo en cuenta la consideración del arrendamiento con conductor como transporte discrecional de viajeros, la referencia en el art. 92.1.c LOTT a la limitación en el número y/o condiciones de nuevas autorizaciones a otorgar debe, según su parecer, considerarse como válida para paralizar la problemática sobre el vacío legal producido.

Válidos o no los planteamientos del sector del taxi, lo que es evidente es el asentamiento de las interpretaciones del Tribunal Supremo, originándose un goteo continuo de resoluciones que dan lugar al reconocimiento de nuevas licencias rompiendo por completo el panorama equitativo del 1/30<sup>13</sup>. Resultará interesante realizar un estudio comparativo de los resultados judiciales en la evolución de las autorizaciones VTC en los próximos años. De todos modos, atendiendo a los datos ofrecidos por el Ministerio de Fomento (2017), en septiembre de 2017, preludio a la avalancha de pronunciamientos del Tribunal Supremo, se identificaban un total de 54.267 autorizaciones de taxi frente a las 5.855 autorizaciones VTC (tabla 1). Aplicando la correspondiente regla de proporción, en realidad en España debería haber 1.809 licencias, lo que da idea ya del gran número que se han obtenido por vía judicial. Por otra parte, hay que indicar que en realidad deben sumarse todavía más autorizaciones de carácter autonómico que alcanzan para los taxis un número de 316 frente a los 247 VTC, estando concentradas en Cádiz (48 VTC autonómico), Las Palmas (300 y 319) y Santa Cruz de Tenerife (16 y 80).

<sup>13</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1897/2017, de 4 diciembre, que de nuevo señala que la Ley 9/2013, no revitaliza lo dispuesto en el ROTT, sino que es necesario al nuevo desarrollo reglamentario. Así, se señala que «no cabe aceptar que los artículos 181.2 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres aprobados por Real Decreto 1211/1990 y 14.1 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, hayan renacido y vuelvan a ser de aplicación a raíz de la nueva redacción dada el artículo 48.2 LOTT, redactado por Ley 9/2013, de 4 de julio».

**TABLA 1. DISTRIBUCIÓN AUTORIZACIONES TAXI (NACIONAL)  
Y VTC (NACIONAL) POR PROVINCIA**

PROVINCIA	TAXI	VTC
A CORUÑA	1.481	78
ÁLAVA	236	30
ALBACETE	212	5
ALICANTE	1.271	63
ALMERÍA	494	63
ASTURIAS	1.380	106
ÁVILA	100	9
BADAJOS	500	14
BARCELONA	10.584	780
BIZKAIA	1.239	28
BURGOS	324	43
CÁCERES	361	16
CÁDIZ	1.081	43
CANTABRIA	505	171
CASTELLÓN	219	50
CIUDAD REAL	261	10
CÓRDOBA	760	30
CUENCA	164	10
GIPUZKOA	657	19
GIRONA	555	34
GRANADA	837	55
GUADALAJARA	112	10
HUELVA	393	32
HUESCA	237	6
ISLAS BALEARES	2.334	203
JAÉN	393	3
LA RIOJA	170	6
LAS PALMAS	3.169	30
LEÓN	517	74
LLEIDA	445	0
LUGO	535	13
MADRID	15.384	2.416
MÁLAGA	2.593	502
MURCIA	752	75

NAVARRA	419	57
OURENSE	340	20
PALENCIA	120	22
PONTEVEDRA	1.264	38
S. C. TERERIFE	2.671	21
SALAMANCA	357	18
SEGOVIA	141	83
SEVILLA	2.267	153
SORIA	79	0
TARRAGONA	519	46
TERUEL	76	32
TOLEDO	361	4
VALENCIA	2.865	120
VALLADOLID	500	75
ZAMORA	151	1
ZARAGOZA	1.882	138
<b>TOTAL</b>	<b>64.267</b>	<b>5.855</b>

Fuente: Ministerio de Fomento (2017)

Completando lo anteriormente expuesto, no hay que obviar la acción de algunas Comunidades Autónomas en el otorgamiento de las autorizaciones VTC. Si bien muchas de ellas acogen la regla de proporcionalidad (*vid.* Canarias en el art. 79 quinquies de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de transporte o la Resolución de 15 de diciembre 1998, de criterios de provincialización del cupo de autorizaciones de vehículos de arrendamiento con conductor en Andalucía), también es posible identificar la modificación de dicha regla por algunas de ellas, dentro de su ámbito territorial, y cumpliendo, eso sí, la premisa de ser menos restrictiva tal y como dispone el art. 181.3 ROTT.

Sobre todo, conviene atender a la regulación dada en Islas Baleares, en donde se establecen proporciones diferentes a través Decreto 43/2014, de 3 de octubre, que desarrolla y concreta determinados aspectos de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor en el ámbito territorial de las Illes Balears. En concreto estas proporciones se dividen por islas, siendo en Mallorca 12,6 VT por 1 VTC; Ibiza: 6,74 VT por 1 VTC, y Menorca: 17,33 VT por 1 VTC<sup>14</sup>. Dichas cifras hay que ponerlas en relación con el antiguo art. 14.1, tanto del Orden de 30 de julio de 1998, como de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero en el que se permitía alterar la regla de proporcionalidad mediante la elaboración y aprobación un plan o programación de transporte. En este sentido, en Baleares conviven dos Planes de adjudicación de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor (Ibiza y Menorca) que articulan las alteraciones de la regla de proporcionalidad. Así, el Plan de adjudicación de la Isla de Menorca, aprobado por el pleno del Consell el 26 de junio de 2006, basa la alteración en el hecho de un desajuste entre la oferta y la demanda, más cuando Menorca no disponía de ninguna autorización de vehículos de alquiler con conductor. Mismo planteamiento recogió la Resolución del Consejero de Medio Ambiente y Movilidad por la que se aprueba el Plan de adjudicación de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor en la isla de Ibiza

<sup>14</sup> En el caso de la Comunidad Valenciana, la Resolución de 11 de abril de 2002, también incluye limitaciones en el número de autorizaciones estableciendo un número máximo de 149 autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor (Alicante, 38 autorizaciones; Castellón: 38 autorizaciones y Valencia: 73 autorizaciones), número lejano al que se recoge en la tabla 1 a fecha de septiembre de 2017.

de 12 de enero de 2011, justificando dicha alteración en la desproporción entre la oferta y la demanda a consecuencia de la gran actividad turística, en especial en época estival. No obstante, estas decisiones no han estado libres de polémica ya que ambas fueron recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, la primera por la Asociación Radio Taxi-Mahón y la segunda por la Confederación del taxi de España, precisamente por no respetar la regla de proporcionalidad de 1 autorización VTC por cada 30 taxis. El Tribunal, en ambos casos rechazó las pretensiones al entender que había una manifiesta desproporción entre la oferta y la demanda y que estaba perfectamente motivada por la Administración mediante sendos estudios técnicos (*vid.* sentencia núm. 50/2014, de 5 febrero). De todas maneras, si se acude a la redacción actual del art. 181.3 *in fine* ROTT, la posibilidad de modificar la regla de proporcionalidad, siempre que la que apliquen sea menos restrictiva, justificaría estas alteraciones, más cuando la norma no exige justificación, como sí que se requería antes.

Además del caso Balear, en otras Comunidades Autónomas también se pueden encontrar limitaciones<sup>15</sup>. Como caso reciente, Aragón cuenta con criterios marcados habiendo una evolución al respecto. Si en la Resolución de 26 de marzo de 2008, de la Dirección General de Transportes, establecía la ratio de cuatro VTC por cada cincuenta VT<sup>16</sup>, a través de la Orden VMV/845/2017, de 9 de junio, se derogó la anterior resolución volviendo al criterio normalizado del art. 181.3 ROTT. En el caso del País Vasco, la Orden de 11 de febrero 2005, por el que se establece el número máximo de autorizaciones de transporte público interurbano de viajeros en automóviles, también recoge cupos de autorizaciones de ámbito estatal para la prestación de servicios de arrendamiento de vehículos con conductor, estableciendo como límites 6 en Álava, 27 en Bizkaia, 15 en Gipuzkoa. Teniendo presente estos límites, la norma recoge asimismo que el número de autorizaciones no puede superar el 2% del número máximo de autorizaciones de transporte público interurbano de viajeros en automóviles de turismo resultante para cada Territorio Histórico (art. 6); no obstante, si se compara con los datos de la tabla 1 se da cuenta de la acción de los tribunales anteriormente apuntada al superarse con creces, por ejemplo, en Álava estos máximos.

## 2.2. **Ámbito de actividad, vehículos y signos distintivos**

Habiéndose delimitado las restricciones numéricas relativas a la concesión de nuevas licencias, conviene ahora analizar los requisitos y especificaciones que debe cumplir el solicitante de una autorización de arrendamiento de vehículos, los cuales se asocian a los artículos 43.1 LOTT, 181 y 182 ROTT, y que aquí se dividen en dos bloques para facilitar su exposición.

En primer lugar debe resaltarse el hecho de que la autorización VTC habilita para la realización de servicios, tanto urbanos como interurbanos, en todo el territorio nacional, habiendo una autorización individual para cada vehículo. No obstante, esta habilitación debe ser matizada con lo dispuesto en el art. 182.5 ROTT, precepto introducido por el art. 5 del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre. Dicho artículo introduce una delimitación territorial de la actividad al obligar a que al menos el 20% de los recorridos efectuados trimestralmente se realicen en la Comunidad Autónoma en que se haya concedido la licencia, por lo que, lógicamente, el vehículo VTC debe atender con ello a las necesidades del territorio de la Comunidad Autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización en que se amparan. Como se ha señalado anteriormente, en Cádiz, Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife, de acuerdo con los datos del Ministerio de Fomento se vienen distinguiendo entre VTC Nacional y VTC autonómico como clases de autorizaciones dentro del VTC. A ello hay que sumar ciertas acotaciones autonómicas, como la recogida en Islas Baleares en donde se vincula la antigüedad del vehículo, indicándose que aquellos que excedan de ocho años de antigüedad, contados

<sup>15</sup> Caso complejo es el recogido en la Resolución de 12 de enero 2004, por el que se establece los criterios que regirán en la Comunidad Autónoma de Galicia para el otorgamiento de autorizaciones de alquiler de vehículos con conductor al amparo de la disposición adicional segunda de la Orden Ministerial de 30 de julio de 1998, por el que se establece una 1 empresa por cada 85.000 habitantes de derecho y autorizaciones adicionales para agregar a alguna de las empresas, a razón de un vehículo cada fracción completa de 30.000 habitantes de derecho. Asimismo, se indica que la solicitud inicial deberá, en todo caso, referirse a cinco vehículos por empresa (art. 4).

<sup>16</sup> Entre las razones que justificaron en su momento la alteración de la regla de la proporcionalidad, se aludía a la desproporción entre la oferta y la demanda de esta clase de arrendamiento ante el «fuerte crecimiento, impulsado en gran medida desde el Gobierno de Aragón y que se ha materializado en forma de importantes plataformas logísticas, que albergan grandes centros empresariales, así como una diversidad de servicios de todo orden y, en especial, de carácter turístico, con una mejora progresiva de las comunicaciones que favorecen la ubicación empresarial en función de las específicas necesidades a lo largo de todo el territorio» (Resolución de 26 de marzo de 2008, de la Dirección General de Transportes, por la que se fijan las condiciones cuantitativas para el otorgamiento de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor).

desde su primera matriculación, no podrán prestar ningún servicio de esta clase fuera de esta Comunidad Autónoma (art. 2 del Decreto 43/2014, de 3 de octubre).

De todos modos, el control de la habitualidad de los servicios vinculado a un ámbito geográfico de actividad ha sido un tema criticado por el sector del taxi. Tal es así que ha sido tratado dentro de las últimas modificaciones normativas sobre el VTC. A este respecto, el Real Decreto 1076/2017, de 29 de diciembre, por el que se establecen normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, introduce una interesante medida destinada a garantizar estas limitaciones como es la habilitación por parte de la Dirección General de Transporte Terrestre de un registro de comunicaciones de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor, al que los titulares de las autorizaciones deberán dirigir sus comunicaciones (art. 2) y a través del cual se dará cuenta del cumplimiento de las limitaciones anteriormente señaladas.

En cuanto a la regulación de las características de los vehículos, el ROTT contiene diversos condicionantes como los relativos a las características (motor, longitud)<sup>17</sup> o antigüedad máxima de los vehículos (10 años), siempre partiendo de una capacidad máxima de 9 plazas incluida la del conductor (art. 181 ROTT). El límite de 10 años hay que matizarlo ya que se incluyen excepciones cuando la potencia fiscal sea igual o superior a 28 CVF o se trate de un vehículo histórico. Además, dentro de las regulaciones autonómicas se pueden encontrar diferentes acotaciones, aparte de la ya apuntada en Islas Baleares sobre el ámbito de actividad de los vehículos de más de ocho años,

Dentro de las características y elementos asociados a los vehículos conviene apuntar la incidencia del hecho de la prohibición de que los vehículos VTC tengan signos externos de identificación que induzcan a confusión con la actividad de los taxis (182.4 ROTT). A pesar de ello, distintas Comunidades Autónomas han regulado modelos identificativos como es el caso de Andalucía, Cataluña, Comunidad de Madrid o Islas Baleares<sup>18</sup>. Todas ellas recogen el modelo que deben incorporar los vehículos, si bien se identifican ciertas discrepancias en lo referido a la colocación, tamaño o contenido. Si en Aragón o la Comunidad de Madrid se opta porque el distintivo se encuentre tanto en la parte superior derecha de la luna delantera, como en la parte inferior izquierda de la luna trasera del vehículo, Andalucía e Islas Baleares optan por soluciones diferentes ya sea por su incorporación en la parte superior derecha de la luna delantera (Andalucía) o parte inferior derecha del parabrisas delantero del vehículo (Baleares). Mismo ocurre con el contenido, destacando el modelo andaluz que incorpora la indicación de la matrícula del vehículo y del mes y año en que ha de ser objeto el próximo visado, o el modelo balear que incluye un código QR identificador del vehículo autorizado<sup>19</sup>.

### 2.3. Disposición de vehículos, número de conductores, transmisión de licencias y hoja de ruta

Otro bloque de requisitos vinculados con la solicitud de la autorización VTC son los referidos a la disposición de vehículos, número de conductores, la transmisión de licencias y la importancia de la hoja de ruta como elemento articulador de la actividad.

Respecto al número de vehículos, el art. 181.2 ROTT, tras la modificación de 2015, establece que las empresas dedicadas a la actividad de arrendamiento con conductor han de disponer en todo momento, en

<sup>17</sup> El ROTT recoge diversas prescripciones en cuanto a la motorización y medidas, señalándose que el vehículo debe tener, como mínimo, un motor con una potencia igual o superior a 12 caballos de vapor fiscales (CVF) y una longitud mínima exterior igual o superior a 4,60 metros, condicionantes que se exoneran en el caso de que el vehículo utilice energías alternativas (art. 181.2).

<sup>18</sup> Andalucía (Orden de 31 de marzo de 2017, por la que se regula el uso de un distintivo obligatorio para los vehículos de alquiler con conductor autorizados en la Comunidad Autónoma de Andalucía); Aragón (Orden VMV/898/2017, de 15 de junio, por la que se aprueba el distintivo identificativo de los vehículos destinados al arrendamiento de vehículos con conductor cuya autorización se encuentre radicada en la Comunidad Autónoma de Aragón), Cataluña (Decreto-ley 5/2017, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la ordenación de los servicios de transporte de viajeros en vehículos hasta nueve plazas); Comunidad de Madrid (Decreto 101/2016, de 18 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los distintivos identificativos de los vehículos dedicados al arrendamiento de vehículos con conductor cuya autorización se encuentre radicada en la Comunidad de Madrid) o Islas Baleares (Decreto 58/2016, de 16 de septiembre, por el que se regula el distintivo de identificación de los vehículos dedicados a la actividad de arrendamiento con conductor en la comunidad autónoma de las Illes Balears).

<sup>19</sup> De igual manera hay que indicar la tipificación, como infracción, el realizar la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor mediante vehículos que lleven publicidad o signos externos identificativos, salvo en los supuestos reglamentariamente exceptuados, hecho que se recoge, por ejemplo, en el art. 99.2.g. de la Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de Comunidad Valenciana, que lo considera como infracción leve en relación con los servicios de transporte de viajeros, sancionable con apercibimiento o multa de hasta 1.000 euros.

propiedad o arrendamiento financiero, de al menos siete vehículos dedicados a esta actividad, cifra que aumenta respecto a los cuatro fijados por la modificación del ROTT en 2010. No obstante, estos mínimos también se referenciaban en la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, donde la redacción del art. 10 ha sufrido una evolución transitando del mínimo de 10 vehículos en su redacción original, mantenida en la modificación de 2011, a la derivación a lo dispuesto en el artículo 181.2 ROTT<sup>20</sup>. Sobre estos cambios se aprecia a su vez una falta de adaptación de las normativas autonómicas. Es el caso de Canarias, donde se exige un mínimo de 10 vehículos (art. 105 del Decreto 72/2012, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de Transporte por Carretera), si bien hay delimitaciones para el arrendamiento de vehículos con conductor de ámbito estrictamente insular. Así en las islas de El Hierro y La Gomera se pueden otorgar autorizaciones para el arrendamiento de vehículos con conductor de ámbito estrictamente insular con un mínimo de dos vehículos, siendo el mínimo de tres en el caso de La Palma.

Medida en su momento pensada para restringir el auge de las licencias VTC, parece que los mínimos en cuanto a disposición de vehículos poco efecto han tenido, aún más cuando empresas como UBER o Cabify aglutinan gran número de ellas, en parte favorecidas por el hecho de que el art. 181.2 ROTT establezca un amplio abanico de posibilidades de cara a lograr ese mínimo de vehículos<sup>21</sup>. No obstante, sí que es verdad que hay que hacer una matización y es que el Decreto de 2015 incorpora una disposición transitoria única por la que los titulares de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor vigentes en el momento de entrada en vigor de dicha norma que no dispusieran de este número mínimo de vehículos pudieran continuar el ejercicio de su actividad sin cumplir ese requisito en tanto que tales autorizaciones continuaran a su nombre. También hay que reseñar, como diferencias con el ámbito del taxi, el que los precios de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor no están sujetos a tarifa administrativa, si bien sí que existe obligación de que las correspondientes empresas deban tener a disposición del público información de las mismas (art. 3 del Real Decreto 1057/2015, del 20 de noviembre y 182.3 ROTT).

Vinculado a los vehículos se encuentra lo relativo a los conductores. En cuanto a este aspecto, dentro de la normativa se identifica una evolución normativa. La Orden de 2008 en su redacción original recogía en su art. 12 la obligación de que las empresas dispusieran de un mínimo de dos conductores por cada tres autorizaciones que se poseyeran, indicándose además el que se precisara un conductor adicional cuando la división del número de autorizaciones entre tres arrojara un resto superior a uno. El art. único.6 de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, modificó dicho precepto eliminando estos mínimos e introduciendo como únicas obligaciones el que los conductores se encuentren encuadrados en la organización empresarial y posean el permiso de conducción correspondiente.

Otro elemento destacado del régimen de autorizaciones del VTC es el relativo a la transmisión de las autorizaciones, que cuenta con mínimos condicionantes restrictivos. Como excepción se encuentra el hecho de que la novación subjetiva no puede suponer la domiciliación de la autorización en una Comunidad autónoma distinta a aquella en que originariamente se obtuvo, siempre teniendo en cuenta que el nuevo titular debe cumplir con todos los requisitos que marca la normativa en cuanto acreditación de la personalidad jurídica y nacionalidad de la empresa, cumplimiento de obligaciones fiscales y obligaciones laborales y sociales, o el número mínimo de vehículos (art. 20 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero). Respecto a este último hecho, hay que matizar que las transmisiones de autorizaciones anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, cuentan con el beneficio de la inexigibilidad de flota mínima cuando la transmisión tenga por objeto la totalidad de autorizaciones de que sea titular el cedente y se realice a favor de un único adquirente (Disposición transitoria única). De todos modos, el Real Decreto 1076/2017, de 29 de diciembre, ha introducido otro requisito más como es el que las autorizaciones VTC no puedan ser transmitidas hasta que hayan transcurrido dos años desde su expedición original por el órgano competente en materia de transporte terrestre, salvo en los supuestos de transmisión a favor de herederos en los casos de muerte, jubilación por edad o incapacidad física o legal de su titular (art. 1).

<sup>20</sup> Enlazado con este aspecto hay que aludir de igual manera a la disponibilidad de local, si bien este hecho se recogía en el art. 9 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, fue suprimido por el art. único.3 de la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre. En dicho precepto se venía exigiendo la disponibilidad de un local en el municipio donde se encuentren domiciliados los vehículos, el cual debía ser distinto al domicilio privado de su titular. Esta obligación se ha mantenido en regulaciones autonómicas, como es el caso de Galicia donde se recoge como requisito para desarrollar la actividad (arts. 47 y 55 de la Ley 4/2013, de 30 de mayo, de transporte), el cual debe estar dedicado en exclusiva a dicha actividad y no podrá ser compartido por varias empresas.

<sup>21</sup> Así, la empresa Uber dispone en su web la posibilidad de registrarse como conductor, dando la posibilidad de utilizar su propio coche, siempre que cumpla los requisitos tasados entre los cuales se encuentran el que esté registrado y asegurado.

Para finalizar, conviene apuntar la importancia de la hoja de ruta, criterio esencial y que marca la actividad del VTC. En este sentido, el art. 24 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, exige cumplimentar una hoja de ruta por cada servicio con la obligación de conservar la misma durante el plazo de un año, contado a partir de la fecha de celebración del contrato, con objeto de control administrativo. En dicha hoja deben consignarse toda una serie de datos como los del arrendador y el arrendatario o el trayecto que se ha realizado. Esta circunstancia debe ponerse en correlación con el hecho de que la contratación de los servicios debe realizarse de manera de previa, por lo que cualquier movimiento del coche vendrá condicionado a su existencia.

### 3. EL SECTOR DEL TAXI FRENTE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LOS VTC

Sin duda la llamada economía colaborativa ha roto el modelo clásico de transporte, dando paso a plataformas *p2p* como Uber, Cabify o Blablacar que reorganizan la oferta y demanda de los servicios de transporte terrestre. Su efecto sobre el transporte es claro y dista mucho del origen del concepto centrado simplemente en compartir bienes y servicios entre varios usuarios con el fin de maximizar los recursos disponibles<sup>22</sup>.

La economía colaborativa se basa en la producción de servicios entre redes de personas que a su vez se convierten en consumidores. Aunque existen muchas delimitaciones, hay que considerar que este modelo económico pasa por el hecho de que el consumidor adquiere el papel de proveedor de servicios en un mundo virtual<sup>23</sup>. A ello debe añadirse otro elemento importantísimo como es la confianza dentro de los miembros de la comunidad, sumada a la reputación del usuario que ofrece su bien<sup>24</sup>. De todas maneras, hay que advertir que el modelo clásico de economía colaborativa ha muerto en favor de un modelo mixto en el que existe una motivación comercial y un trasfondo económico que desvirtúan la finalidad «colaborativa» de esta nueva corriente económica<sup>25</sup>.

En este marco, las plataformas *p2p* juegan a ser las abanderadas de la economía colaborativa y en donde la idea básica de «compartir» da paso al beneficio económico de empresas intermediadoras que tienen como herramienta internet y que juegan con las necesidades de los consumidores. La indefinición acerca de la actividad que realizan da lugar a un vacío legal en el que basan su actuación y que enfrenta a sectores regularizados que operan bajo las autorizaciones pertinentes. Este es el caso del conflicto del sector del taxi con Uber y Cabify con una incursión de estos últimos en la prestación de servicios de transporte urbano escudada en el principio de libre prestación de servicios, un aspecto roto por completo a través de diversos pronunciamientos judiciales como se verá más adelante<sup>26</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea, tanto la Comisión Europea (2016), el Comité Económico y Social Europeo (2016) y el Comité Europeo de las Regiones (2017), aunque alaban los beneficios de la economía colaborativa, ponen énfasis en la necesidad de que los Estados miembros creen un marco regulatorio adecuado evitando con ello los ámbitos de ilegalidad y, sobre todo, garanticen una protección a los usuarios ante el avance de las plataformas *p2p*.

En el transporte, la interrupción de las plataformas se ha debido no sólo a los cambios tecnológicos, sino esencialmente a una ausencia de regulación, hecho que se ha sido aprovechado por las mismas para situarse en una posición destacada y a la vez enfrentada directamente con un sector consolidado y regularizado como es el del taxi. Aunque la postura del sector del taxi deriva a la existencia de una competencia desleal por parte de estas plataformas, no todos los agentes ven esta situación, derivando incluso la situación hacia otras opiniones totalmente contrarias y que identifican una clara restricción a la expansión del VTC.

<sup>22</sup> FELSON Marcus y SPAETH Joe (1978), ALGAR (2007) y BOTSMAN Y ROGERS (2010). Como expone DURÁN SÁNCHEZ *et al.* (2016) a su vez se han generado conceptos en paralelo como «new economy» (Delong & Summers, 2001), «sharing economy» (Lesig, 2008), «collaborative consumption» (Algar, 2007), «peer-to-peer economy» (RODRIGUES & DRUSCHEL, 2010), «gig economy» (FRIEDMAN, 2014), «disaggregate economy» (RAUCH & SCHLEICHER, 2015) o «access economy» (DENNING, 2014).

<sup>23</sup> Cabe destacar, por ejemplo, la definición dada por la COMISIÓN EUROPEA (2016) en un documento denominado Agenda Europea para la economía colaborativa, la cual asocia a «modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares».

<sup>24</sup> *Vid.* BOTSMAN Y ROGERS (2010), RUSSO (2015) y RUSSO y QUAGLIERI DOMÍNGUEZ (2014).

<sup>25</sup> *Vid.* BELK (2013 y 2014), MOLZ (2012) y RUSSO (2015).

<sup>26</sup> La incidencia de la economía colaborativa en el ámbito del transporte ha sido analizada por la doctrina teniendo como eje central los efectos de la incursión de Uber en este sector. Como estudios se pueden destacar los de BOBOC (2017); CONTRERAS DELGADO DE COS *et al.* (2017); DOMÉNECH PASCUAL (2015, 2016 y 2017); GÓRRIZ LÓPEZ (2015); JARNE MUÑOZ (2015 y 2016); LEIÑENA MENDIZÁBAL (2015) LÓPEZ-IBOR *et al.* (2017) y OLMEDO PERALTA (2017).

Este es el caso de la postura de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la cual no ha ocultado su apoyo al sector del VTC a través de una oposición a la normativa del arrendamiento de vehículos con conductor, de la que extrae un marco restrictivo asociado al simple hecho de «blindar y mantener un régimen de monopolio en el sector del taxi». En relación con este aspecto, la CNMC emitió un informe económico en junio de 2016 acerca de las restricciones a la competencia, centrándose en los efectos de la regla 1/30 y el modelo de pre-contratación del servicio asociado al VTC<sup>27</sup>.

Este informe económico parte de la existencia de un claro monopolio del taxi, además de numerosas restricciones a la competencia. Teniendo en cuenta estos aspectos, el documento dedica especial atención a los efectos que produce la regla de proporcionalidad 1/30, asociando directamente una reducción de la rivalidad entre los operadores. En cuanto a la incidencia de la restricción del sector VTC al segmento de pre-contratación del servicio, el pronunciamiento de la CNMC es muy claro al entender que si eliminaran estas restricciones, véase la prohibición de captar pasajeros en la calle o la obligación de contratar la capacidad total del vehículo, los precios se «reducirían y la calidad, la variedad y la innovación en la prestación del servicio aumentaría». Con ello, la CNMC apuesta claramente por la plena libertad de precios en el transporte urbano de pasajeros por taxi/VTC, además de eliminar las barreras para que los VTC puedan captar clientes, ya que de ello puede contribuir a reducir el tiempo de espera de los clientes, aumentando así su «bienestar».

Por otra parte, las limitaciones apuntadas por la CNMC no se quedan ahí sino que también se expanden al impacto del establecimiento de un número mínimo y requisitos de los vehículos, además de las restricciones geográficas en la prestación del servicio. En cuanto a las primeras restricciones, la CNMC señala que estas medidas suponen incremento de los costes, reduciendo así «el número de competidores que el mercado puede acomodar y contribuye de este modo a limitar la competencia». Por lo que respecta a las limitaciones geográficas, también hay una oposición ya que obstaculiza la entrada de operadores en cualquier mercado del territorio nacional y dificulta el que los «operadores puedan competir en un mercado distinto al de origen y limita que puedan rentabilizar un trayecto originado en su Comunidad Autónoma de origen y con destino a una Comunidad».

La lucha entre el VTC y el taxi es claramente económica. En este sentido, un aspecto básico para entender esta problemática es el valor que tiene una licencia de taxi y una licencia VTC. Sobre este aspecto, los derechos exclusivos que tienen los taxis de cara al usuario, véase la recogida de usuarios en la calle o la disposición de paradas, conlleva un menor valor de la licencia VTC en el mercado secundario. No obstante, el hecho de la posibilidad de adquirir una licencia de VTC al mero coste administrativo de expedición, sin acudir al mercado secundario, facilita el que se produzca una reducción las tarifas, dando con ello un juego competitivo que puede arrastrar al sector del taxi a bajar también sus tarifas<sup>28</sup>.

Sin duda, los efectos proteccionistas sobre el sector del taxi carecen de todo sentido desde el punto de vista competencial, más cuando el auge de las nuevas tecnologías deriva a un nuevo replanteamiento normativo del transporte, rompiendo con ello las barreras a las autorizaciones VTC en aras de favorecer un equilibrio entre medios de transporte del que salga beneficiado el conjunto de los usuarios al aumentarse la disponibilidad de prestadores del servicio, reduciendo así los tiempos de espera y una rebaja de las tarifas. Asimismo, desde las posturas favorables al VTC se extrae ya no sólo un impacto económico positivo en la supresión de las barreras al VTC, sino también efectos positivos sobre el sistema de movilidad (intermodalidad), así como ahorros medioambientales<sup>29</sup>.

Sobre este último aspecto, el conflicto entre el VTC y el taxi también está presente sobre todo en el hecho de la circulación de ambos tipos de vehículos ante restricciones de tráfico por episodios de contaminación.

Para entender esta problemática, conviene atender a la sentencia 317/2017 del Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 10 de Madrid en donde se pone de manifiesto la equiparación de los VTC y los taxis a la hora de circular durante los episodios de alta contaminación por dióxido de nitrógeno en la Capital, poniendo a un mismo nivel ambos transportes ante la aplicación de las medidas de restricción del tráfico y del estacionamiento recogidas en el Protocolo aprobado por acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayunta-

<sup>27</sup> CNMC (2016). En concreto dicho informe se asocia directamente a los efectos competenciales del Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, de modificación del ROTT y la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero.

<sup>28</sup> AFI (2017).

<sup>29</sup> Vid. AFI (2017) y CNMC (2016).

miento de Madrid el 21 de enero de 2016<sup>30</sup>. La sentencia parte de la argumentación de la parte recurrente de la existencia de una restricción indebida de la circulación de los VTC en el Decreto impugnado, considerándose además un trato desigual frente a los taxis, los cuales ante la aplicación del nivel 3 tienen libre circulación, sin que les afecte prohibición o limitación alguna<sup>31</sup>. La sentencia rechaza la argumentación del Ayuntamiento en cuanto a la existencia de diferencias en cuanto a su regulación y condiciones de prestación del servicio de los taxis y los VTC y mucho menos el argumento de que los autotaxis estén sometidos a un régimen de limitación de emisiones contaminantes y de antigüedad máxima del vehículo que los VTCs no tienen que cumplir. Con ello, con base en la inexistencia de diferencias a efectos contaminantes, el Tribunal resuelve en favor de la mencionada equiparación.

Para finalizar, los efectos competenciales de los VTC no sólo han sido analizados en el ámbito estatal. En este sentido, la Autoridad Catalana de la Competencia (2017) a través de su informe IR 31/2017, de 4 de septiembre de 2017, ha entrado también en el asunto a través de la valoración del Decreto Ley 5/2017, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la ordenación de los servicios de transporte de viajeros en vehículos hasta nueve plazas, en cuanto a si dicha norma introduce restricciones a la competencia. Sobre este aspecto, el ente en sus conclusiones aboga por incentivar una mayor competencia entre taxis y VTC a través de la libre operación en los diferentes segmentos de contratación del servicio, todo ello en igualdad de condiciones. Este planteamiento deriva ante una férrea defensa de la competencia en favor de un mayor beneficio para los usuarios, criticando la rigidez de la norma y en concreto medidas insertas como los límites en la transmisión de las autorizaciones de VTC (art. 1) o la obligación de los VTC de comunicar, vía registro electrónico, los servicios que han sido contratados con carácter previo a su prestación.

Como se comprueba, la incursión de Uber y Cabify en el transporte de pasajeros en el ámbito urbano, a través del VTC, va rompiendo barreras en aras de una progresiva equiparación con el sector del taxi a falta de la restricción en cuanto a la captación de pasajeros anteriormente aludida. No obstante, esta situación no siempre ha sido así, sobre todo en los orígenes de Uber en España y su paralización judicial a causa del modelo colaborativo que asumía y que se analizará a continuación.

#### 4. EL CONFLICTO CON UBER Y CABIFY

Desde que Uber se instalara en España en 2014, su actividad ha estado siempre en el ojo del huracán. Con el colectivo del taxi a la expectativa, la deriva en cuanto a su funcionamiento en sus diversas modalidades ha sido también objeto de análisis en sede judicial.

A este respecto, Uber ha evolucionado transitando de la polémica Uber Pop a la actual Uber X, llave del regreso de Uber a España en 2016 desde que el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid en su Auto de 9 diciembre 2014 determinara con base en el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, una afección a la competencia y el carácter de deslealtad de Uber al operar sin las preceptivas autorizaciones administrativas exigidas en el ámbito del servicio regular de transporte de viajeros. Este hecho estructuró la resolución y es que la utilización de una aplicación móvil que posibilitaba «un servicio de transporte de viajeros por parte de conductores sin la preceptiva licencia» (fundamento de derecho primero), suponía una actividad concurrencial ilícita, conllevando así la adopción de medidas cautelares y el fin de la actividad de Uber, de momento, en España.

Este pronunciamiento fue la línea de salida de otros centrados en lograr desentrañar la delimitación legal de esta plataforma. Como punto de partida cabe señalar dos sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Barcelona (Sentencias núm. 216/2016, de 6 octubre, núm. 287/2016, de 5 octubre y núm. 179/2016, de 18 julio) las cuales sirven para antesala a la resolución de la problemática.

<sup>30</sup> Pronunciamiento a raíz del recurso contencioso-administrativo interpuesto por UNAUTO VTC contra la Resolución del Ayuntamiento de Madrid que imposibilitaba la circulación de los vehículos de arrendamiento con conductor en la almendra central de Madrid por Decreto núm. 888, de 27 de diciembre de 2016, en concreto los vehículos con matrícula par.

<sup>31</sup> *Vid.* fundamento jurídico segundo: «pero sin embargo, al arrendamiento de vehículos con conductor, que es un transporte de viajeros, no se le trata de manera igual que al taxi, hasta el punto de que no sólo no puede circular sin ocupación cuando sí lo permite su norma reguladora (artículo 182.11 del RD 1211/1990, de 28 de septiembre), sino que si se estaciona en una zona del SER con su conductor dentro del vehículo (nivel 2 también aplicable junto al nivel 3) no podría posteriormente circular por el interior de la almendra central de la ciudad de Madrid a recoger viajeros previamente concertados, máxime cuando los vehículos de arrendamiento con conductor tienen en la Ordenanza de Movilidad a la que se remite el Decreto impugnado el mismo trato que los auto-taxi».

Tomando como modelo la sentencia núm. 216/2016, de 6 octubre, dichos pronunciamientos parten de la resolución del Director General de Transportes y Movilidad de la Generalitat de Cataluña que impuso a Uber una sanción por la «contratación como transportista o la facturación en nombre propio de servicios de transporte público discrecional de viajeros en vehículos de hasta 9 plazas sin ser previamente titular de autorización de transporte». Recurrida dicha sanción ante el Tribunal Superior, éste dio la razón a Uber al considerar que el servicio prestado le era de aplicación la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico (LSSI) y no la LOTT<sup>32</sup>, todo por la existencia de un vacío legal en esta última norma al hablar de mediación en la prestación de servicios de transporte y no incluir una referencia al transporte de viajeros o personas (art. 122 LOTT)<sup>33</sup>.

Ante dicho pronunciamiento, la Letrada de la Generalitat de Cataluña preparó contra el mismo un recurso de casación, derivando con ello su trámite ante el Tribunal Supremo que, como primer paso, admitió el mismo y dictó Auto de 13 marzo 2017 a expensas de su pronunciamiento mediante sentencia. En dicho Auto ya se podían extraer ciertos elementos como la difícil tarea, a la par que necesaria, de determinar si la actividad de Uber se enmarca en «el ámbito de la normativa de transportes –que exige el previo título habilitante para su ejercicio– o si, por el contrario, sus particulares características la sitúan en el ámbito de la LSSI y, en última instancia, en el ámbito de la Directiva de Servicios, en el que la premisa de partida es el libre establecimiento y la libre prestación de servicios».

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el Tribunal Supremo en sentencia núm. 87/2018, de 25 enero, ha aclarado dicha situación, resolviendo por tanto una discrepancia que lleva latente desde que empezaran las actividades de Uber en España. La respuesta es sencilla y es que aprovechando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, la cual es analizada en este apartado, dictamina que la actividad que desarrolla Uber ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes».

Sí que es verdad que la versión de Uber ha evolucionado, adoptando un modelo que trata de apaciguar el revuelo jurídico planteado ante la indefinición de su actividad, huyendo así de la base colaborativa sobre la que se asentaba. Ello ha llevado a la aparición de Uber X, una aplicación que, como digo, poco tiene que ver que su predecesora Uber Pop. En este sentido, Uber X opera gracias a conductores profesionales que disponen de su respectiva licencia de VTC, modelo diferente del seguido a través de Uber Pop, basada en el llamado *ride-sharing*, poniendo así límites a la acción de particulares en la prestación de servicios de transporte en las ciudades españolas. A ello debe sumarse la existencia, aunque no implantada en España, de Uber Pool a través de la cual se puede compartir el viaje con varias personas que están en la misma ruta.

Si en España Uber ha tenido serios problemas en el desarrollo de su actividad, fuera de nuestras fronteras también ha encontrado serios obstáculos<sup>34</sup>. Caso sin duda interesante es la retirada por parte de la Autoridad de transporte de Londres de la autorización a Uber para operar en sus calles, lo que es un claro ejemplo más de la reticencia de las Administraciones de dar vía libre al pleno desarrollo del arrendamiento de vehículos con conductor. No obstante, resulta curioso que la denegación se deba esencialmente a motivos que la Autoridad de transportes aduce que afectan negativamente a la seguridad de los usuarios, lejos por tanto de la temática concurrencial (Transport for London, 2017).

<sup>32</sup> Acerca de la incidencia de la Ley 34/2002, de 11 de julio, se pueden consultar los estudios de MAESTRE (2001), MUÑIZ ESPADA (2002), SOLA TEYSSIERE (2002), RIVERO GONZÁLEZ (2003) y VELEIRO REBOREDO (2002).

<sup>33</sup> Vid. Fundamento jurídico tercero de las sentencias: «Al respecto, se ha de partir de la premisa de lo que indica el art. 3.1 Ce a cuya virtud, las normas jurídicas se interpretarán, entre otros criterios, según el sentido propio literal de sus palabras y según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Desde esta perspectiva, nadie discute que el art. 122 LOTT anterior a la reforma operada por Ley 9/13 hablaba de mediación en la prestación de servicios de transporte, pero lo centraba exclusivamente en la figura de las agencias de viaje (la actora pues, no es ni lo ha sido nunca una agencia de viajes), concepto éste que fue ampliado tras la reforma legal citada 9/13 a cualquier operador logístico o empresa especializada, para dar cabida a nuevas formas de mediación u organización en la prestación del servicio de transporte, pero el legislador, bien por olvido, bien expresamente, ha querido centralizar tal actividad llevada a cabo por operadores logísticos a transporte de mercancías (art. 122 LOTT), omitiendo cualquier referencia a transporte de viajeros o personas. Ante tal omisión o vacío legal, no cabe hacer una interpretación extensiva de la norma, máxime cuando nos hallamos ante una sanción administrativa, y por ende, ha de ser aplicada esta interpretación restrictiva en su aplicación práctica. En tal sentido, no podemos hablar de que la aquí demandante sea una operadora logística del art. 122 LOTT, ya que si así lo hubiera querido el legislador así lo habría hecho o dicho, y por el contrario, en la exposición de motivos de la Ley 9/13 ya se nos habla de una liberalización plena en la intermediación en la contratación de transportes de viajeros. Tampoco cabe atribuir a la actividad llevada a término por la demandante como actividad clandestina, en terminología del art. 138.1.b) “in fine” LOTT, ya que aquélla está debidamente publicitada vía internet. De esta forma tenemos que, la normativa sancionadora a aplicar no es la LOTT, sino la Ley 34/2002 que, en su anexo, define lo que se entiende por servicios de la sociedad de la información».

<sup>34</sup> En este sentido, es interesante la exposición de RAUCH & SCHLEICHER (2015).

La retirada de la autorización es el último eslabón de problemáticas surgidas en Londres que se suma a otras como las restricciones en el servicio de los VTC en la ciudad y que fueron incluso fueron objeto de pronunciamiento judicial a nivel europeo. En este sentido, la Sentencia de 14 enero 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) en el caso *Eventech Ltd contra Parking Adjudicator* analizó y se pronunció acerca de las limitaciones impuestas acerca de la utilización de los carriles bus de Londres a los vehículos VTC, cosa que se permitía a los taxis y que puede servir como modelo ante esta cuestión en España<sup>35</sup>. Dicha sentencia recoge un interesante análisis de las condiciones de autorización tanto de la licencia de taxi, como de VTC, si bien se centra en la problemática referida a la política por la que se autoriza a los taxis londinenses, pero no a los VTC salvo para recoger o dejar a pasajeros, a utilizar los carriles bus de los diferentes Boroughs de Londres durante las horas en que se aplican las limitaciones de circulación. Las ventajas de reservar un taxi en vez de un VTC en hora punta fue el hecho que se planteó en la sentencia y con ello la posible ventaja económica de los taxis a través la utilización de una infraestructura pública. La sentencia destaca por derivar su pronunciamiento a la delimitación de la figura del taxi y del VTC, en especial su estatuto jurídico, llegando a la conclusión que «los taxis londinenses y los VTC se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas lo suficientemente distintas como para considerar que no son comparables y que, por tanto, la política relativa a los carriles destinados a los autobuses no confiere una ventaja económica selectiva a los taxis londinenses». Este planteamiento llevó como conclusión el que Tribunal se pronunciara por dar por buena esta limitación ya que no había que entender que se comprometieran fondos estatales ni que se confiara a los taxis una ventaja económica selectiva.

El coto a Uber en Londres no es el único obstáculo al cual se enfrenta la empresa en Europa ya que a ello hay que sumar los problemas surgidos en Dinamarca con el abandono de Uber de este país a principios de 2017 ante las exigencias de equipamiento en los vehículos marcadas por el Gobierno danés. Además, en julio de 2016 la empresa suspendió sus actividades en Hungría, ante la aprobación de una nueva normativa muy restrictiva con la actividad de Uber al contener el bloqueo técnico de los servicios de internet de cualquier proveedor de taxis sin central de llamadas.

En el ámbito de la Unión Europea, también existen claros pronunciamientos ante el avance de la aplicación Uber y su posicionamiento en el transporte, si bien en su origen se aprecia cierta discrepancia a la hora de enfocar dicha problemática.

Si en el informe encargado por la Comisión Europea a la consultora italiana Grimaldi Studio Legale sobre el sector del transporte urbano en los 28 estados miembros se destaca a España como uno de los países con mayores barreras a la entrada de nuevos agentes y por ende con mayores trabas a una eficiente competitividad<sup>36</sup>, en el ámbito judicial se ha dado un vuelco en el respaldo a este tipo de aplicaciones al delimitarlas en el ámbito del transporte. En este sentido, en las conclusiones del abogado general, Maciej Szpunar, presentadas el 11 de mayo de 2017, en el caso *Asunto C434/15 (Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S. L.)*, se comprueba una posición clara ante esta plataforma.

El dilema planteado se centraba en si las prestaciones de Uber deben asociarse «al principio de libre prestación de servicios en tanto que servicios de la sociedad de la información» o si están incluidas en el ámbito del transporte regulado por el Derecho de los Estados Miembros. Una delimitación con importantes consecuencias, ya que sólo en el segundo caso los Estados miembros tendrían en principio libertad para regular su actividad.

Tras un análisis minucioso de Uber, el Abogado General llegó a la conclusión de que Uber debía calificarse de «servicio en el ámbito del transporte», no aplicándose por tanto el principio de libre prestación de servicios. Ello era debido, acudiendo a las palabras textuales del mismo, a que «la prestación de poner en contacto pasajero y conductor, facilitada por vía electrónica, ni es autónoma ni principal en relación con la prestación de transporte. Por ello, el servicio ofrecido por Uber no puede calificarse de servicio de la sociedad de la información: se trata más bien de la organización y gestión de un sistema completo de transporte urbano bajo petición» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2017).

Este pronunciamiento supuso el primer revés a Uber a nivel europeo, siendo prelude de la Sentencia sobre el caso que meses más tarde llegaría y que sigue parecidos planteamientos. La Sentencia de 20 diciembre 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en el *Caso Asociación Profesional*

<sup>35</sup> Tal y como se señala en la sentencia, en el caso de Londres la licencia de explotación de los VTC se expide de acuerdo con las disposiciones de la *Private Hire Vehicles (London) Act* de 1998. De igual manera que en España, los VTC no tienen el derecho de ofrecer sus servicios en Londres y por tanto sólo pueden recoger a personas que hayan contratado previamente sus servicios.

<sup>36</sup> *Vid.* Comisión Europea (2016b).

Elite Taxi contra Uber Systems Spain, S. L., constituye en el primer combate resuelto entre el sector del taxi y Uber en esta instancia con claras consecuencias en la delimitación de sus actividades al situar la actividad de Uber en el ámbito de los transportes.

Es verdad que el caso analizado dista bastante de la actividad actual de Uber en España y su vinculación a las licencias VTC ya que en la sentencia se habla de «servicio remunerado de conexión de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo y personas que desean realizar desplazamientos urbanos, sin disponer de permisos y licencias administrativas, para prestar dicho servicio». No obstante, lo interesante de la sentencia es la calificación jurídica del servicio de intermediación a través de medios informáticos prestado por Uber<sup>37</sup>. Con ello, de nuevo surge el dilema de si este servicio debe considerarse una mera actividad de transporte o ha de considerarse un servicio electrónico de intermediación o un servicio propio de la sociedad de la información en los términos que define el artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, con las correspondientes consecuencias asociadas al principio de libertad de prestación de servicios.

Analizando la actividad de Uber, el Tribunal parte de la circunstancia de que el servicio de intermediación crea una oferta de servicios de transporte urbano mediante herramientas informáticas dirigida a personas que quieren desplazarse por el ámbito urbano y por ende demandantes de este tipo de oferta. De igual manera, destaca el hecho de que Uber organiza la selección de conductores y ejerce, dice la Sentencia, una «influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores», en concreto el precio máximo de la carrera, la calidad de los vehículos o la idoneidad y el comportamiento de los conductores.

Todo ello parece basar la decisión del Tribunal que, con parecido planteamiento con las Conclusiones del Abogado General anteriormente descritas, considera que este servicio de intermediación no puede tener la calificación de «servicio de la sociedad de la información», debido a que es parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte. Este pronunciamiento se razona a través de la consideración de que el denominado «servicio en el ámbito de los transportes», atendiendo a la jurisprudencia comunitaria<sup>38</sup>, engloba no sólo los servicios de transporte como tales, «sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte», circunstancia que aquí se presenta. Como consecuencia, el Tribunal rechaza la aplicación sobre la actividad de Uber de las Directivas 2000/31 (Directiva sobre el comercio electrónico) y 2006/123 (Directiva relativa a los servicios en el mercado interior), así como del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), referido a la libre prestación de servicios en general<sup>39</sup>, para acoger en el presente caso el abrigo del artículo 58 TFUE (libre prestación de servicios, en materia de transportes) y aplicar la política común de transportes. No obstante, aún se profundiza más, ya que ante la ausencia de normativa comunitaria sobre esta materia, se añade una deriva hacia a los Estados Miembros, siendo los encargados de regular las condiciones de prestación de servicios de intermediación como el analizado y dejando claro que en todo caso esta actividad está «indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de servicio en el ámbito de los transportes».

Si el conflicto con Uber es patente, no lo es menos con Cabify, la cual maneja gran número de autorizaciones VTC en España. Es verdad que la repercusión a nivel jurisprudencial es menor que con la otra plataforma, pero en el hecho de la problemática del conflicto VTC-taxi se sitúan a la par. El servicio ofrecido por esta compañía se basa en la prestación de un servicio de alquiler de vehículo con conductor a través de medios telemáticos, asignando un conductor con licencia VTC el cual está vinculado contractual con MAXI MOBILITY SPAIN, S. L., filial de Cabify en España, que es la que factura el importe del servicio al cliente, un servicio que se presta conforme a una hoja de ruta tal y como se ha explicado anteriormente. El modelo

<sup>37</sup> En concreto, como dice la Sentencia, «intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, gestionando los medios informáticos –interfaz y aplicación de software, teléfonos inteligentes y plataforma tecnológica– que permitan su conexión»

<sup>38</sup> *Vid.* Sentencia de 15 de octubre de 2015, Grupo Itevelesa y otros, C-168/14, EU:C:2015:685, apartados 45 y 46, y el dictamen 2/15 (Acuerdo de libre comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apartado 61].

<sup>39</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y Directiva 2006/123/ce del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

utilizado por Cabify se ha asentado por la utilización de esta modalidad de conductores, modelo que ahora asocia Uber a través de su aplicación Uber X.

El hecho de moverse fuera de la denominada economía sumergida al utilizar una opción legal como es el VTC ha conllevado el que el tratamiento jurisprudencial sea escaso. No obstante, la Sentencia núm. 159/2017 de 13 junio, del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid ha analizado la actuación de esta plataforma como consecuencia de la demanda interpuesta por la Federación profesional del taxi de Madrid por vulneración del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

Resulta curioso que, aunque los argumentos de la demandante se centran en la existencia de un conjunto de prácticas desleales, al final se centra en la comisión de una infracción consistente en la «asignación de servicios a los vehículos adscritos a la aplicación que se encuentran circulando y ubicados en contra de lo dispuesto en la legislación del transporte» y con ello infracción de los arts. 182 ROTT y 23 de la Orden FOM/36/2008. Teniendo en cuenta estos hechos, la sentencia no ve responsabilidad de Cabify sobre estos comportamientos al señalarse que nos encontramos simplemente ante una empresa intermediadora de vehículos con conductor y que son directamente los titulares de las licencias de vehículos con conductor los obligados a cumplir con dichas prescripciones y por ende responsables de la infracción de dichas normas administrativas más cuando queda probado que en el contrato de arrendamiento que se firma, la empresa impone a los conductores el respeto de la normativa reguladora de la actividad que se desarrollan (fundamento jurídico cuarto).

## 5. CONCLUSIÓN

No cabe duda de que la economía colaborativa ha evolucionado el sistema de intercambio de bienes y servicios hasta ahora conocido, insertando nuevos prestadores que compiten directamente con operadores ya asentados y regularizados.

En el ámbito del transporte, los casos de Uber o Cabify son el paradigma de la importancia que ha adquirido la economía colaborativa y de la problemática normativa que rodea la misma. En este sentido, la visión clásica de intercambio de prestaciones entre pares a través de la utilización de un intermediario, véase Uber, ha de considerarse, según la jurisprudencia, un servicio de transporte de viajeros por parte de conductores sin la preceptiva licencia, rompiendo con ello el margen de libertad de prestación de servicios alegada por las plataformas.

El cambio de táctica de Uber o Cabify al utilizar el modelo legal de VTC en España ha solventado los inconvenientes jurídicos a la expansión de su actividad. No obstante, el modelo VTC no es ajeno a la problemática competencial con el sector del taxi, empeorado por los vacíos legales producidos en la normativa del arrendamiento de vehículos con conductor y cuyo máximo exponente es la ruptura de la regla 1/30 en el periodo 2009-2013, que ha conllevado la paulatina concesión de licencias vía judicial.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- AFI (2017). *Impacto socioeconómico de la modernización de los servicios VTC*. Recuperado de: [http://afi.es/afi/libre/pdfs/grupo/documentos/completo%20170510\\_informe.pdf](http://afi.es/afi/libre/pdfs/grupo/documentos/completo%20170510_informe.pdf) (diciembre, 2017).
- ALGAR, R. (2007). "Collaborative Consumption", *Leisure Report*, núm. 4, págs. 16-17.
- AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA (2017). Informe IR 31/2017 relativo al Decreto Ley 5/2017, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la ordenación de los servicios de transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas. Fecha del informe: 4 de septiembre de 2017.
- BELK, R. (2013). "You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online", *Journal of Business Research*, núm. 67, págs. 1.596-1.600. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2013.10.001>.
- BELK, R. (2014). "Sharing versus pseudo-sharing in Web 2.0", *The Anthropologist*, vol. 18, núm. 1, págs. 7-23. DOI: <https://doi.org/10.1080/09720073.2014.11891518>.
- BOBOC, S. (2017). "Uber: ¿transportista o intermediaria en el transporte? el caso español", *Revista de estudios europeos*, núm. 70, (Ejemplar dedicado a: Economía colaborativa), págs. 7-26.
- BOTSMAN, R. & ROGERS, R. (2010). *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. Nueva York: Harper Collins.
- CANO CAMPOS, T. (2009). "El transporte público urbano y su regulación jurídica", CANO CAMPOS, T. y CARBONELL PORRAS, E. (dir. congres.), *Derecho público del transporte en la ciudad: renovación y nuevas perspectivas de la movilidad urbana*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, págs. 391-447.
- CANO CAMPOS, T. (2010). "La regulación del transporte público urbano", en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 6, 2010 (Transportes), Madrid, Iustel, págs. 309-362.

- CARBONELL PORRAS, E. (2010). “Directiva de Servicios y transportes terrestres”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 12 (Ejemplar dedicado a: El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo), págs. 469-493.
- CARBONELL PORRAS, E. (2017). “Capítulo quincuagésimo octavo. El arrendamiento de vehículos con conductor: servicio de transporte público y nuevas tecnologías”, en PAREJO ALFONSO, L. J. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, vol. 2, tomo 2 (Volumen II), págs. 1.717-173.
- COMISIÓN EUROPEA (2016). *Comunicación de la comisión al Parlamento europeo, al consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa*. COM (2016) 356 final. Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016AE3545> (enero de 2018).
- COMISIÓN EUROPEA (2016b). *Study on passenger transport by taxi, hire car with driver and ridesharing in the EU*, Bruselas, septiembre 2016. Recuperado de: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2016-09-26-pax-transport-taxi-hirecar-w-driver-ridesharing-final-report.pdf>.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2016). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Agenda Europea para la economía colaborativa»* (COM (2016) 356 final. Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AE3545&from=ES> (enero de 2018).
- COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES (2017). *Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones (2017/C 185/04)*. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IR4163&from=ES> (enero de 2018).
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2016). *Informe económico sobre las restricciones a la competencia incluidas en el Real Decreto 1057/2015 y en la Orden FOM/2799/2015, en materia de vehículos de alquiler con conductor – UM/085/15 y acumulados*. Recuperado de: <https://www.cnmc.es/file/107176/download>.
- CONTRERAS DELGADO DE COS, J. M., SILOS RIBAS, M. y SOBRINO RUIZ, M. (2017). “Capítulo duodécimo. La economía colaborativa en los sectores regulados (III). Transporte de viajeros”, en ALFONSO SÁNCHEZ, R. y VALERO TORRIJOS, J., *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Cizur Menor (Navarra): Thompson Reuters Aranzadi, págs. 309-335.
- CRUZ PEÑA, J. (2017). *El vacío legal (pese al conflicto) que permite a Uber y Cabify competir contra el taxi. El Confidencial de 3 de junio*. Recuperado de: [https://www.elconfidencial.com/economia/2017-06-03/uber-cabify-taxi-licencias-vtc-transporte\\_1392749/](https://www.elconfidencial.com/economia/2017-06-03/uber-cabify-taxi-licencias-vtc-transporte_1392749/).
- DENNING, S. (2014). *Three Strategies for Managing the Economy of Access*. Forbes – online edition.
- DELONG, J. B. & SUMMERS, L. H. (2001). “The New Economy: Background, Historical Perspective, Questions, and Speculations”, *Economic Review-Federal Reserve Bank of Kansas City*, 86 (4), págs. 29-54.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015). “La regulación de la economía colaborativa (El caso «Uber contra el taxi»”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 175-176, págs. 61-104.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2016). “El impacto de la economía colaborativa sobre la regulación del taxi”, en PUETZ, A.; PETIT LAVALL, M. V. (dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, págs. 37-59.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2017). “Capítulo 10. La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC”, en MONTERO PASCUAL, J. J., *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 351-401.
- DURÁN SÁNCHEZ, A.; ÁLVAREZ GARCÍA, J.; DEL RÍO RAMA, M. C.; MALDONADO-ERAZO, C. P. (2016). “Economía colaborativa: análisis de la producción científica en revistas académicas”, *Revista de Gestão e Secretariado – GeSec*, São Paulo, vol. 7, núm. 3, págs. 1-20. DOI: <https://doi.org/10.7769/gesec.v7i3.617>.
- FELSON, M. y SPAETH, J. L. (1978): “Community Structure and Collaborative Consumption: A routine activity approach”, *American Behavioral Scientist*, vol. 21, núm. 4, marzo-abril, págs. 614-624. DOI: <https://doi.org/10.1177/000276427802100411>.
- FRIEDMAN, G. (2014). “Workers without employers: shadow corporations and the rise of the gig economy”, *Review of Keynesian Economics* (2), págs. 171-188. DOI: <https://doi.org/10.4337/roke.2014.02.03>.
- GACETA DEL TAXI (2017). *El TS concede las primeras 80 VTC de las 6.000 pendientes*. Recuperado de: <http://www.gacetadeltaxi.com/el-ts-concede-las-primeras-80-vtc-de-las-6.000-pendientes-7463> (noviembre de 2017).
- GÓRRIZ LÓPEZ, C. (2015). “Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 16, págs. 77-98.
- GUIJARRO GONZÁLEZ, E. (2015). “Limitaciones en las autorizaciones para el ejercicio de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC's)”, *Revista española de la función consultiva*, 24, págs. 209-235.
- JARNE MUÑOZ, P. (2015): “Uber ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la incidencia del recurso a las plataformas en línea en la calificación jurídica de los servicios prestados”, *Democracia Digital e Governo Eletrónico*, vol. 2, núm. 13, págs. 111-122.
- JARNE MUÑOZ, P. (2016): “El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 17, págs. 62-75.

- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2015). “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (carpooling y car sharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal”, *Revista de Derecho Mercantil*, 296, págs. 283-334.
- LESSIG, L. (2008). *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*. New York: Penguin. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781849662505>.
- LÓPEZ-IBOR, R. A., BIAZZI SOLOMONOFF, R. y CABRILLO, F. (2017). “Taxi Driver 2.0. ¿Por qué UBER ya ha ganado la batalla?”, *Papeles de economía española*, núm. 151, págs. 172-188.
- MAESTRE, J. (2001). “Análisis de la directiva de comercio electrónico y del anteproyecto de ley de servicios de la sociedad de la información”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 18, págs. 47-70.
- MINISTERIO DE FOMENTO (2017). *Transporte de viajeros. Turismos. Distribución de autorizaciones*. Disponible en: <http://www.fomento.gob.es/transportes/webpturi.pdf> (septiembre de 2017).
- MOLZ, J. G. (2012). “CouchSurfing and network hospitality: «It’s not just about the furniture»”, *Hospitality & Society*, vol. 1, núm. 3, págs. 215-225. DOI: [https://doi.org/10.1386/hosp.1.3.215\\_2](https://doi.org/10.1386/hosp.1.3.215_2).
- MUÑIZ ESPADA, E. (2002). “Algunas consideraciones sobre la nueva ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 2 (Derecho civil, derecho de obligaciones), Madrid, Civitas, págs. 2.677-2.694.
- OLMEDO PERALTA, E. (2017). “Liberalizar el transporte urbano de pasajeros para permitir la competencia más allá de taxis y VTC: Una cuestión de política de la competencia”, *Revista de estudios europeos*, núm. 70 (Ejemplar dedicado a: Economía colaborativa), págs. 250-283.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2007). *Taxi Services: Competition and Regulation*, OECD Competition Policy Roundtables.
- RAUCH, D. E. & SCHLEICHER, D. (2015). “Like Uber, but for Local Governmental Policy: The Future of Local Regulation of the Sharing Economy”, *George Mason Law & Economics Research Paper*, (15-01). DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2549919>.
- RIVERO GONZÁLEZ, M. D. (2003). “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, *Revista de gestión pública y privada*, núm. 8, págs. 221-252.
- RODRIGUES, R. & DRUSCHEL, P. (2010). “Peer-to-peer systems”. *Communications of the ACM*, 53 (10), págs. 72-82. DOI: <https://doi.org/10.1145/1831407.1831427>.
- RUSSO, A. P. y QUAGLIERI DOMÍNGUEZ, A. (2014). “La lógica espacial del intercambio de casas: una aproximación a las nuevas geografías de lo cotidiano en el turismo contemporáneo”, *Scripta Nova: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, 18: 463-499.
- RUSSO, A. P. (2015). “La explosión del turismo colaborativo y los retos para el modelo turístico español”, en AGUILÓ PÉREZ, E. y ANTÓN CLAVÉ, S.: *20 retos para el turismo en España*, Madrid, editorial Pirámide: 113-134.
- SOLA TEYSSIERE, J. (2002). “La Ley de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: breve informe de contenidos”, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 48, págs. 369-388.
- TARRÉS VIVES, M. (2012). “La «Ley ómnibus», el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor”, en VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (coords.), *El impacto de la Directiva servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Barcelona, Editorial Atelier, págs. 289-306.
- TRANSPORT FOR LONDON (2017): *Licensing decision on Uber London Limited*, Recuperado de: <https://tfl.gov.uk/info-for/media/press-releases/2017/september/licensing-decision-on-uber-london-limited?intcmp=50167> (septiembre de 2017).
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2017). *Conclusiones del Abogado General en el asunto C-434/15 Asociación Profesional Élite Taxi / Uber Systems Spain, S. L.* Nota de prensa. Recuperado de: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-05/cp170050es.pdf>.
- VELEIRO REBOREDO, B. (2002). “La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 512, págs. 1-9.



## La inaudita STC 108/2017, de 21 de septiembre, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà

*The unprecedented Constitutional Court's Judgment no. 108/2017, of September 21, about Law of the Parliament of Catalonia 8/2015, of June 10, of creation of the municipality of Medinyà*

Miquel Pons Portella  
Abogado  
ponsportella@gmail.com

### NOTA BIOGRÁFICA

Abogado en Garrigues (Barcelona) (Área de Derecho Administrativo). Graduado en Derecho (itinerario de Derecho Público) (Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, 2013). Máster en Abogacía (Universitat Oberta de Catalunya, 2016). Premio a la Excelencia (Cátedra Mutualidad de la Abogacía Española, 2016). Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Máster en Derecho Canónico para Profesionales del Foro (Universidad Pontificia de Salamanca, 2017).

---

### RESUMEN

El Tribunal Constitucional, con su Sentencia núm. 108/2017, de 21 de septiembre, ha declarado inconstitucional la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà. Se trata de una localidad de la provincia de Girona que ha luchado desde la década de 1970 por su segregación municipal, llegando incluso a tramitarse un expediente singularmente convulso que acabó siendo denegado en 2003 por carecer la población de suficientes habitantes. Su creación mediante ley fue concebida entonces como la única posibilidad para satisfacer las aspiraciones de Medinyà. Sin embargo, interpuesto recurso por el Presidente del Gobierno, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que la Ley de creación del municipio de Medinyà incurre en un vicio insalvable de inconstitucionalidad mediata al no respetar el mínimo demográfico que para la constitución de nuevos municipios contempla la normativa básica del Estado sobre régimen local desde su reforma de 2013. El razonamiento del Tribunal es muy claro, pero su pronunciamiento no despeja en absoluto las dudas que genera el modo cómo tendrá que cumplirse.

### PALABRAS CLAVE

Alteración de términos; municipios; régimen local; segregación; Tribunal Constitucional.

---

### ABSTRACT

The Constitutional Court, with its Judgment no. 108/2017, of September 21, has declared unconstitutional the Law of the Parliament of Catalonia 8/2015, of June 10, of creation of the municipality of Medinyà. It is a town in the province of Girona that has struggled since the 1970s for its municipal segregation, even processing a singularly convulsive proceeding that ended up being denied in 2003 for lacking the town of enough inhabitants. Its creation by law was conceived then as the only possibility to satisfy the aspirations of Medinyà. However, filed an appeal by the President of the Government, the Constitutional Court reaches the conclusion that the Law of creation of the municipality of Medinyà incurs an unbridgeable defect of

mediate unconstitutionality by not respecting the demographic minimum that for the constitution of new municipalities contemplates the State basic regulations on the local regime since its 2013 reform. The reasoning of the Tribunal is very clear, but its pronouncement does not at all clear up the doubts that the way it will have to be fulfilled generates.

#### KEYWORDS

Terms alteration; municipalities; local regime; segregation; Constitutional Court.

#### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA TORTUOSA HISTORIA DEL MUNICIPIO DE MEDINYÀ. 1.1. LA «INCORPORACIÓN VOLUNTARIA» A SANT JULIÀ DE RAMIS (1972). 1.2. EL PROCESO FRUSTRADO DE SEGREGACIÓN MUNICIPAL (1995-2003). 1.3. GÉNESIS Y CONTENIDO DE LA LEY DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA 8/2015, DE 10 DE JUNIO. 2. EL LITIGIO CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY DE CREACIÓN DEL MUNICIPIO DE MEDINYÀ (STC 108/2017, DE 21 DE SEPTIEMBRE). 2.1. LOS ARGUMENTOS DEL GOBIERNO. 2.2. LOS ARGUMENTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. 2.3. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. CONCLUSIONES. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 0. INTRODUCCIÓN

Con la STC 108/2017, de 21 de septiembre, el Tribunal Constitucional ha tomado una decisión ciertamente inaudita. Es inaudito –en el sentido de sorprendente por insólito– no tanto el pronunciamiento que contiene, una declaración de inconstitucionalidad, como la consecuencia que en un futuro inmediato va a tener: la supresión del municipio de Medinyà, en la provincia de Girona, a resultas de haberse declarado inconstitucional –y, por lo tanto, nula– la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del susodicho municipio.

Comprender cabalmente lo extraordinario del caso, nuestro propósito con este comentario de la STC 108/2017, requiere estudiar antes por qué motivos Medinyà fue segregado en municipio independiente mediante una ley, algo poco frecuente en nuestro Derecho Local (San Martín Segura, 2010: 261-268). A este asunto dedicaremos todo el capítulo 1 del presente trabajo, para luego acometer –en el capítulo 2– el análisis ordenado y detallado de la STC 108/2017. Al final, en el habitual capítulo de conclusiones, apuntaremos con brevedad el procedimiento seguido recientemente para cumplimiento a esta particular decisión del Tribunal Constitucional.

## 1. LA TORTUOSA HISTORIA DEL MUNICIPIO DE MEDINYÀ

El pueblo de Medinyà, situado al noreste de la ciudad de Girona, aparece mencionado por primera vez en documentos oficiales del siglo XI. Se tiene constancia de que en 1380 existían allí 34 hogares ubicados alrededor del castillo de Medinyà, cuya capilla se convertiría –hacia la década de 1760– en la parroquia del lugar. A finales del mismo siglo XVIII, la localidad tenía 369 habitantes, que llegaron a 463 en el censo de 1860. Disminuiría su población a partir de 1900, aunque hacia 1970 había vuelto a incrementarse hasta los 446 vecinos<sup>1</sup>.

### 1.1. LA «INCORPORACIÓN VOLUNTARIA» A SANT JULIÀ DE RAMIS (1972)

Fue entonces, mediante el Decreto 2049/1972, de 13 de julio, cuando se aprobó «la incorporación voluntaria del Municipio de Mediñá al limítrofe de San Julián de Ramis, de la provincia de Gerona» (art. 1). Es importante tener en cuenta los antecedentes de esta decisión, que constan en su breve preámbulo:

«Los Ayuntamientos de Mediñá y de San Julián de Ramis, de la provincia de Gerona, acordaron, con el quórum legal, solicitar y aceptar, respectivamente, la incorporación del primero de los Municipios al segundo, por considerarla beneficiosa para los intereses generales de uno y otro.

<sup>1</sup> Información extraída de la *Gran Enciclopèdia Catalana*, disponible en Internet a través de la dirección <<https://www.enciclopedia.cat/>> (consulta realizada el 22 de octubre de 2017).

Cumplidas en el expediente las reglas de procedimiento que establecen los Cuerpos legales vigentes en la materia, obran en el mismo los informes favorables de los Organismos Provinciales consultados, y se acredita la existencia de los notorios motivos de conveniencia económica y administrativa exigidos en el art. 14, en relación con el 13, apartado c) de la Ley de Régimen Local para que proceda acordar la incorporación».

En aquel momento, se hallaba en vigor el texto articulado de la Ley de Régimen Local aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 (Orduña, 2005: 198), cuyos arts. 14 y 13 c) –como acabamos de ver– facultaban al Gobierno, «cuando existan notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa», para «incorporar uno o más Municipios a otro». Además, poco tiempo antes había sido aprobada la Ley 48/1966, de 23 de julio, sobre modificación parcial del Régimen Local, que creó el Fondo Nacional de Haciendas Municipales como medida de «estímulo económico para fomentar las Agrupaciones a efectos del sostenimiento común del servicio a una ulterior racionalización de nuestra organización territorial. El esfuerzo que la reforma exige no puede malgastarse en el desmenuzamiento de las participaciones entre unidades administrativas que, en la situación actual, no resultan viables como base de prestación de los servicios locales». En efecto, el art. 17.1 de la Ley 48/1966 estableció que los beneficios de dicho Fondo serían aplicables «en los casos de fusión o incorporación de Municipios que reúnan un total de población no superior a los cinco mil habitantes». Tales incentivos dieron lugar a una disminución relevante del número de municipios en España –de 9.202 a 8.022 entre 1960 y 1981 (Quintana López, 2014: 31)– que también afectó, como acabamos de ver, al pueblo de Medinyà.

Por todo ello, parece que deberían ser matizadas las alegaciones formuladas por el Letrado del Parlamento de Cataluña ante el Tribunal Constitucional en el sentido de que se trató de «una decisión “adoptada por un consistorio carente de los mínimos requisitos y garantías democráticos y de autonomía frente a los demás poderes públicos”, lo que convertiría esa fusión en una integración municipal de “carácter forzado y antidemocrático” y en un “atentado contra la autonomía local y contra el derecho de los vecinos a contar con una entidad representativa propia”» [STC 108/2017, antecedente 6.º a)]. El Decreto 2049/1972 tiene que ser ubicado en su justo contexto histórico: si bien es verdad –como leemos en el preámbulo, apartado II, de la Ley 8/2015– que los ayuntamientos responsables de dicha decisión no habían sido elegidos democráticamente, «ya que el país sufría la dictadura franquista, y que el mencionado decreto está firmado por el dictador Francisco Franco», no lo es menos que la incorporación fue «voluntaria» –cuando la propia Ley de Régimen Local entonces vigente contemplaba, entre otras medidas semejantes, la «agrupación forzosa» de municipios (arts. 38 y 39)– y que sirvió probablemente para que Sant Julià de Ramis pudiese beneficiarse de importantes subvenciones. Al fin y al cabo, en la actualidad incluso 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 (en adelante, TRLMRLC), en su art. 20, contempla «medidas de fomento», sobre todo de índole económica, para la fusión y agregación de municipios.

## 1.2. El proceso frustrado de segregación municipal (1995-2003)

Sea como fuere, «la población –se explica también en el apartado II del preámbulo– mantuvo, desde un primer momento, la voluntad de que Medinyà recuperase su carácter de municipio, y el año 1995 se constituyó el Col·lectiu pro Medinyà Independent».

Esta asociación formaría, a finales de 1996, la comisión promotora prevenida en el apartado d) del art. 16 del Reglamento de Demarcación Territorial y Población de los Entes Locales de Cataluña (Decreto 140/1988, de 24 de mayo)<sup>2</sup> y procedería seguidamente a presentar la correspondiente petición de iniciación del expediente de alteración del término municipal de Sant Julià de Ramis. De conformidad con el art. 19.2 del mismo Reglamento, dicha petición había de «concretarse con las firmas de los vecinos formalizadas ante el secretario del ayuntamiento o protocolizadas notarialmente». En este caso, los promotores de la independencia de Medinyà optaron por protocolizar ante notario las 334 firmas recabadas para solicitar la iniciación del referido expediente. Según lo dispuesto por los arts. 19.1 y 22.3, en sesión plenaria de fecha 12 de febrero de 1997, el Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis acordó iniciar la instrucción del procedimiento. Tras haberse emitido todos los informes que se consideraron necesarios, el día 15 de mayo, se abrió el

<sup>2</sup> Hoy derogado por el vigente Decreto 244/2007, de 6 de noviembre, por el que se regula la constitución y la demarcación territorial de los municipios, de las entidades municipales descentralizadas y de las mancomunidades de Cataluña.

periodo de información pública exigido por el art. 23.1 mediante la inserción del correspondiente anuncio en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*. A continuación, de acuerdo con el art. 25.1, se dio traslado de todo lo actuado al Departamento de Gobernación. Fue entonces, en fecha 12 de noviembre, cuando el director general de Administración Local requirió la subsanación de la petición presentada por la comisión promotora al entender que había incumplido el art. 19.2, antes transcrito, «ya que para considerar válidas las firmas de los vecinos que desean iniciar un expediente de alteración de términos municipales estas firmas deben hacerse ante una persona que pueda dar fe pública que la persona que comparece es la misma que la que firma». Así, según un criterio que sería confirmado en alzada por el consejero de Gobernación de la Generalitat el 3 de marzo de 1998, este precepto del Reglamento de Demarcación Territorial y Población de los Entes Locales «utiliza la disyuntiva “o” para equiparar la fe pública de dos fedatarios (secretario de ayuntamiento y notario) con el objetivo de permitir a los vecinos que escojan a uno de los dos, pero no para equiparar la fe pública del secretario municipal –que alcanza a la veracidad de las firmas que se realizan en su presencia– con la fe pública de un acta de protocolización –que alcanza tan sólo a la identidad de la persona que requiere al Notario para que extienda el acta–»<sup>3</sup>.

La decisión tomada por la Consejería de Gobernación sería recurrida por la comisión promotora ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia, pero, entretanto, el Parlamento autonómico aprobó una modificación de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña que iba a alterar el curso de los acontecimientos subsiguientes.

Al iniciarse el expediente de Medinyà, el art. 15 de esta Ley –todavía en su versión originaria– no exigía ningún *mínimum* poblacional para la creación de nuevos municipios por segregación<sup>4</sup>. Ello cambiaría con la Ley 13/1998, de 19 de noviembre, que modificó la Ley 8/1987 «en relación con los requisitos exigidos para constituir municipios nuevos». En su preámbulo, se explica que al aprobarse aquella ya había conciencia de «la problemática derivada del hecho de que [...] en Cataluña había un número excesivo de municipios, situación que suponía una fragmentación que se consideraba una de las causas de la crisis municipal». Por ello, el mentado art. 15 «estableció la posibilidad de constituir nuevos municipios, pero con un carácter muy restringido». Además, a partir de entonces, la Consejería de Gobernación optó por hacer «una interpretación muy estricta de los requisitos legales que deben cumplirse para dar lugar a la constitución de nuevos municipios», aunque ello no evitó «la constitución de nuevos municipios como consecuencia de los pronunciamientos contenidos en sentencias judiciales». Ciertamente, desde la entrada en vigor de la Ley 8/1987, la Generalitat de Cataluña se había visto obligada a constituir hasta tres municipios en cumplimiento de una Sentencia judicial: Salou (Decreto 326/1989, de 19 de diciembre)<sup>5</sup>, Riu de Cerdanya (Decreto 216/1997, de 30 de julio)<sup>6</sup> y Sant

<sup>3</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia núm. 807/2002, de 30 de octubre (recurso contencioso-administrativo núm. 715/1998), FJ 1.º y 3.º.

<sup>4</sup> Su contenido literal era el siguiente:

«1. Podrán crearse nuevos municipios por segregación sólo cuando concurren todos los requisitos siguientes:

- a) Existir núcleos de población territorialmente diferenciados.
- b) Contar, los municipios resultantes, con el territorio y los recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales.
- c) No comportar, la segregación, disminución de la calidad media de los servicios que se prestaban en el municipio.

2. Sin perjuicio del requisito establecido por el apartado 1.b), es preciso asimismo justificar que la segregación comporta una mejora objetiva en la prestación de los servicios del nuevo municipio».

<sup>5</sup> La segregación del núcleo de Salou del término municipal de Vila-seca i Salou para constituirse en municipio independiente, instada por una asociación de vecinos en abril de 1981, fue denegada por el Decreto 296/1986, de 25 de septiembre. Los interesados recurrieron ante la Sala competente de la Audiencia Territorial de Barcelona, que mediante su Sentencia de 1 de octubre de 1987 desestimó la impugnación. Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo –en Sentencia de 30 de octubre de 1989 (recurso de apelación núm. 267/1988)– declaró su nulidad, por carecer el Tribunal *a quo* de competencia objetiva para conocer de esta tipología de recursos, y entró en el fondo del asunto. Así, el Alto Tribunal anuló el Decreto 296/1986 y aprobó «la constitución [...] de un Municipio nuevo con la denominación y capitalidad en Salou». Por ello, el referido Decreto 326/1989 fue dictado para «llevar, íntegramente y debidamente, a efecto la Sentencia» que acabamos de comentar «y, en consecuencia, segregar el núcleo de Salou del municipio de Vila-seca y Salou [...]» (artículo único).

<sup>6</sup> El Decreto 10/1990, de 9 de enero, denegó la segregación municipal de la entidad local menor de Riu de Pendís del municipio de Bellver de Cerdanya al constatarse «que las circunstancias demográficas (51 habitantes en el padrón municipal vigente) y administrativas (según memoria que figura en el expediente, los vecinos de Riu de Pendís que lo promueven no consideran necesaria la creación de servicios administrativos propios) [...] evidencian una absoluta insuficiencia de medios personales para una adecuada prestación de los servicios mínimos obligatorios y de las funciones públicas necesarias en todos los entes locales». La Sala competente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por Sentencia de 17 de junio de 1993 (recurso contencioso-administrativo núm. 145/1991), anuló el referido Decreto 10/1990 y aprobó «la segregación de la entidad local menor de Riu de Pendís para constituirse en municipio independiente». Seguidamente, la representación procesal de la Generalitat de Cataluña interpuso ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 6030/1993, pero fue inadmitido por su Sección 6.ª mediante Auto de 27 de febrero de 1997. Así, tras declarar la Sala *a quo* la firmeza de la Sentencia de 17 de junio de 1993 y ordenar «que se cumpla su parte dispositiva», se dictó el

Julià de Cerdanyola (Decreto 172/1993, de 28 de junio)<sup>7</sup>. Así las cosas, la Ley 13/1998 se aprueba tras constatarse que «de la normativa vigente y de la interpretación que se ha realizado de la misma se deduce que la [...] determinación de un número concreto de habitantes como un mínimo para poder constituir un nuevo municipio es un requisito necesario» para lograr que tales decisiones se tomen según «criterios objetivos de racionalidad, suficiencia y funcionalidad». Por ello, se introduce en el art. 15.1 de la Ley 8/1987 un nuevo apartado d) según el cual, para poder crear «nuevos municipios por segregación», pasa a ser necesario que «los municipios resultantes [...] [tengan] una población suficiente para asegurar su viabilidad. En todo caso, el nuevo municipio debe contar, como mínimo, con una población de 2.000 habitantes y el municipio o municipios de los que se segrega no deben bajar de este límite poblacional»<sup>8</sup>. La disposición final de la Ley 13/1998, en su apartado 2, determinó que este requisito demográfico, junto con los otros «establecidos en la presente Ley», serían «de aplicación a los expedientes de constitución de municipios nuevos por segregación que se hallen en tramitación en el momento de entrar en vigor la presente Ley»<sup>9</sup>.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resolvió el recurso interpuesto contra el requerimiento del director general de Administración Local de fecha 12 de noviembre de 1997 con su Sentencia núm. 807/2002, de 30 de octubre. En la misma, la Sección 5.ª de dicha Sala se muestra rotunda al afirmar que «la dicción del precepto –en alusión al art. 19.2 del Reglamento de Demarcación Territorial y Población de los Entes Locales– es suficientemente clara [...]. La norma exige que cuando la voluntad se exterioriza ante el secretario del ayuntamiento las firmas se formalicen delante de él, mientras que cuando el fedatario es el notario tan sólo se requiere que sean protocolizadas». Que el contenido propio de una acta de protocolización, según lo dispuesto por la normativa notarial, «le parezca insuficiente a la Administración, no puede implicar que se interprete el precepto intentando que diga lo que no dice, cuando su dicción es clara: “firmas protocolizadas notarialmente”. Si la norma reglamentaria, que –no debe olvidarse– emana del Gobierno de la Generalitat, hubiera querido que las firmas se legitimaran ante el notario, hubiera utilizado esa expresión en cuyo caso habría que acudir a la legitimación de firmas [...] para comprobar si se había cumplido este requisito. Pero como no es así, y como la norma es suficientemente clara y expresiva, no hay que acudir a otra interpretación que no sea la literal»<sup>10</sup>. Aplicando estas reflexiones al asunto de autos, el Tribunal Superior recuerda que, «en el caso examinado, no sólo se protocolizaron las firmas ante el notario, manifestando los comparecientes, bajo su responsabilidad y pena de falsedad en documento público, la legitimidad y autenticidad de las firmas, sino que fue el propio fedatario público el que [...] extendió un acta en la que da fe que comprobó una por una las firmas reconocidas como válidas [...]. No cabe duda que la comprobación realizada por el notario cuando se protocolizaron las firmas cumple la exigencia del

---

aludido Decreto 216/1997, de 30 de julio, para «llevar a efecto, íntegra y debidamente, la Sentencia», con la consiguiente constitución por segregación del municipio de Riu de Cerdanya.

<sup>7</sup> El artículo único del Decreto 201/1990, de 30 de julio, denegó «la segregación del pueblo de Sant Julià de Cerdanyola del municipio de Guardiola de Berguedà (Berguedà) para constituirse en municipio independiente». Para adoptar esta decisión, la Generalitat tomó «en consideración [...] las circunstancias demográficas (235 habitantes en 1986), económicas (presupuesto evaluado del orden de 4 millones de pesetas, procedente en un 43,5% del Fondo Nacional de Cooperación) y administrativas (el expediente de segregación prevé que el hipotético Ayuntamiento de Sant Julià de Cerdanyola no se dotaría de secretario-interventor sino que compartiría el secretario con Guardiola de Berguedà) que resultan del expediente». Recurrido el Decreto 201/1990 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la Sentencia de su Sección 5.ª de 6 de junio de 1992 declaró la nulidad del mismo y aprobó la segregación municipal de Sant Julià de Cerdanyola. La Generalitat de Cataluña formuló contra esta Sentencia el recurso de casación núm. 583/1992, pero, antes de que se fallase, la Sala competente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ordenó –por sendos Autos de 6 de octubre y 17 de diciembre de 1992– la ejecución provisional de la Sentencia recurrida. Por este motivo fue dictado el mentado Decreto 172/1993, de 28 de junio, cuyo art. 1 constituyó el nuevo municipio y estableció su denominación y su capitalidad. Por Auto de 7 de julio de 1993, la Sala Tercera del Tribunal Supremo inadmitió el recurso instado por la Generalitat, de modo que el posterior Decreto 65/1994, de 7 de marzo, declaró «definitiva» la segregación de Sant Julià de Cerdanyola, según su artículo único, «desde la fecha de publicación del Decreto 172/1993».

<sup>8</sup> Dejando aparte ciertos ajustes gramaticales, el otro gran cambio que introdujo en el aludido art. 15.1 la Ley 13/1998 fue para concretar el concepto «núcleos de población territorialmente diferenciados» previsto en su apartado a): así, para dar cumplimiento a dicho requisito, pasó a requerirse que hubiera «una zona clasificada como suelo no urbanizable, de una amplitud mínima de 3.000 metros, entre los núcleos más próximos a los municipios resultantes». Ambas exigencias se mantienen hoy, sin variaciones remarcables, en el art. 15.1 del TRLMRLC.

<sup>9</sup> Por aquel entonces, sólo estaba tramitándose otro expediente susceptible de verse afectado por los nuevos requisitos: se trataba de la segregación de una parte del término municipal de Alcanar para constituir un nuevo municipio con la denominación de Les Cases de Mar. También sería denegado, en esta ocasión mediante el Decreto 224/2002, de 27 de agosto, tanto por la inexistencia de «núcleos de población territorialmente diferenciados» como por el incumplimiento del mínimo poblacional.

<sup>10</sup> Significativamente, en la actualidad, el inciso final del art. 9.4 del Decreto 244/2007 dispone que «las firmas de los vecinos» tendrán que formalizarse «ante el secretario del ayuntamiento o ante notario».

precepto que trata de garantizar que la voluntad de los vecinos que suscriben la petición sea cierta, y hasta tal punto es así que algunas pequeñas anomalías que presentaban los documentos a protocolizar [...] dieron lugar a que se redujera el número de firmantes hasta 327. Y éstos claramente expresaban su voluntad de que se iniciara el expediente de segregación de una parte del término municipal de Sant Julià de Ramis, para constituir un nuevo municipio con el nombre de Medinyà. Imponer exigencias que no tienen soporte legal ni reglamentario no es conforme a Derecho y ello determina, como lógica consecuencia, la estimación del presente recurso contencioso-administrativo» (FJ 6.º). En el fallo de esta Sentencia, el Tribunal dispuso, tras anular la resolución, que debía «continuar la tramitación del expediente de segregación».

En aquel momento, empero, ya se hallaba en curso un nuevo expediente para lograr la constitución de Medinyà en municipio independiente, iniciado en este caso por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis el día 9 de marzo de 2000. Se recabaron los informes preceptivos del Consejo Comarcal y de la Diputación Provincial, que dictaminaron favorablemente la segregación pretendida, tras lo cual el mismo Pleno municipal aprobó la procedencia de la alteración. El expediente fue remitido al Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales de la Generalitat en fecha 21 de marzo de 2002, pero, al tener que subsanarse varios defectos, la remisión definitiva se demoraría hasta el 11 de julio siguiente. Entonces, el día 6 de noviembre, emitió su informe la Comisión de Delimitación Territorial, que aconsejó la desestimación de la solicitud de Medinyà por carecer de todos los requisitos legales necesarios para constituir un nuevo municipio. En fecha 19 de noviembre, la Generalitat puso en conocimiento de la Administración General del Estado la sustanciación del expediente. Asimismo, el 19 de diciembre, la Comisión Jurídica Asesora –mediante su Dictamen núm. 508/2002– informó desfavorablemente la segregación municipal de Medinyà. Finalmente, para dar cumplimiento a la ya estudiada Sentencia núm. 807/2002, de 30 de octubre, de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la Dirección General de Administración Local resolvió, en fecha 13 de febrero de 2013, acumular a este expediente –iniciado, recordemos, por el Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis– el que habían promovido años antes los propios vecinos de Medinyà.

Así pues, el Decreto 66/2003, de 4 de marzo, resuelve ambos expedientes de segregación. Tras recapitular todos los hechos que quedan relatados, la Generalitat de Cataluña argumenta, por un lado, «que no hay núcleos territorialmente diferenciados, ya que entre los núcleos de población de Sant Julià de Ramis y de Medinyà hay una franja de suelo clasificada como suelo no urbanizable de una anchura de 1.700 metros lineales, no superando la anchura mínima de 3.000 metros exigidos por la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña»; y, por el otro, «que el municipio resultante no tiene población suficiente para asegurar su viabilidad, ya que no contará con una población mínima de 2.000 habitantes, y que no hay una mejora objetiva en la prestación de los servicios»<sup>11</sup>. Por todo ello, con el artículo único del susodicho Decreto 66/2003, «se deniega la segregación de una parte del término municipal de Sant Julià de Ramis para constituir un nuevo municipio con la denominación de Medinyà».

La comisión promotora de la asociación Col·lectiu pro Medinyà Independent interpuso en tiempo y forma recurso contencioso-administrativo ante la Sala competente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya Sección 5.ª lo resolvió mediante la Sentencia núm. 129/2006, de 3 de febrero (recurso contencioso-administrativo núm. 259/2003). La impugnación se acomete, según leemos en la misma Sentencia, «tanto por razones de forma como de fondo. En cuanto a las primeras, se alega que resulta improcedente la acumulación del expediente incoado por iniciativa de los vecinos al que se inició por parte del Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis. Subsidiariamente, considera que la acumulación debió realizarse al expediente más antiguo, esto es, al que se había iniciado a instancia de los vecinos. En último término, se argumenta que el dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora se emitió con anterioridad a la acumulación de ambos expedientes, de modo que aquél no pudo tener en cuenta las alegaciones contenidas en el procedimiento promovido por los vecinos. En cuanto se refiere a las razones de fondo, la actora sostiene que concurren las circunstancias previstas para la segregación de parte del término municipal de Sant Julià de Ramis para constituir el nuevo municipio de Medinyà, a tenor de lo dispuesto en la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, en la redacción anterior a la modificación operada por la Ley 13/1998, de 19 de noviembre, que era la vigente en la fecha en que se inició el expediente de segregación promovido por los vecinos» (FJ 1.º). Ante tales alegatos, la Sala realiza las siguientes consideraciones:

<sup>11</sup> Porque, como había recordado la Comisión Jurídica Asesora en el FJ 4.º de su aludido Dictamen núm. 508/2002, de 19 de diciembre, «*només és procedent la creació d'un municipi si es donen totes les condicions previstes legalment. Només que en falti una, la creació és improcedent*».

- Sobre «la normativa aplicable al caso de autos», empieza el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, «no cabe olvidar que el apartado 2 de la disposición final de la Ley 13/1998, de 19 de noviembre, establece de forma expresa que los requisitos exigidos por dicha Ley para la constitución de nuevos municipios por segregación de otros preexistentes son aplicables a los expedientes que se hallen en tramitación en el momento de la entrada en vigor de la referida Ley. En consecuencia, no cabe duda de que el expediente promovido por la actora debe ser resuelto de acuerdo con las previsiones de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, en la redacción que les dio la citada Ley 13/1998» (FJ 3.º).
- Por lo que se refiere a «la acumulación del procedimiento promovido por los vecinos y el que se inició por el Ayuntamiento», el Tribunal considera que «resulta plenamente ajustada a Derecho, puesto que ambos versaban sobre el mismo objeto, de modo que resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el art. 73 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común<sup>12</sup>, que faculta a la Administración para disponer la acumulación de un procedimiento a otro u otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión» (FJ 4.º).
- A su vez, «tampoco cabe apreciar vicio alguno determinante de la invalidez del Decreto impugnado por el hecho de que el expediente promovido por los vecinos se haya acumulado al que inició el Ayuntamiento, y no a la inversa, pese a haberse incoado aquél con anterioridad». Y ello tanto porque «no resultan de aplicación en este caso las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>13</sup>», como porque, «desde el momento en que la resolución del procedimiento debe regirse en todo caso por las disposiciones de la Ley 13/1998, [...] es indiferente que la acumulación se haya realizado a uno u otro expediente» (FJ 4.º).
- En relación con el dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora, «es cierto –admite la Sala– que el mismo se emitió con anterioridad a la acumulación del expediente promovido por los vecinos, de modo que aquél no pudo tener en cuenta el contenido de las alegaciones contenidas en éste último. Sin embargo, debe aplicarse en este caso el principio de economía procesal, que impide la retroacción de las actuaciones cuando se considere racionalmente que ello no conducirá a una solución distinta de la que se ha producido. En este caso, la negativa a la constitución del nuevo municipio de Medinyà descansa primordialmente en datos meramente objetivos». Por ello, las conclusiones alcanzadas por la Comisión en su Dictamen núm. 508/2002 «no resultarían alteradas por el contenido de las alegaciones vertidas en el expediente promovido por los vecinos, dado que no han sido puestas en cuestión ni siquiera en el marco de este proceso. En consecuencia, debe considerarse que el Dictamen emitido en su día resulta suficientemente ilustrativo sobre este particular, por lo que ha de desestimarse la anulación del Decreto impugnado por este motivo» (FJ 4.º).
- Finalmente, «en cuanto se refiere a la concurrencia de los requisitos exigidos para la constitución de un nuevo municipio por segregación en el art. 15 de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, modificado por la Ley 13/1998», el Tribunal Superior insiste en que «no se dan los previstos en los apartados a) y d) de dicho precepto, puesto que no existe una franja clasificada como suelo no urbanizable, de una anchura igual o superior a los 3.000 metros, entre los núcleos más próximos de los municipios resultantes. Del mismo modo, el nuevo municipio de Medinyà contaría con una población inferior a los 2.000 habitantes, por lo que tampoco se cumple el segundo de los requisitos antes enunciados». Además, «en los dictámenes periciales practicados a instancia de la actora se examina la suficiencia de los recursos económicos con que contaría el nuevo municipio de Medinyà, o sea, el requisito previsto en el art. 15.1 b) [...], pero no se justifica que la segregación haya de comportar una mejora objetiva en la prestación de los servicios en el nuevo municipio, como lo exige además el art. 15.2 de dicha Ley, más allá de una mera referencia genérica a la mayor proximidad del Ayuntamiento que ello comportaría» (FJ 5.º).

Así las cosas, concluye la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, «debe desestimarse en su integridad el presente recurso, al resultar ajustado a Derecho el Decreto impugnado».

<sup>12</sup> En la actualidad, se trata del art. 57 de la LPAC.

<sup>13</sup> Se refiere al art. 84.1 de la LEC, de acuerdo con el cual, «aceptada la acumulación, el tribunal ordenará que los procesos más modernos se unan a los más antiguos, para que continúen sustanciándose en el mismo procedimiento o por los mismos trámites y se decidan en una misma sentencia».

### 1.3. Génesis y contenido de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio

En un Pleno extraordinario celebrado el 21 de octubre de 2011, todos los grupos municipales del Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis acordaron manifestar su «apoyo unánime» a la restitución de la condición de municipio a Medinyà, exhortando además a la Corporación a iniciar gestiones con los partidos del Parlamento de Cataluña con la finalidad de lograr el apoyo necesario para dicha aspiración. A su vez, el 30 de octubre de 2014, el Pleno de la Cámara autonómica aprobó una moción instando al Gobierno a «presentarle el proyecto de ley de creación del municipio de Medinyà, hasta ahora parte del municipio de Sant Julià de Ramis, en El Gironès, en el plazo más breve posible y en paralelo a la tramitación del Proyecto de ley de gobiernos locales de Cataluña». Transcurridos varios meses desde esta iniciativa parlamentaria y dado que –leemos en el preámbulo de la Ley 8/2015– «la legislatura podría acabar antes de lo previsto», «se considera que debe impulsarse la creación del municipio de Medinyà».

En su meritado preámbulo, la Ley 8/2015 –que concibe «la recuperación de la condición de municipio independiente» por parte de Medinyà como un modo de «reparar una decisión antidemocrática, corregir disfuncionalidades y atender a la voluntad de la mayoría de la población»– hace una breve recapitulación de la historia reciente del pueblo, si bien obviando el trascendental dato de que, como hemos visto, en 2003, la propia Generalitat de Cataluña denegó la segregación municipal de este pueblo<sup>14</sup>. Reconoce, es verdad, que «la normativa impide que Medinyà se constituya como municipio independiente» y, por esto, enumera las siguientes circunstancias como justificativas de esta «excepcionalidad de la norma general, que impide la constitución de municipios nuevos cuando no cumplen todos los requisitos legalmente establecidos»:

- «Probablemente como consecuencia de haber sido municipio hasta el año 1972, Medinyà no ha perdido nunca su código postal e, incluso en la señalización de la carretera N-II, de la que se encarga el Ministerio de Fomento, figura el rótulo oficial de “Medinyà”».
- «Con 866 habitantes, Medinyà será el municipio número 123 en número de habitantes de los 222 que conformarán las comarcas de Girona».
- «El estudio económico sobre la viabilidad de los dos núcleos en caso de segregación del pueblo de Medinyà, realizado por la Universidad de Girona, concluye que Medinyà dispone de capacidad para generar recursos suficientes para prestar los servicios necesarios a su población, y, además, dispone ya de todos los servicios básicos obligatorios y de una escuela pública».
- «Medinyà no parte de cero, ya que dispone de todos los servicios necesarios para garantizar el bienestar de los ciudadanos, tanto los servicios de prestación obligatoria por parte del Ayuntamiento, como los servicios voluntarios que son fundamentales para reforzar la vida asociativa y el trabajo comunitario».

La decisión de constituir Medinyà en municipio, «bajo el punto de vista formal», mediante «una ley singular», dado que no es posible –como ya hemos visto– seguir lo dispuesto en el TRLMRLC, se fundamenta tanto en la Constitución de 1978 –se cita, en concreto, su art. 137– como en el capítulo VI del título II del Estatuto de Autonomía de 2006, que está dedicado al «Gobierno Local». El preámbulo de la Ley 8/2015, en su último pasaje, menciona expresamente el art. 83 del Estatuto, que contempla la organización del gobierno local de Cataluña en municipios, veguerías, comarcas y «los demás entes supramunicipales»; y «el principio de diferenciación, como instrumento que configura la potestad legislativa», enunciado en el art. 88 del propio Estatuto: «las leyes que afectan al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios deben tener en cuenta necesariamente las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen»<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Al respecto sólo se explica que «en el año 2001 el Informe sobre la organización territorial de Cataluña, encargado por el Gobierno de la Generalidad, integrado por expertos nombrados a propuesta de todos los grupos parlamentarios y presidido por Miquel Roca Junyent, concluyó que debía considerarse el caso de Medinyà dentro el apartado de “Corrección de disfuncionalidades” y proponía el reconocimiento de Medinyà como municipio y recordaba que ya había iniciado un expediente de segregación»

<sup>15</sup> Este razonamiento ya fue utilizado en el preámbulo de la Ley 8/2010, la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2010, de 22 de abril, de creación del municipio de La Canonja. Se trata de un supuesto muy parecido al que estamos estudiando: un municipio histórico que fue incorporado a la ciudad de Tarragona en 1964, pero mantuvo un «sentimiento de comunidad diferenciada» que le llevó a instar un expediente de segregación que sería denegado en 2009. La diferencia fundamental con Medinyà, como veremos, es que por aquel entonces la normativa del Estado no exigía un mínimo demográfico para la constitución de nuevos municipios, por lo que la Ley 8/2010 ni siquiera sería recurrida ante el Tribunal Constitucional.

El art. 1 de la Ley 8/2015, que –de acuerdo con su disposición final 2.<sup>a</sup>– entró en vigor el 16 de junio de 2015, dispone que su objeto «es la creación del municipio de Medinyà por segregación de una parte del término municipal de Sant Julià de Ramis», lo que se acomete mediante cinco artículos, tres disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias y tres disposiciones finales, cuyo contenido es el siguiente:

- *Denominación.* Según el art. 2.1, «el nombre del nuevo municipio, que adopta la denominación histórica del término y del antiguo municipio, es Medinyà».
- *Capitalidad.* El propio art. 2.1 establece la capital del nuevo municipio en la localidad Medinyà, dado que –según el art. 3– también forman parte del mismo «los caseríos de Santa Fe de la Serra, Tomet, Lladrers y Vall-Ilobera».
- *Adscripción supramunicipal.* De conformidad con el art. 2.2, «el municipio de Medinyà se adscribe a la comarca de El Gironès, a la veguería de Girona y a la provincia de Girona».
- *Término municipal.* Alcanza 7'66 kilómetros cuadrados y se delimita, en virtud del art. 3, por remisión al «que tenía el antiguo municipio de Medinyà anexionado al municipio vecino de Sant Julià de Ramis el 1972», todo ello de conformidad con el anexo de la Ley 8/2015.
- *División y sucesión de bienes, derechos, obligaciones y servicios.* En cumplimiento de los apartados 1 y 2 del art. 4 y de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>, Medinyà sucede parcialmente en la titularidad de los bienes, derechos y obligaciones del municipio de Sant Julià de Ramis que le corresponden después de haberse realizado su «división efectiva» por parte de un órgano paritario integrado por el Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis y la comisión gestora del nuevo municipio de Medinyà. Dicha división debe asegurar los recursos suficientes para cumplir las competencias municipales y no puede comportar una disminución de la calidad media de los servicios que se prestan. Y, entretanto no se efectúe, los entes locales afectados tienen que garantizar la continuidad de la prestación de todos los servicios y asumir cada uno los compromisos necesarios. Asimismo, la disposición adicional 2.<sup>a</sup>, en su apartado 1, contempla la obligación interadministrativa de «llevar a cabo las actuaciones necesarias para que la titularidad de los bienes, derechos, obligaciones y aprovechamientos que, de acuerdo con la presente ley, deben integrarse en el patrimonio del nuevo municipio sea plena y efectiva».
- *Subrogaciones.* De acuerdo con el art. 4.3, «el municipio de Medinyà se subroga en los pactos, estipulaciones y convenios suscritos por el Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis en todo lo que le afecte».
- *Integración del personal.* El art. 5 contempla que «una parte del personal funcionario y laboral que presta servicio en el Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis», según el pacto alcanzado por el órgano de composición paritaria previsto por la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>, se integre «al Ayuntamiento de Medinyà con su condición y situación y con los mismos derechos y deberes que le corresponden de acuerdo con la normativa».
- *Participación de la Administración General del Estado.* La disposición adicional 1.<sup>a</sup> reitera, en su apartado 1, lo previsto por el art. 17.1 e) del TRLMRLC, en el sentido de poner «en conocimiento de la Administración del Estado» la creación del municipio de Medinyà. Sin embargo, el apartado 2 agrega que «la implementación de la presente ley debe ir acompañada, en el plazo de tres meses a contar desde su entrada en vigor, de una valoración y ponderación entre la Administración de la Generalidad y la Administración del Estado que justifique la excepcionalidad respecto a los requisitos para la creación de nuevos municipios establecidos por la legislación básica de régimen local, por tratarse de la restitución de la condición de municipio a un municipio histórico».
- *Entrega de expedientes.* Por el apartado 2 de la disposición adicional 2.<sup>a</sup>, el Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis queda obligado a «entregar al municipio de Medinyà todos los expedientes, tanto concluidos como en trámite, que afecten al nuevo municipio o se refieran al mismo, así como la documentación necesaria para el funcionamiento normal de la actividad municipal». Este traspaso tiene que realizarse «en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley».
- *Amojonamiento.* De conformidad con la normativa aplicable, según la disposición adicional 3.<sup>a</sup>, «el departamento competente en materia de administración local y los ayuntamientos de Medinyà y Sant Julià de Ramis deben llevar a cabo el amojonamiento entre los dos municipios en el plazo de un mes a contar desde la creación del municipio de Medinyà».
- *Órgano transitorio de gobierno.* En virtud de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, «hasta que no se constituya el consistorio que resulte de las elecciones municipales inmediatamente posteriores a la entrada

en vigor de la presente ley», que son las que van a celebrarse en mayo de 2019, Medinyà «debe regirse por una comisión gestora de cinco miembros designada por la persona titular del departamento competente en materia de administración local, de acuerdo con los resultados obtenidos en las elecciones municipales anteriores a la entrada en vigor de la ley [las verificadas el 24 de mayo de 2015] en las mesas correspondientes al territorio segregado y atendiendo a criterios de participación equilibrada de mujeres y hombres». Si en la indicada fecha, de acuerdo con la disposición transitoria 6.ª, no se hubieren completado «los trámites [...] que implican la participación de la comisión gestora de Medinyà», «sus funciones deben ser ejercidas por el consistorio surgido de dichas elecciones».

- *Ordenación urbanística.* La disposición transitoria 2.ª contempla que, «para dotarse de un plan de ordenación urbanística municipal», Medinyà contará con «la asistencia y el apoyo» de «la Administración de la Generalidad y las entidades supramunicipales correspondientes» (apartado 1). Ahora bien, mientras no cuente con una «ordenación urbanística propia» en vigor, «el ámbito territorial de Medinyà queda sujeto a la ordenación y el planeamiento urbanísticos del término municipal de Sant Julià de Ramis (apartado 2). Para el supuesto particular de «las determinaciones de los instrumentos urbanísticos del Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis que afectan al término municipal de Medinyà y que se encuentran en tramitación a la entrada en vigor de la presente ley», la disposición transitoria 5.ª prevé su adecuación «a la realidad derivada de la creación del municipio de Medinyà».
- *Obra pública.* Según la disposición transitoria 4.ª, «las obras públicas promovidas o financiadas por el Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis que a la entrada en vigor de la presente ley no han sido recibidas de forma definitiva permanecen bajo titularidad de dicho Ayuntamiento, y pasan, si procede, a titularidad del Ayuntamiento de Medinyà una vez recibidas definitivamente».

## 2. EL LITIGIO CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY DE CREACIÓN DEL MUNICIPIO DE MEDINYÀ (STC 108/2017, DE 21 DE SEPTIEMBRE)

En su reunión del 16 de julio de 2015, la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado acordó, de conformidad con el art. 33.2 de la LOTC, «iniciar negociaciones para resolver las discrepancias competenciales suscitadas» entorno a la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio. Se creó asimismo, en aquella misma reunión, «un grupo de trabajo para proponer a la Subcomisión la solución que proceda».

Entretanto, por Orden JUS/227/2016, de 16 de febrero, se dispuso la entrada en vigor del Juzgado de Paz de Medinyà, de conformidad con lo previsto por el art. 20.5 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial<sup>16</sup>. Sin embargo, al poco tiempo de esta decisión, las negociaciones Comisión Bilateral Generalitat-Estado fracasaron definitivamente, por lo que, en fecha 15 de marzo de 2016, el Presidente del Gobierno interpuso el recurso de inconstitucionalidad núm. 1401-2016 contra la referida Ley 8/2015, el cual fue admitido por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Providencia del 12 de abril venidero (antecedentes 1.º y 3.º).

### 2.1. Los argumentos del Gobierno

El Abogado del Estado, actuando en representación –como queda dicho– del Presidente del Gobierno, impugna en exclusiva el art. 1 de la Ley 8/2015. Ello porque «considera que el resto de los artículos y disposiciones de la Ley son instrumentales respecto de éste», de modo que «la inconstitucionalidad del art. 1 [...] debe arrastrar consigo la de todas las demás disposiciones de la Ley impugnada» (antecedente 2.º).

Así pues, la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 8/2015 se sustenta por el Gobierno sobre los siguientes dos argumentos:

<sup>16</sup> Poco antes había sido aprobada la Orden GRI/357/2015, de 4 de diciembre, por la que se nombra a los vocales gestores que integrarán la comisión gestora municipal que debe constituirse en el municipio de Medinyà. Esta Comisión inició su andadura el 16 de enero de 2016; véase, al respecto, la siguiente noticia: <[http://www.govern.cat/pres\\_gov/AppJava/govern/notespremsa/290195/consellera-governacio-presideix-constitucio-comissio-gestora-municipal-medinya.html](http://www.govern.cat/pres_gov/AppJava/govern/notespremsa/290195/consellera-governacio-presideix-constitucio-comissio-gestora-municipal-medinya.html)> (consultado el 30 de octubre de 2017).

### **1. La vulneración de la prohibición de regímenes de caso único singulares o particularizados (art. 9 de la LBRL)**

El Abogado del Estado, tras hacer cita expresa de la normativa catalana en materia de régimen local a la que ya nos hemos referido, recuerda «que el propio preámbulo de la Ley impugnada reconoce que “la normativa impide que Medinyà se constituya como municipio independiente” y que ello hace necesario una “ley singular que habilite la excepcionalidad de la norma general que impide la constitución de municipios cuando no se cumplen todos los requisitos legalmente establecidos”». Por ello, y dado además que el «carácter básico» del art. 9 de la LBRL fue reconocido expresamente por la STC 214/1989, de 21 de diciembre, deviene imprescindible «declarar la inconstitucionalidad de la Ley por vulneración del citado art. 9 de la LBRL y, mediatamente, del art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución».

### **2. La vulneración de los requisitos estatales básicos para la creación de nuevos municipios (art. 13.2 de la LBRL)**

El art. 13.2 de la LBRL fue declarado básico por la STC 103/2013, de 25 de abril, lo que ha sido reiterado por la STC 41/2016, de 3 de marzo, en relación con la nueva redacción dada al precepto por la LRSAL, «que –puntualiza el Tribunal– ha añadido significativamente el requisito de que el nuevo término municipal tenga una población mínima de 5.000 habitantes». Por lo tanto, en la medida en que «el propio preámbulo de la Ley catalana reconoce que Medinyà cuenta con 866 habitantes», también es «clara» –según el Abogado del Estado– la infracción del art. 13.2 de la LBRL y, mediatamente, del art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución.

Por todo ello, insistimos, el Gobierno suplica al Alto Tribunal que se declare inconstitucional y nulo el art. 1 de la Ley 8/2015 y, «por conexión o consecuencia» (art. 39.2 de la LOTC), los demás preceptos –artículos y disposiciones– de la misma Ley.

## **2.2. Los argumentos de la comunidad autónoma de Cataluña**

Para defender la constitucionalidad de la Ley 8/2015 formulan alegaciones, en virtud de lo dispuesto por el art. 34.1 de la LOTC, tanto el Letrado del Parlamento de Cataluña (antecedente 6.º) como la Abogada de la Generalitat de Cataluña (antecedente 7.º). Sus razonamientos jurídicos pueden resumirse conjuntamente en los siguientes puntos:

### **1. La Ley 8/2015 no crea ex novo el municipio de Medinyà, sino que lo restablece**

Los representantes de la comunidad autónoma de Cataluña realizan largos exordios sobre la historia reciente del pueblo de Medinyà, en los términos que ya quedan explicados, poniendo especial énfasis –en el caso del Letrado del Parlamento– en la «serie de avatares que impidieron que la constitución del municipio de Medinyà se materializara antes de la Ley 13/1998, de 19 de noviembre [...], que estableció diversos criterios restrictivos para la constitución de nuevos municipios inexistentes con anterioridad, [...] y de la LRSAL, que modificó el art. 13 de la LBRL para introducir asimismo el requisito de contar el núcleo de población con un mínimo de 5.000 habitantes».

La Abogada de la Generalitat de Cataluña puntualiza, en este mismo sentido, que «en el denominado “Informe Roca” sobre la revisión del modelo territorial de Cataluña, elaborado por una comisión de expertos en diciembre de 2000, se proponía igualmente el reconocimiento de ese municipio atendiendo a su realidad local y dilatada trayectoria histórica». Todo ello pondría de manifiesto, en palabras del propio Tribunal, «una fuerte identidad municipal plasmada en sucesivos intentos de segregación» (FJ 1.º).

### **2. Las reformas introducidas por la LRSAL no pueden tener alcance retroactivo**

El Letrado del Parlamento «sostiene que la Ley recurrida debe beneficiarse de los principios generales aplicables en materia de transitoriedad normativa, que suelen impedir que una ley de reforma despliegue efectos sobre procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor (aunque reconoce que los trámites en sede parlamentaria que condujeron a la aprobación de la Ley 8/2015 son todos ellos posteriores a la entrada en vigor de la LRSAL)».

En apoyo de su tesis, el mismo Letrado de la Cámara catalana alude a la doctrina mantenida por el Consejo Consultivo de Andalucía durante la tramitación de varios expedientes para la creación de nuevos municipios de menos de 5.000 habitantes «después de la entrada en vigor de la LRSAL, sin que le conste al Letrado del Parlamento que esas segregaciones hayan sido impugnadas»<sup>17</sup>. En sus alegaciones, asimismo, la Abogada de la Generalitat de Cataluña insiste, después de recordar que «la LRSAL no contiene disposición transitoria alguna sobre el particular», en que el Estado ha aceptado «que otros procedimientos de alteración del territorio de municipios deben regirse por la legislación vigente en el momento de su iniciación».

### **3. La LBRL no resulta aplicable por razones competenciales**

El Letrado del Parlamento de Cataluña rechaza fundamentar esta controversia exclusivamente a partir de la competencia relativa al «régimen local». Y ello porque hay «otro título competencial implicado: el de “organización territorial” resultante de los arts. 148.1.2.<sup>a</sup> de la Constitución y 151 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Según estos preceptos corresponde a la comunidad autónoma la competencia “exclusiva” para la “determinación, la creación, la modificación y la supresión de las entidades que configuran la organización territorial de Cataluña” [art. 151, letra a)], entes entre los que se encuentran los municipios según el art. 2.3 del mismo Estatuto de Autonomía, y también para la “creación, la supresión y la alteración de los términos tanto de los municipios como de las entidades locales de ámbito territorial inferior” [art. 151, letra b), primer inciso]». Por ello, el parámetro de contraste de la Ley 8/2015 no puede ser en exclusiva la LBRL, sino que es preciso compatibilizar «esta dualidad de títulos competenciales (régimen local y organización territorial)». El propio Letrado del Parlamento propone llevar a cabo dicha «compatibilización» argumentando «en el sentido de que las bases del régimen local son operativas cuando se trata de la aplicación de los procedimientos administrativos generales que la legislación local establece para la alteración de términos municipales, pero no en cambio cuando se trata de resolver situaciones especiales y justificadas de naturaleza territorial adoptadas directamente por la ley, supuesto en el cual las bases estatales deben ceder su protagonismo a la competencia de la Generalitat del art. 151 del Estatuto», teniendo en cuenta además que las razones históricas han sido ya consideradas por el Tribunal para justificar regímenes especiales (por ejemplo el de las comarcas de Cataluña, en la STC 214/1989)».

En cambio, la Abogada de la Generalitat de Cataluña «no discute el encuadramiento competencial que lleva a cabo el Estado en su recurso, puesto que indudablemente la creación o restitución de un nuevo municipio se encuadra en la materia de régimen local». Ahora bien, la misma Abogada también «recuerda la doctrina del Tribunal [...] sobre el carácter “bifronte” del régimen local en el ordenamiento constitucional».

### **4. El ordenamiento jurídico admite la posibilidad de crear nuevos municipios mediante una ley singular**

La Abogada de la Generalitat de Cataluña explica que «las competencias normativas asumidas en materia de régimen local han sido ejercidas por la Generalitat aprobando su normativa propia de régimen local»<sup>18</sup>, la cual ciertamente contempla –«para la alteración de términos municipales»– «un procedimiento administrativo que culmina con un Decreto del Gobierno de la Generalitat». Pero dicha normativa autonómica, prosigue su argumentación la misma Abogada, «así como el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 88) e incluso la LBRL (art. 30 [...]), [también] permiten la posibilidad de que la alteración del territorio de un municipio pueda llevarse a efecto por medio de una ley atendiendo a sus características históricas, demográficas, geográficas, funcionales, organizativas y de capacidad de gestión». A su vez, el Letrado del Parlamento de Cataluña afirma, por un lado, que el art. 9 de la LBRL «no trata de prohibir la creación de nuevos municipios, sino de someter a todos ellos al régimen común y ordinario de organización, funcionamiento y actuación que

<sup>17</sup> Se trata de Montecorto (Decreto 135/2014, de 30 de septiembre; 667 habitantes), Dehesas Viejas (Decreto 140/2014, de 7 de octubre; 788 habitantes), Serrato (Decreto 167/2014, de 2 de diciembre; 516 habitantes), Játar (Decreto 62/2015, de 3 de febrero; 647 habitantes), Domingo Pérez de Granada (Decreto 105/2015, de 17 de marzo; 921 habitantes) y Balanegra (Decreto 144/2015, de 2 de junio; 2.562 habitantes) (Arroyo Yanes, 2014: 940-943).

<sup>18</sup> La Abogada de la Generalitat de Cataluña también menciona, aunque sin profundizar en ello, «que existe una “conexión” entre la competencia sobre las bases del régimen local atribuida al Estado (art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución) y la garantía institucional de la autonomía local del art. 137 de la Constitución, destacada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habiendo mostrado su conformidad con la segregación y constitución de la nueva entidad municipal los dos únicos Ayuntamientos afectados, Sant Julià de Ramis y Medinyà».

la propia LBRL regula»; y, por el otro, «que la Ley municipal general de Cataluña [...] no puede impedir al mismo legislador catalán aprobar una ley singular para la constitución de un municipio aun sin cumplirse los requisitos establecidos en aquella [...] si considera que hay razones objetivas para ello, como ocurre en este caso atendiendo a las razones históricas expuestas».

Para complementar esta argumentación, ambas representaciones procesales aluden también a «la doctrina del Tribunal sobre el alcance y límites de las leyes singulares, que deben someterse al canon “de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación” [...], y al de la tutela judicial efectiva». Así pues, la Ley 8/2015, teniendo en cuenta su carácter «singular», «no puede tacharse [...] –según el Letrado del Parlamento– de injustificada o arbitraria, ni, en definitiva, de inconstitucional», porque –como concluye la Abogada de la Generalitat– «el Parlamento de Cataluña ha atendido a las circunstancias excepcionales y únicas de Medinyà para restituirle su condición de municipio mediante una ley».

Todos estos motivos, según las representaciones letradas del Parlamento y de la Generalitat de Cataluña, avalan la constitucionalidad de la Ley 8/2015, por lo que solicitan la desestimación del recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno.

### **2.3. La decisión del Tribunal Constitucional**

El Pleno del Alto Tribunal, tras resumir como de costumbre las tesis de las partes en el FJ 1.º, hacer pivotar su razonamiento entorno sólo a dos premisas: en primer lugar, soluciona el «punto de partida capital para la resolución de este recurso», que es «el encuadramiento competencial de la decisión controvertida», dado que, si el art. 149.1.18.ª de la Constitución tuviese que «quedar desplazado de algún modo» por el art. 151 del Estatuto, «los motivos de inconstitucionalidad esgrimidos en el recurso, que están amparados únicamente en la contravención (mediata) de aquel precepto constitucional<sup>19</sup>, deberían ser directamente rechazados»; y en segundo lugar, atendido «el carácter incontrovertido del incumplimiento por el nuevo municipio del límite mínimo de población establecido en el art. 13.2 de la LBRL», entra a resolver «directamente» el segundo motivo del recurso formulado por el Gobierno.

#### **1. El «encuadramiento competencial» del litigio (FJ 2.º)**

A la luz de la «doctrina consolidada» del Tribunal Constitucional, «la determinación de los requisitos necesarios para la constitución de un nuevo municipio, que es lo que hace la Ley recurrida, forma parte del contenido de las bases del régimen local que corresponde establecer al Estado conforme al art. 149.1.18.ª de la Constitución». Así se declaró por primera vez en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, en relación con la «versión originaria» del art. 13 de la LBRL; por segunda vez, en la STC 103/2013, de 25 de abril, en relación con las modificaciones introducidas por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local; y, por tercera vez, en la STC 41/2016, de 3 de marzo, en relación con la introducción por la LRSAL de un mínimo de 5.000 habitantes para la constitución de municipios.

En cambio, el art. 151 del Estatuto de Autonomía de Cataluña «tiene un contenido distinto, y se refiere principalmente a la entidad que puede tomar esa decisión [de crear un nuevo municipio]; decisión que no por ello deja de estar sujeta a los requisitos establecidos válidamente en la legislación básica del Estado dictada al amparo del art. 149.1.18.ª de la Constitución». El Tribunal Constitucional recuerda, sobre este particular, lo que explicó en el FJ 94.º de la STC 31/2010, de 28 de junio, «al enjuiciar la constitucionalidad del citado art. 151 del Estatuto por su supuesto desconocimiento y vulneración del art. 149.1.18.ª de la Constitución»: «el art. 151 del Estatuto, bajo la rúbrica “Organización territorial”, reconoce a la Generalitat “la competencia exclusiva sobre organización territorial” –comienza la cita textual– [...]. En la letra a) se enuncian unas potestades (determinación, creación, modificación y supresión de las entidades que configuran la organización

---

<sup>19</sup> En la STC 108/2017, el Tribunal no llega a definir la denominada «inconstitucionalidad mediata o indirecta». Sí lo hace, en cambio, en la STC 109/2017, de la misma fecha que la que estamos estudiando: se trata de aquellos supuestos en los que «la posible infracción constitucional [deriva] no de la incompatibilidad directa de las disposiciones impugnadas con la Constitución, sino de su eventual contradicción con preceptos básicos estatales [...]. Según nuestra reiterada doctrina (por todas, STC 82/2017, de 22 de junio, FJ 5), para que dicha infracción constitucional exista será necesaria la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa» (FJ 2.º).

territorial de Cataluña) que no conllevan la regulación completa del régimen jurídico regulador de los entes locales que integran la organización territorial de Cataluña, sino que tienen por objeto decisiones concretas a través de las cuales la Generalitat determina, crea, modifica y suprime las entidades locales que han de componer dicha organización territorial, sin que ello impida la plena virtualidad de las bases estatales ex art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución [...]. A la letra b), que atribuye a la Generalitat diversas potestades sobre los términos de los municipios o entidades de ámbito territorial inferior, así como sobre su denominación, capitalidad, símbolos, topónimos y regímenes especiales, objetan los Diputados recurrentes los mismos vicios de inconstitucionalidad, siendo notorio que las facultades que se reservan a la comunidad autónoma tampoco conllevan la regulación completa de los aspectos indicados. Se trata también aquí de potestades concretas que materializan la configuración de los entes locales de Cataluña de acuerdo con las bases que, en su caso, pueda dictar el Estado».

De este modo «queda claro», concluye el Tribunal Constitucional, «el alcance de las competencias reguladas en ese art. 151 del Estatuto», así como «la plena sujeción de la decisión de crear un nuevo municipio a los requisitos establecidos en la normativa básica válidamente dictada por el Estado al amparo del art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución».

## 2. La vulneración del art. 13.2 de la LBRL (FJ 3.º)

El Tribunal Constitucional recuerda nuevamente, al iniciar la segunda parte de su razonamiento jurídico, que «tanto el preámbulo de la Ley recurrida en los términos antes vistos [...], como los representantes del Gobierno de la Generalitat y del Parlamento de Cataluña en sus escritos de alegaciones [...] reconocen expresamente que Medinyà no cumple con el requisito de población mínima establecido en el art. 13.2 de la LBRL».

Al tratarse de una «norma básica», como queda explicado suficientemente, «de acuerdo con el principio de separación o competencia», el art. 13.2 de la LBRL delimita el ámbito de actuación de la comunidad autónoma y, por tanto, también de su legislador. En consecuencia, siendo este art. 13.2 de la LBRL el precepto estatal de contraste ex art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución [...], la insalvable contradicción entre ese precepto básico y la decisión tomada por la comunidad autónoma (al amparo del art. 151 del Estatuto, ciertamente, pero sin respetar esa condición o requisito establecido válidamente por el Estado al amparo del citado art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución) debe conducir directamente a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà».

Al final de la STC 108/2017, el Tribunal Constitucional incluye un breve *obiter dictum* para desactivar –aunque no resolver– dos de los argumentos sostenidos por el Letrado del Parlamento de Cataluña y por la Abogada de la Generalitat de Cataluña. Sobre las «injusticias»<sup>20</sup> que se habrían cometido durante «los avatares que impidieron [...] la constitución del municipio de Medinyà», recuerda que «este Tribunal no puede entrar a conocer, ni revisar, procedimientos o resoluciones administrativas o judiciales [...] que denegaron la segregación y constitución de Medinyà como municipio separado de Sant Julià de Ramis [...], pues son decisiones ajenas a su jurisdicción y firmes». Asimismo, en relación con la inaplicación de la LRSAL «por tratarse de una norma posterior a la iniciativa para la segregación y creación del municipio de Medinyà», argumenta el Tribunal que, «aunque asumiera momentáneamente y a efectos meramente dialécticos el alegato de las partes comparecidas, no podría dejar de advertir que la mencionada LRSAL sí estaba en vigor cuando se inició la tramitación parlamentaria de la Ley recurrida [...] e incluso antes, cuando se aprobó la moción 153/X en el Pleno del Parlamento de 30 de octubre de 2014 que según el propio preámbulo de la Ley impugnada (apartado I) está en el origen de su tramitación y aprobación [...]. Por lo tanto, solo por ello perdería ya todo su sustento el alegato sobre la ultraactividad de la redacción anterior de la LBRL por ser la vigente en el momento de iniciarse el “procedimiento” que condujo a la constitución del municipio de Medinyà»<sup>21</sup> (FJ 3.º).

<sup>20</sup> El Letrado del Parlamento define textualmente la Ley 8/2015 como «una ley de reparación de un acto injusto». Más adelante afirma que la constitución de Medinyà como municipio independiente podría haberse materializado «de no haber mediado esa resolución “injusta” de la Generalitat de Cataluña anulada luego por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», como hemos visto, en su Sentencia núm. 807/2002, de 30 de octubre [antecedente 6.º, apartado a)].

<sup>21</sup> Cuando fue éste, precisamente, el fundamento de la doctrina mantenida por el Consejo Consultivo de Andalucía para permitir la segregación de seis nuevos municipios de menos de 5.000 habitantes tras la entrada en vigor de la LRSAL, cuestión a la que –como hemos visto– alude vagamente el Letrado del Parlamento de Cataluña en su escrito de alegaciones. En efecto, al informar el primero de estos expedientes, relativo a la localidad de Montecorto, dicho Consejo –en su Dictamen núm. 609/2014, de 24 de septiembre (FJ 2.º, apartado 2)– afirmó lo siguiente: «dado que la LRSAL no ha previsto ninguna disposición transitoria respecto de la normativa a aplicar

### 3. CONCLUSIONES

Los fundamentos y el fallo de la STC 108/2017, de 21 de septiembre<sup>22</sup>, son impecables. No dejan acaso oportunidad para la crítica por cuanto aplican categorías conceptuales bien delimitadas por la jurisprudencia constitucional: las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de régimen local, la función de las normas básicas y la doctrina de la inconstitucionalidad mediata o indirecta.

Podríamos decir, incluso, que la declaración de nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà era algo previsible, como de otra parte ya pareció presagiar el propio legislador catalán al conceder, mediante el apartado 2 de la disposición adicional 1.ª de la Ley anulada, un plazo de tres meses al Estado y a la Generalitat para que efectuasen una «valoración y ponderación» sobre la «excepcionalidad» del caso de Medinyà. Desgraciadamente, dicha negociación –caso de que llegara a producirse– no tuvo ningún éxito, por lo que hoy nos encontramos ante una Ley declarada nula por inconstitucional y, sobre todo, ante un nuevo municipio que dejó de existir el pasado día 31 de enero de 2018.

En atención a la ausencia de una normativa específica para este peculiar supuesto<sup>23</sup> y a la inexistencia de precedentes comparables<sup>24</sup>, el procedimiento seguido en fechas muy recientes para dar cumplimiento a la STC 108/2017 presenta un notorio interés<sup>25</sup>, por lo que dejaremos apuntados para acabar sus hitos más remarcables.

En sesión ordinaria celebrada el 29 de noviembre de 2017, la Comisión Gestora Municipal del Ayuntamiento de Medinyà aprobó inicialmente su propia disolución. En el mismo acuerdo también se fijó la fecha a partir de la cual surtiría efectos dicha disolución –31 de enero de 2018<sup>26</sup>– y se nombró una «comisión liquidadora», para «constatar» finalmente la consecuencia primordial de todo ello: la (re)agregación de Medinyà al municipio matriz de Sant Julià de Ramis, aunque sin observar los preceptos del Decreto 244/2007, de 6

---

a los procedimientos de creación o segregación [...], se considera que, en aras al principio de seguridad jurídica y de irretroactividad normativa, el criterio interpretativo debe ser el de que los procedimientos administrativos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL se resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de su iniciación», la cual –dicho sea de paso– sí permitía tales segregaciones. Esta posición, enormemente cautelosa y que fue contestada en el propio seno del Consejo Consultivo mediante la emisión de varios votos particulares, sería mantenida en lo sucesivo tanto para avalar otras segregaciones, a las que ya nos hemos referido, como para rechazarlas; este ha sido el caso, en efecto, de Fuente Carreteros (Dictamen núm. 299/2015, de 29 de abril), La Guisjarrosa (Dictamen núm. 426/2015, de 17 de junio) y San Martín de Tesorillo (Dictamen núm. 754/2015, de 18 de noviembre) (Pons-Portella, 2016: epígrafe 3.2).

<sup>22</sup> Publicada en el *BOE* núm. 247, 13 de octubre de 2017, Suplemento del Tribunal Constitucional, págs. 99.726-99.734. Un extracto con su fallo aparecería en el *DOG* núm. 7494, 14 de noviembre de 2017.

<sup>23</sup> El art. 3.1 del Decreto 244/2007, de 6 de noviembre, contempla sólo cuatro supuestos de alteración de términos municipales: agregación total, fusión, segregación parcial para constituir un municipio independiente y segregación parcial para agregarse a otro municipio. También se prevé, en el art. 3.2, la alteración para corregir «disfunciones territoriales» de art. 12.3 del TRLRMLC.

<sup>24</sup> El municipio murciano de Los Alcázares fue creado por Decreto 77/1983, de 13 de octubre, el cual sería declarado nulo por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de mayo de 1989. La Asamblea Regional de Murcia reaccionó inmediatamente aprobando la Ley 4/1989, de 28 de julio, que volvió a crear el sobredicho municipio con efecto retroactivo –según su art. 4– «al día 17 de octubre de 1983» (Gutiérrez Llamas, 1990: *passim*). En fechas más recientes, la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con su Sentencia núm. 11/2016, de 25 de enero (recurso contencioso-administrativo núm. 8/2014), ha anulado el Decreto Foral 46/2013, de 17 de diciembre, por el que se aprueba la segregación del núcleo de población de Igeldo perteneciente al municipio de San Sebastián y su constitución en un nuevo municipio independiente. Este Decreto, sin embargo, se hallaba suspendido desde el Auto de 12 de febrero de 2014, con el que la misma Sala tomó dicha medida cautelar precisamente para evitar que el municipio de San Sebastián tuviese, llegado el caso, que «reabsorber el núcleo de Igeldo ya para entonces creado en la práctica» (FJ 4.º) (Pons-Portella, 2016: epígrafe 3.1).

<sup>25</sup> Acrecido si cabe por la situación jurídico-política resultante del Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, para que la Generalitat de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general. Ciertamente, el art. 151 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su apartado b), le atribuye a la Generalitat la «competencia exclusiva» para «la creación, la supresión y la alteración de los términos tanto de los municipios como de las entidades locales de ámbito territorial inferior», pero tras el Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, dichas funciones han sido ejercidas por el Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Buena muestra de ello son el Real Decreto 1066/2017, de 22 de diciembre, por el que se aprueba la alteración de los términos municipales de Sant Just Desvern y de Esplugues de Llobregat; el Real Decreto 1067/2017, de 22 de diciembre, por el que se aprueba la alteración de los términos municipales de Sant Quintí de Mediona y de Mediona; el Real Decreto 1068/2017, de 22 de diciembre, por el que se aprueba la alteración de los términos municipales de Granera y de Gallifa; y el Real Decreto 1069/2017, de 22 de diciembre, por el que se deniega la alteración de los términos municipales de Lluçà y de Prats de Lluçanès.

<sup>26</sup> El mismo día también fue elegido para que se produjese «la efectividad del cese de actividad del juzgado de paz de Medinyà», de conformidad con el art. 2 de la Orden JUS/72/2018, de 29 de enero, por la que se dispone el traslado del Registro Civil y de todos los medios materiales del extinto Juzgado de Paz de Medinyà (Girona). Según su art. 1, dicho traslado es al Juzgado de Paz de Sant Julià de Ramis.

de noviembre. Así, la Comisión Gestora se limitó a conceder un plazo de 30 días –a contar desde la publicación del acuerdo<sup>27</sup>– para audiencia de «organismos y proveedores» y como trámite de información pública para los demás interesados. La disolución de la Comisión Gestora Municipal del Ayuntamiento de Medinyà sería aprobada definitivamente en una nueva sesión ordinaria verificada el 31 de enero de 2018, durante la cual también se adoptaron otros acuerdos complementarios: la liquidación patrimonial, la destinación del personal municipal y, entre algunos más, la sucesión universal del Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis en todos los bienes, derechos y obligaciones de Medinyà. Dicho acuerdo<sup>28</sup> contiene un pie de recurso, tanto para la vía administrativa –mediante una reposición (potestativa) que debería interponerse ante el Pleno del Ayuntamiento de Sant Julià de Ramis– como para la vía contencioso-administrativa. Sin embargo, no hay constancia, por el momento, de que el procedimiento seguido para la supresión del municipio de Medinyà, en cumplimiento a la STC 108/2017, haya sido impugnado.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMENÓS ÁLAMO, J. (2014): “El elemento territorial del municipio en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario del Gobierno Local 2013*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local. Instituto de Derecho Público.
- ALONSO MAS, M.ª J. (2014): “El nuevo régimen de las fusiones de municipios”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J., *Reforma del régimen local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: veintitrés estudios*, 297-328, Navarra, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- ARROYO YANES, L. M. (2014): “Incidencia general de la LRSAL sobre el régimen local de Andalucía”, en QUINTANA LÓPEZ, T., *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, 922-963, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BOIX PALOP, A. (2014): “Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época* (2). <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10199>.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2013): “Reforma de la Administración Local. Una oportunidad de modificar la planta municipal que no puede perderse”, *Revista Española de Derecho Administrativo* (157): 11-19.
- Esculín Palop, C. (2011): “La alteración de los términos municipales”, en MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho municipal*, II, 1.849-1.942, Madrid: lustel.
- GALÁN GALÁN, A. (2015): “La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época* (número extraordinario). DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0iExtra.10225>.
- GUTIÉRREZ LLAMAS, A. (1990): “Competencia para la creación, modificación y alteración de términos municipales: el caso de Los Alcázares. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 30 de mayo de 1989 y la intervención posterior del legislador)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (245): 147-168. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/reala.vi245.8632>.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2014): “El impacto de la reforma de la LRBRL en la Comunidad Valenciana”, en QUINTANA LÓPEZ, T., *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, 855-921, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MEDINA ALCOZ, L. (2017): “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local. Instituto de Derecho Público.
- MELLADO RUIZ, L. (2014): *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?* Granada: CEMCI.
- ORDUÑA REBOLLO, E. (2005): *Historia del municipalismo español*, Madrid: lustel.
- PONS-PORTELLA, M. (2016): “La población mínima de los nuevos municipios: estado de la cuestión tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época* (5). DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i5.10353>.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (2014): “Debate previo a la reforma de la legislación del Estado de Régimen Local”, en QUINTANA LÓPEZ, T., *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, 23-71, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.ª (2014): “Reforma local y derechos históricos: Navarra y País Vasco”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J., *Reforma del régimen local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: veintitrés estudios*, 117-152, Navarra, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.

<sup>27</sup> DOGC núm. 7.516, 14 de diciembre de 2017.

<sup>28</sup> DOGC núm. 7.560, 16 de febrero de 2018.

- SAN MARTÍN SEGURA, D. (2010): “La alteración de los términos municipales en La Rioja y la defensa de la autonomía local. Consideraciones a partir de la segregación del exclave de Somalo”, *Anuario Jurídico de La Rioja* (15): 219-299. Disponible en web: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/ajr/article/view/873/765> (consultado el 5 de noviembre de 2017).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord., 2014): *La reforma de 2013 del régimen local español*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014): “El nuevo régimen local general y su aplicación diferenciada en las distintas comunidades autónomas”, *Revista catalana de dret públic* (48): 1-23.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014): “La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J., *Reforma del régimen local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: veintitrés estudios*, 43-81, Navarra, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.

## Autores

### Authors

#### **ELOÍSA CARBONELL PORRAS**

Catedrática de derecho administrativo Universidad de Zaragoza, Escuela de turismo de Zaragoza de Derecho Administrativo en la Universidad de Jaén. Con anterioridad ha sido profesora en las Universidades de Córdoba y Complutense de Madrid. Sus líneas de investigación fundamentales son el Derecho Local y el Derecho del Transporte.

#### **MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO**

Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Jaén. Con anterioridad ha sido profesora en las Universidades de Córdoba y Complutense de Madrid. Sus líneas de investigación fundamentales son el Derecho Local y el Derecho del Transporte.

#### **MARÍA DEL MAR CARAZA CRISTÍN**

Titulada Superior de la Junta de Andalucía y profesora asociada doctora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Es autora de diversos artículos sobre: el acto administrativo; los procedimientos de revisión de oficio; la responsabilidad patrimonial administrativa; las fundaciones; y la vivienda protegida en Andalucía (relativos a los derechos de tanteo y retracto, el régimen de la descalificación, los planes municipales de vivienda y suelo, los registros públicos municipales de demandantes de vivienda protegida y a su función social). Asimismo, tiene publicadas las siguientes monografías: *La Cámara de Cuentas de Andalucía y el Procedimiento Administrativo Común*, Civitas (2002), y *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, INAP (2016).

#### **CARLO ALBERTO CIARALLI**

PhD in Constitutional Law – Doctor Europaeus, Universidad G. d’Annunzio Chieti – Pescara. Sus líneas de investigación se centran en el estudio comparativo de los Estados federales y regionales, las relaciones entre la Unión Europea, el Estado y las Regiones, los ordenamientos jurídicos italiano y español.

#### **GIANLUCA GARDINI**

Enseña Derecho administrativo y Derecho público de la información en la Universidad de Ferrara y es actualmente: Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara; Profesor estable de Derecho Administrativo en la Escuela de Postgrado en Estudios de Administración Pública (SP.I.S.A.) de la Universidad de Bolonia; Director Científico de la Revista *Le Istituzioni del Federalismo*; Defensor del pueblo de la región de Emilia Romagna. Fue Presidente de 2008 a 2013 del Comitato Regionale delle Comunicazioni (CORECOM) dell’Emilia Romagna.

**RAFAEL CANO SILVA**

Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Sevilla, Licenciado en Ciencias del Trabajo y Diplomado en Relaciones Laborales por la citada Universidad. Máster en Derecho Público. Funcionario del Cuerpo Técnico del Parlamento de Andalucía. En sus principales líneas de investigación están los Problemas actuales del Derecho Administrativo, en concreto la función pública parlamentaria. Publicaciones principales: “La participación directa de los promotores de las Iniciativas Legislativas Populares en su tramitación en las Comunidades Autónomas: El caso particular de la Comunidad Autónoma de Andalucía” (Revista andaluza de Administración Pública); “La mujer en el Parlamento de Andalucía: 30 años de representación política” (Publicación de I Congreso internacional sobre sustentabilidad, competitividad y género en las organizaciones); “El control político del Parlamento de Andalucía de las contabilidades de los Grupos parlamentarios y la financiación de los Partidos políticos” (Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica); “El mercado de trabajo femenino en Andalucía: La visión de la Cámara andaluza a lo largo de nueve legislaturas” (Revista Aequalitas: Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres).

**LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ**

Profesora Contratada Doctora desde septiembre de 2005 y acreditada por ANECA como Profesor Titular de Universidad desde junio de 2013. Cuenta con dos sexenios de investigación reconocidos por la CNEAI (2005-2010) y (2011-2016). Se licencia en Derecho por la Universidad de Jaén en junio de 2000 (número uno de la promoción 1996-2000, con varios premios) y en abril de 2001 obtiene una beca FPU del MECD. Presenta DOCTORADO EUROPEO, bajo el título Telecomunicaciones y Municipios, dirigida por el profesor Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, realizando estancias de investigación de larga duración en las Universidades alemanas de Colonia y Bochum. Sus líneas de investigación principales son: Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho Local y Servicios de Interés Económico General en Europa, que ha desarrollado en un grupo de investigación financiado por la Comunidad Autónoma de Andalucía (Andalucía y la Unión Europea. Participación institucional de la Comunidad Autónoma Andaluza en el proceso de desarrollo de la Unión Europea) y varios proyectos de investigación: uno, I+D+i del Plan Nacional del Ministerio de Ciencia e Innovación (Los intereses colectivos: representación y defensa ante la Administración y los tribunales. Las «otras» legitimaciones), otro, del que ha sido IP, de la Universidad de Jaén (El impacto de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el Derecho administrativo con carácter general y en el acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en particular). En la actualidad es IP del Proyecto I+D+i del Plan Nacional Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Andalucía (DER2016-74843-C3-3-R), que se enmarca en otro principal, dirigido por la profesora Carbonell Porras. Ha sido responsable de 5 proyectos de innovación docente financiados por la Universidad de Jaén desde el año 2005 hasta la actualidad. Ha desempeñado distintos cargos unipersonales en la Universidad de Jaén, en el Decanato de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, desde febrero de 2006 hasta 2014. Desde mayo 2015 es Vicesecretaria General.

**NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO**

Doctor en derecho por la Universidad de Zaragoza. Máster en práctica jurídica por la Universidad de Zaragoza, Máster en política territorial y urbanística por la Universidad Carlos III de Madrid y Diplomado técnico urbanista por el INAP. Actualmente es director de la Escuela de Turismo Universitaria de Zaragoza, vocal del Consejo de turismo de Aragón y miembro de su Comisión permanente. Sus líneas de investigación se centran en el turismo colaborativo, el turismo sostenible, la accesibilidad y la vivienda protegida.

**MIQUEL PONS PORTELLA**

Abogado con especial interés por el derecho administrativo y por el derecho público en general. Graduado en Derecho (itinerario de Derecho Público) por la Universitat Pompeu Fabra (2013), Máster en Abogacía por la Universitat Oberta de Catalunya (2016) y Máster en Derecho Canónico para Profesionales del Foro por la Universidad Pontificia de Salamanca (2017).