

## Artículos

- La obsolescencia de la idea de plan general  
*The obsolescence of the overall plan idea*  
JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN ..... 6
- Gobiernos locales en Canadá y en España: lejos, pero no tanto  
*Local governments in Canada and Spain: far, but not that much*  
FRANCISCO VELASCO CABALLERO ..... 22
- Consultas populares y entidades locales: a propósito de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía  
*Popular consultations and local entities: concerning the Regulation 7/2017, from 27<sup>th</sup> december, about Andalusian Citizen's Participation*  
INMACULADA RUIZ MAGAÑA ..... 47

## Estudios breves

- La adscripción provisional como forma de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera  
*Provisional assignment as a way of provision of jobs for career civil servants*  
AGUSTÍN JUAN GIL FRANCO ..... 75
- Excedencia voluntaria por interés particular en la función pública local: el reintegro al servicio activo  
*Voluntary leave on personal grounds in the local civil service: return to active duty*  
MAURICIO RUIZ CENICEROS ..... 93

## Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- Castilla y León vacía (vaciada): esperando a Ulises  
*Castilla y León empty: waiting for Ulises*  
SANTIAGO A. BELLO PAREDES ..... 110
- El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el ciclo político: incidencia económica desde una doble perspectiva  
*The Tax on Capital Transfers and Documented Legal Acts and the political cycle: economic incidence from a double perspective*  
M.<sup>a</sup> ÁNGELES ORTEGA ALMÓN / TERESA JESÚS VÍLCHEZ ORTIZ / ARACELI ROJO GALLEGO-BURIN ..... 131

## Recensiones

- PONCE SOLÉ, Juli; MIGLIARI, Wellington; CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar (coords.): *El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano: desafíos transnacionales y transdisciplinarios de la gobernanza en la Nueva Agenda Urbana*  
PONCE SOLÉ, Juli; MIGLIARI, Wellington; CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar (coords.): *El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano: desafíos transnacionales y transdisciplinarios de la gobernanza en la Nueva Agenda Urbana*  
NOEL ARMAS CASTILLA ..... 152



# reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **13**  
Nueva época  
Abril-Septiembre, **2020**



ISSN: 1989-8975  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i13>  
<https://inap.es>  
<https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA>

**Director del INAP:** Mariano Fernández Enguita  
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

**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: 278-19-015-5  
Depósito legal: M-1.582-1958

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

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

### CONSEJO DE REDACCIÓN

José María Baño León (Director), Universidad Complutense de Madrid (España). Manuel Rebollo Puig, Universidad de Córdoba (España). José Carlos Vieira de Andrade, Universidad de Coímbra (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). Lucía Alarcón Sotomayor (Secretaría), Universidad de Córdoba (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 Cobrerros 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 (abril-octubre) 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 obsolescencia de la idea de plan general

*The obsolescence of the overall plan idea*

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN ..... 6

#### Gobiernos locales en Canadá y en España: lejos, pero no tanto

*Local governments in Canada and Spain: far, but not that much*

FRANCISCO VELASCO CABALLERO ..... 22

#### Consultas populares y entidades locales: a propósito de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía

*Popular consultations and local entities: concerning the Regulation 7/2017, from 27<sup>th</sup> december, about Andalusian Citizen's Participation*

INMACULADA RUIZ MAGAÑA ..... 47

### Estudios breves

#### La adscripción provisional como forma de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera

*Provisional assignment as a way of provision of jobs for career civil servants*

AGUSTÍN JUAN GIL FRANCO ..... 75

#### Excedencia voluntaria por interés particular en la función pública local: el reingreso al servicio activo

*Voluntary leave on personal grounds in the local civil service: return to active duty*

MAURICIO RUIZ CENICEROS ..... 93

### Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

#### Castilla y León vacía (vaciada): esperando a Ulises

*Castilla y León empty: waiting for Ulises*

SANTIAGO A. BELLO PAREDES ..... 110

#### El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el ciclo político: incidencia económica desde una doble perspectiva

*The Tax on Capital Transfers and Documented Legal Acts and the political cycle: economic incidence from a double perspective*

M.<sup>a</sup> ÁNGELES ORTEGA ALMÓN / TERESA JESÚS VÍLCHEZ ORTIZ / ARACELI ROJO GALLEGO-BURIN ..... 131

## Recensiones

PONCE SOLÉ, Juli; MIGLIARI, Wellington; CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar (coords.): *El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano: desafíos transnacionales y transdisciplinarios de la gobernanza en la Nueva Agenda Urbana*

PONCE SOLÉ, Juli; MIGLIARI, Wellington; CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar (coords.): El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano: desafíos transnacionales y transdisciplinarios de la gobernanza en la Nueva Agenda Urbana

NOEL ARMAS CASTILLA ..... 152

**Autores** ..... 157



## La obsolescencia de la idea de plan general

### *The obsolescence of the general plan idea*

*A Ángel Menéndez Rexach con motivo de su jubilación*

José María Baño León

Universidad Complutense de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9379-1336>

[jmb@banoleon.com](mailto:jmb@banoleon.com)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Es autor de numerosas publicaciones en el campo del Derecho Público, que abarcan campos tan diversos como la organización territorial del Estado, las fuentes del Derecho, el Derecho Urbanístico, el Derecho de la competencia y el Derecho Público.

---

#### RESUMEN

La noción de plan general que contienen todas las leyes de las Comunidades Autónomas está obsoleta porque no responde a las necesidades públicas. El trabajo propugna una nueva visión jurídica de la planificación desligada de la asignación de derechos y acorde con las tendencias predominantes del derecho comparado.

#### PALABRAS CLAVE

Petrificación del planeamiento; plan estratégico; plan operativo; flexibilidad; igualdad.

---

#### ABSTRACT

The notion of general zoning regulations that all regional laws contain is obsolete as it does not respond to public needs. This paper proposes a new approach to land planning away from the traditional allocation of rights and duties in accordance to the preeminent trends in comparative law.

#### KEYWORDS

Petrification of the planning regulations; Strategic Plans; Implementing Plans; Flexibility; Equality.

#### SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LOS PRESUPUESTOS DEL PLAN GENERAL. 1. RIGIDEZ DE PLANEAMIENTO. 2. LA LÓGICA DE LA PLANIFICACIÓN JERÁRQUICA. 3. LA ASIGNACIÓN EN EL PLAN GENERAL DE DERECHOS EDIFICATORIOS. 4. LA EXACERBACIÓN DE LA IDEA DE IGUALDAD. III. LA DESAPARICIÓN DE LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y LA PROGRESIVA ELIMINACIÓN DE LOS OBSTÁCULOS JURÍDICOS A LA FLEXIBILIDAD EN EL PLANEAMIENTO. 1. OTRO MUNDO QUE REQUIERE OTRO TIPO DE PLANES. 2. APARICIÓN DE UNA ORDENACIÓN URBANÍSTICA SUPRAMUNICIPAL QUE EXCEDE LA SIMPLE ORDENACIÓN TERRITORIAL. 3. CAMBIOS EN LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL

PLANEAMIENTO. EN PARTICULAR LA LEY DE SUELO DE 2007. A) La evolución del concepto de Plan General en la legislación autonómica. B) La apertura de la legislación estatal a la flexibilidad. IV. CONCURENCIA DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS NORMATIVAS QUE OBLIGAN A CAMBIAR. A) LA IRRUPCIÓN DE LA EVALUACIÓN ESTRATÉGICA DE PLANES Y PROGRAMAS. B) COMPLEJIDAD DEL REPARTO DE COMPETENCIA. V. HACÍA UNA NUEVA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL PLANEAMIENTO. 1. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA. 2. MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PLANES. 3. LOS INSTRUMENTOS ESTRATÉGICOS Y ENTRE ELLOS EL PLAN GENERAL, NO ASIGNAN DERECHOS. 4. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO YA NO ES NECESARIA. 5. EL RÉGIMEN TRANSITORIO. VI. LA VIABILIDAD DE UNA REFORMA DE LAS LEYES URBANÍSTICAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE IMPLANTEN ESTA NUEVA CONCEPCIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. PLANTEAMIENTO

El título de este trabajo es suficientemente descriptivo, creemos, de la tesis que encierra: el Plan General que, con variantes significativas, luce en la legislación de las Comunidades Autónomas, heredero directo de la LS 1956 y TRLS 1976, resulta inservible para las necesidades del actual urbanismo. Expondremos, a continuación (II) los presupuestos del PG 1956. Reseñaremos después (III) las razones que explican la desaparición de aquellos fundamentos, (IV) las nuevas circunstancias que han contribuido a su obsolescencia y (V) ensayaremos cuáles debieran ser las líneas maestras del régimen jurídico de un planeamiento urbanístico moderno, así como las reformas legales que debieran acometerse (VI).

## II. LOS PRESUPUESTOS DEL PLAN GENERAL

### 1. Rigidez de planeamiento

La LS 1956 partió de un concepto rígido de planeamiento en virtud del cual se podía tener un «documento cerrado, estático y acabado», imagen anticipada de la ciudad en el año horizonte y limitado a los aspectos físicos del proceso de urbanización que, como decía la Exposición de Motivos de la LS 1975, «respondía a una noción superada ya desde una perspectiva teórica y que se revela en la práctica como incapaz de dirigir el proceso urbano con la dinámica que exigen las actuales circunstancias». Palabras de 1975 –que bien pudieran repetirse hoy– que no encontraron un eco idóneo en la Ley de 1975 y TRLS 1976, pues lejos de flexibilizar el planeamiento, el sistema siguió siendo particularmente rígido.

La idea era que el Plan General podía prever los desarrollos futuros de la ciudad programando sus etapas y dejando, a partir de la LS75, un espacio abierto para el suelo urbanizable no programado. Esta concepción era coherente con un urbanismo de expansión imprescindible en España desde finales de la década de los 50 del siglo pasado, época en la que se produce de forma masiva el proceso de traslado de la población del campo a la ciudad, lo que unido al «boom» de la natalidad hace necesario la expansión de las urbes. Los éxitos y fracasos de este urbanismo no nos interesan en este momento, pero de lo que no cabe duda es de que el legislador intentó dar una respuesta coherente con la técnica de planificación a un problema gravísimo y que demandaba respuestas rápidas.

### 2. La lógica de la planificación jerárquica

En el plano puramente jurídico el esquema de la planificación respondía a una lógica indudable, dentro de un Estado fuertemente centralizado. Las grandes líneas maestras de la política urbanística se fijarían en un Plan Nacional que nunca llegó a realizarse. A escala provincial y municipal existirían Planes Generales. Y a partir de la LS 1975 los planes provinciales se sustituyen por Planes Directores Territoriales de Coordinación que tampoco lograron llegar a las páginas del diario oficial correspondiente.

La ausencia de planeamiento supramunicipal sobrecargó al Plan General, en la medida en que no tenía un planeamiento por encima que estableciera las líneas maestras de ordenación del territorio. De modo que durante décadas el Plan General constituyó la única ordenación territorial del municipio, desconectado de los municipios limítrofes y de una visión integral del territorio, que fue sustituida por la planificación sectorial de cada Ministerio y a la que se sumó después de la Constitución la planificación sectorial de cada Comunidad Autónoma.

Esta visión universal del Plan General se veía reforzada por la jerarquía de los planes. El Plan General se desarrolla en el suelo urbanizable por Planes Parciales y Programas de Actuación Urbanística. Solo en el suelo urbano consolidado se abrió la idea contraria, es decir, que el Plan especial de Reforma interior podía modificar el Plan General en la medida que fuera necesario para conseguir sus finalidades. Con esta excepción, que fue consagrada por la jurisprudencia, cualquier modificación que pretendiera llevar a cabo el Plan Parcial general del planeamiento, exigía la modificación del Plan General. Otro factor de enorme rigidez.

### 3. La asignación en el Plan General de derechos edificatorios

Tanto la LS 1956 como el TRLS 1976 reconocen que corresponde al Plan General la asignación de derechos edificatorios. En el TRLS 1976 esa competencia se amplía, puesto que es el Plan General, no el Plan Parcial, quien determina los criterios que hacen posible el aprovechamiento urbanístico en los planes parciales. Lo cual supone que el Plan establece el contenido del derecho de propiedad *ex ante*, no en atención a las necesidades públicas de cada Plan Parcial sino de acuerdo con una visión rígida que el propio Plan General está obligado a hacer. Esto constituye una visión excepcional en el panorama jurídico occidental, como acertó a expresar lúcidamente J. García Bellido<sup>1</sup>. Obviamente la elaboración del Plan General se convierte así en el campo de batalla de los intereses públicos y privados dificultando enormemente la formación de los planes. Como además es el Plan General el que clasifica el suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable y de esa clasificación, según la ley, depende el estatus del propietario y las valoraciones del suelo, cualquier modificación del planeamiento supone una afectación a derechos patrimoniales privados lo que condiciona enormemente la política urbanística.

Ni que decir tiene que el Plan General ata todo el desarrollo urbanístico futuro. Cualquier cambio de circunstancias obliga a la modificación del Plan General, que tampoco es libremente cambiable por el planificador, pues la ley obliga a la revisión completa del Plan si el cambio afecta a los elementos esenciales<sup>2</sup>.

### 4. La exacerbación de la idea de igualdad

La lógica jurídica que está detrás del TRLS 1975 culmina en un tratamiento rigurosamente original, del principio de igualdad, sin comparación en su extensión, en el resto de occidente. El Plan General a través de la figura del aprovechamiento medio supone una igualación sustancial entre propietarios del suelo urbanizable (no así del suelo rústico, que no son agraciados con derechos edificatorios) mediante la conocida técnica del aprovechamiento medio, de manera tal que no puede haber diferencias de aprovechamiento entre planes parciales que superen el 15%. Aún más, en el suelo urbano consolidado, se limitan también tratamientos específicos mediante la técnica de la prohibición de vinculaciones singulares, que en todo caso son indemnizables. Otro formidable obstáculo para la ordenación, sobre todo en la ciudad consolidada.

## III. LA DESAPARICIÓN DE LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y LA PROGRESIVA ELIMINACIÓN DE LOS OBSTÁCULOS JURÍDICOS A LA FLEXIBILIDAD EN EL PLANEAMIENTO

### 1. Otro mundo que requiere otro tipo de planes

Comparar la realidad económica y social de 1976 con la de 2019 es bien sencillo: se trata de otro mundo, en el que el proceso tecnológico ha llevado la innovación a velocidades, no ya de vértigo sino al menos, subsónicas. Lo que significa a nuestros efectos: las necesidades de la ordenación de la ciudad cambian a muchísima más velocidad que lo hacía hace sólo veinte años, no digamos nada si la cifra que se toma de referencia es la de 1975-1976. Se requeriría, pues, de un planeamiento mucho más abierto y ágil. Como

<sup>1</sup> "La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo", *Documentación Administrativa*, núms. 252-253, pág. 11 y ss.

<sup>2</sup> Esta también es una característica típica del derecho urbanístico español que desmiente la identificación jurídica entre plan y norma. Arranca del art. 154 del Reglamento de Planeamiento de 1976, y no sólo ha sido mantenida en la legislación de todas las Comunidades Autónomas, sino que el Estado lo ha utilizado para imponer supletoriamente en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 8/2007, un límite a la utilización de modificaciones parciales del planeamiento general que excedieran del veinte por ciento de aumento de la población o de suelo urbanizable.



luego veremos, la respuesta jurídica actual es mucho menos eficiente que en 1976, ya que a los defectos de la planificación ha venido a sumarse otros factores jurídicos como la Directiva de Evaluación Estratégica de Planes y Programas.

En lo que se refiere estrictamente al hecho urbano, no puede compararse la situación. Por una parte, porque el crecimiento poblacional se ha ralentizado, sin perjuicio, de problemas puntuales derivados de la concentración en algunas grandes ciudades. Por otra parte, en algunas ciudades se ha llegado a la imposibilidad física de expansión horizontal. De hecho, la revisión de la mayoría de los planes desde la crisis de 2007 ha sido en el sentido de ampliar el suelo no urbanizable y desclasificar suelo urbanizable, proceso que ya había anticipado las Comunidades Autónomas de Canarias y Baleares limitando el crecimiento turístico y residencial.

La misma existencia de un plan urbanístico, totalizador, capaz de planificar la realidad de la ciudad a cuatro u ocho años vista, parece hoy algo imposible, incluso si seapura, anacrónico, ya que responde a una ideología ilusoria sobre las posibilidades de previsión de la Administración. No es que haya que abandonar la concepción global de la ciudad y el territorio, pero hay que entender que dicha reflexión no puede ser estática sino dinámica, no puede ser rígida, sino flexible o en los términos de Ezquiaga<sup>3</sup> la idea de plan debe ser heurística y no holística. Al abordar las propuestas de reforma, volveré sobre esta cuestión.

## 2. Aparición de una ordenación urbanística supramunicipal que excede la simple ordenación territorial

Uno de los fenómenos más singulares de nuestro derecho urbanístico en los últimos quince años es la aparición de instrumentos de ordenación urbanística de las Comunidades Autónomas que claramente condicionan el campo propio del urbanismo municipal y del Plan General.

Al socaire de la competencia general sobre ordenación del territorio y urbanismo, las Comunidades Autónomas se han lanzado a establecer medidas de ordenación, incluso de planificación, por dos vías:

1.<sup>a</sup> A través de planes supramunicipales de muy variado tipo.

2.<sup>a</sup> Mediante la previsión de instrumentos excepcionales que corresponden aprobar a las Comunidades Autónomas, pensados, en general, para grandes proyectos que dejan en entredicho la existencia misma de una planificación general.

El Tribunal Constitucional ha respetado sin ambages los planes supramunicipales, puesto que nada en la Constitución impide que las Comunidades Autónomas puedan aprobar este tipo de instrumentos. Por el contrario, ha puesto algunos límites a los proyectos excepcionales cuando éstos pueden suponer una reclasificación de suelo protegido por planes de carácter general o no dejar espacio alguno a la autonomía local<sup>4</sup>.

En todo caso resulta indudable que, con las limitaciones expuestas, derivadas de la jurisprudencia constitucional, el ámbito propio del Plan General se ve reducido por estos planes urbanísticos autonómicos que llegan a veces a un grado de detalle propio de un plan parcial. Veamos algunos ejemplos:

En Canarias, los Planes Insulares de Ordenación clasifican suelo y establecen zonificaciones en determinados ámbitos ya desde su original configuración como Plan Insular de Ordenación Territorial (Ley 1/1987 de Planes Insulares) que fue aceptada expresamente por el Tribunal Supremo y que luego se ha reiterado respecto a figuras equivalentes. Véase entre otras muchas la STS 171/2013, de 23 de enero, *Plan de Ordenación*

<sup>3</sup> “¿Cambio de estilo o cambio de paradigma? Reflexiones sobre la crisis del planeamiento urbano”, *Urban*, núm. 2 (1998). Son muchas las denuncias sobre el insatisfactorio estado de nuestro planeamiento. Véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2017): “El contencioso urbanístico y su necesaria reforma”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 203, págs. 137-162. PAREJO ALFONSO, L. J. (2017): “El Plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza”, en *Práctica Urbanística*, núm. 144. Añadir después de 144. PAREJO ALFONSO, L. J. (2020): “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el Plan”, en *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, vol. 1, págs. 7-40. BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2017): “El plan urbanístico en ruina: un esbozo de reconstrucción”, en *Práctica Urbanística*, núm. 144. ROGER FERNÁNDEZ, G. (2017): “Conveniencia y oportunidad de una nueva concepción en contenido y objeto de los Planes Generales de Ordenación Urbana”, en *Práctica Urbanística*, núm. 144. VAQUER CABALLERÍA, M. (2018): “La potestas diabólica. Los retos y debilidades del planeamiento urbanístico en el derecho español”, en *Planur-e*, núm. 12, Invierno 2108. BENABENT-FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M. (2019): “La insostenible rigidez del Plan General Urbanístico. La necesidad de un cambio de modelo”, en *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, vol. LI, núm. 201, págs. 451-466. Creemos que todas estas reflexiones parten de una idea generalizada desde hace décadas, el planeamiento debe ser más flexible.

<sup>4</sup> Vid. STC 57/2015, *Ley Plan Ordenación del Litoral de Cantabria*, que anula los arts. 45.3 y 51.3 y el apartado 2.º de la Disposición Transitoria Octava de la Ley 3/2004 del Parlamento de Cantabria.

*Urbanística del Sistema Costero*, en Cataluña. Dígase lo mismo de los Planes Insulares Territoriales en Baleares. En Comunidades peninsulares, además del aludido Plan Catalán, por ejemplo, destaca en Andalucía, los Planes de Ordenación Territorial, los Planes Subregionales o el Plan de Protección del Corredor Litoral<sup>5</sup>.

Se mire como se mire la distinción conceptual entre ordenación del territorio y urbanismo puede ser nítida en la teoría en la medida en que la primera competencia es más amplia que la segunda, pero en la práctica dista de estar clara<sup>6</sup>. Además de los diversos instrumentos para actuaciones estratégicas de las Comunidades Autónomas hay muchos planes elaborados por los entes autonómicos, Cabildos o Consejos Insulares, que mantienen determinaciones estrictamente urbanísticas como la clasificación de suelo o la zonificación tal como hemos visto y, por otra parte, hay normas no típicamente urbanísticas que inciden directamente en el urbanismo cuando no generan una gran confusión. Así, por ejemplo, la zona de servidumbre del dominio público marítimo-terrestre comporta la prohibición de cualesquiera «edificaciones destinadas a residencia o habitación» (art. 25.1.a) Ley de Costas); en la zona de influencia que como mínimo es de 500 metros (art. 30.1.b) Ley de Costas): «Las construcciones habrán de adaptarse a lo establecido en la legislación urbanística. Se deberá evitar la formación de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, sin que, a estos efectos, la densidad de edificación pueda ser superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el término municipal respectivo». Lo que constituye una norma típicamente urbanística impuesta por una Ley del Estado, aunque el Tribunal Constitucional la justificó por su finalidad ambiental casi de manera apodíctica (*cfr.* FJ 3, H, STC 149/1991, *Ley de Costas de 1988*).

### 3. Cambios en la concepción jurídica del planeamiento. En particular la Ley de Suelo de 2007

#### A) La evolución del concepto de plan general en la legislación autonómica

Desde la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística Valenciana de 1994 (LRAU), los legisladores autonómicos han tratado de dar cierta elasticidad al Plan General. Siguiendo la línea marcada por la LRAU valenciana hoy es común distinguir entre la ordenación estructural del plan y la ordenación pormenorizada. La primera forma parte de la esencia del Plan, y por tanto, su modificación debe hacerse modificando el plan mismo, mientras que la segunda es susceptible de modificación mediante plan parcial, ya que se trata de determinaciones de detalle que no ponen en cuestión la estructura misma del Plan General. Lo cual supone asimismo la ruptura de la rígida jerarquía entre los planes, ya que el plan parcial puede modificar el Plan General respecto de la ordenación pormenorizada.

Ahora bien, la incidencia flexibilizadora de esta distinción depende mucho de los contenidos concretos de lo que se considera estructural y en esa medida el hecho de que la legislación autonómica considere estructural la clasificación del suelo, la determinación del aprovechamiento urbanístico e incluso usos y edificabilidades globales en suelo urbano merman dinamismo a la distinción<sup>7</sup>, pues cualquier decisión que altera aquellos parámetros obliga a una reforma, en rigor, revisión del plan. En algún caso la idea de flexibilizar el Plan General para permitir su más fácil modificación da lugar a un proceso más complejo. Así la idea de la LOTUP valenciana de reducir los aspectos estructurales del Plan ha llevado al legislador a establecer dos Planes Generales, el estructural de aprobación de la Comunidad Autónoma y el pormenorizado de aprobación local. Lo cual complica extraordinariamente la renovación de los planes, porque cuando se afecta a la ordenación

<sup>5</sup> RANDO BURGOS, E. (2019): *Legislación e Instrumento de la Ordenación del Territorio en España*. Madrid: Iustel, ha hecho un documentado examen de toda la legislación autonómica y su aplicación práctica que revela la multiplicidad y complejidad de la planificación territorial.

<sup>6</sup> Vid. AGUDO GONZÁLEZ, J. (2011): "La transformación urbanística del suelo no urbanizable: proyectos territoriales de interés autonómico y reservas de suelo", en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 89, págs. 15-54, MARCOS VAQUER CABALLERÍA: "El urbanismo supramunicipal", *RDUYMA*, núm. 79 (2013); "La ordenación del territorio y su relación con el urbanismo; configuraciones y desconfiguraciones legales desde 1956 hasta hoy", GIFRAU/BASSOLS/MENENDEZ, *El derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudio en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, INAP, Madrid 2016, págs. 417-420. A. MENÉNDEZ REXACH: "Ordenación del territorio supramunicipal y urbanismo municipal: una distinción imposible a la vista de las actuaciones de interés regional", en GIFRAU/BASSOLS/MENENDEZ, *op. cit.*, págs. 367 y ss.

<sup>7</sup> Sin ánimo exhaustivo, véase la ley andaluza (LOUA), art. 10.1; País Vasco, Ley 2/2006, art. 53; Navarra, arts. 49 y 60, Texto Refundido Ley Foral Ordenación del Territorio y Urbanismo, aprobado por Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio; Valencia, LOTUP, Ley 5/2014, de 25 de julio, art. 37. Debe mencionarse aquí como excepción para el suelo urbano, los Planes Especiales de Dotación Urbana de Navarra que permiten modificar tanto las determinaciones pormenorizadas como las estructurales, pese a ser aprobadas por los municipios. Sobre esta discutida cuestión, *cfr.* RAMÍREZ SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup> (coord.) (2017): *Un nuevo modelo de planeamiento urbanístico y gestión del suelo en Navarra*, págs. 47-49. Tudela: Deurban Abogados.

estructural hay que reformar dos planes, en vez de uno, con toda su compleja tramitación. Tampoco el hecho de que la intervención de la Comunidad Autónoma se articule a través de un informe y no de la aprobación definitiva del Plan General, como es el caso de la Ley 4/2017, de Canarias, influye en la flexibilidad de los planes.

Acaso la mala experiencia de la Ley Valenciana de 1994, luego sensiblemente modificada, de grandes reclasificaciones de suelo operadas mediante reformas *ad hoc* del Plan General haya podido influir en el mantenimiento en todas las Comunidades Autónomas de un planeamiento rígido. Y de hecho la legislación estatal salió al paso de esta tendencia abusiva en la Ley 8/2007 mediante la incorporación de una Disposición Transitoria Cuarta, que limita las reclasificaciones de suelo no urbanizable al veinte por ciento de la población o de la superficie de suelo urbanizado del municipio.

Debe notarse, no obstante, que este fenómeno absolutamente excepcional en un contexto de euforia económica, que hoy sería difícilmente factible a juzgar por la obligación de evaluación ambiental estratégica y de los estándares ambientales actuales, no justifica el mantenimiento de una planificación rígida, que con tal grado no conoce parangón en el contexto europeo. Basta pensar que tal planeamiento rígido no ha impedido, y en muchos casos ha coadyuvado, a un urbanismo expansivo poco respetuoso con el entorno ambiental para comprender que *per se* no hay relación entre la naturaleza del plan y sus efectos ambientales. Por no hablar de la indisciplina urbanística, fenómeno escandaloso en un Estado de Derecho y que se ha tolerado sin disimulo en muchas Comunidades Autónomas, donde no ha sido insólita la proliferación de urbanizaciones ilegales<sup>8</sup>. Hasta el punto de que en algún caso sale a cuenta la urbanización y edificación ilegales frente al riguroso cumplimiento de la ley, cuando hubiera resultado bien sencillo erradicar estas prácticas mediante el expediente de declarar imprescriptible la potestad de restauración de la legalidad urbanística<sup>9</sup>. Es el contenido del plan, debidamente evaluado, y no en último lugar las preferencias sociales manifestadas a través de la legitimación democrática de la Administración y de la participación popular, los que llevan a uno u otro urbanismo. De lo que aquí estamos tratando es de que la concepción político-urbanística predominante en una comunidad pueda llevarse a la práctica y pueda adaptarse el planeamiento anterior en un plazo razonable a las nuevas exigencias ambientales, sociales y económicas. Estamos hablando de impedir la petrificación del plan, consolidando situaciones contrarias al interés público, pues de la misma manera que el TC ha proclamado enérgicamente desde la Sentencia 8/1982, *Arrendamientos Rústicos*, la competencia del legislador para innovar el ordenamiento, no cabe duda de que la planificación debe poder adecuarse en un plazo razonable al interés público. Actualmente eso no es posible en nuestro urbanismo. Hacerlo factible debe ser el *desiderátum* de cualquier reforma, como luego desarrollaremos.

## B) La apertura de la legislación estatal a la flexibilidad

No es de extrañar, que la Ley de Suelo 2007, junto a la entronización del principio de desarrollo urbano sostenible, introduzca técnicas dirigidas a eliminar las rigideces estructurales de carácter eminentemente jurídico condicionante de los planes. Aunque la Exposición de Motivos invoque el carácter urbanístico de la clasificación para justificar la desaparición del eje central del urbanismo español desde la Ley de 1956, lo cierto es que el legislador optó deliberadamente por prescindir de una técnica que el Tribunal Constitucional consideró que podía utilizar el Estado para ordenar los derechos y deberes básicos de los propietarios<sup>10</sup>. La

<sup>8</sup> Vid. numerosos ejemplos en MORENO LINDE, M. (2016): *El régimen jurídico de la regularización urbanística*, págs. 177-191. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>9</sup> BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2009): *Derecho Urbanístico Común*, págs. 515-521. Madrid: Iustel

<sup>10</sup> Así lo respaldó la STC 61/1997, TRLS 1992, FJ 14, 61, que se expresa en los siguientes términos: «El art. 3.2.c) TRLS admite una diversa clasificación del suelo por parte del legislador autonómico, aunque exige equivalencia en las clasificaciones, dado que, como alega el Abogado del Estado, tal equivalencia es condición básica para la igualdad en los derechos y deberes inherentes a la propiedad urbanística (art. 149.1.1.º CE). Lo que el precepto establece, en efecto, no es más que el presupuesto de la misma propiedad del suelo, fijando tres posibles clasificaciones, de las que se derivará un régimen jurídico también distinto. Sin esta clasificación previa que, como hemos afirmado, encaja en el art. 149.1.1.º CE, no sería posible regular condición básica alguna del ejercicio del derecho de propiedad urbana que aquel precepto reserva al Estado, puesto que constituye la premisa, a partir de la cual se fijan tales condiciones básicas. Cabe añadir que la citada clasificación constituye también el presupuesto lógico-jurídico para la aplicación del entero sistema de valoraciones a efectos indemnizatorios, por lo que entronca con la determinación del presupuesto de hecho que permita el ejercicio de la competencia estatal en la materia (art. 149.1.18.º CE). Ha de rechazarse, en consecuencia, la impugnación dirigida contra el art. 3.2.c) TRLS en cuanto que esta clasificación no implica la prefiguración por el legislador estatal de modelo urbanístico alguno, pues el único contenido imperativo del precepto consiste en deferir al titular de la potestad de planeamiento la división del ámbito territorial municipal en todas o algunas de las siguientes hipótesis básicas: suelo consolidado urbanísticamente, suelo apto para el proceso urbanizador y suelo preservado de tal proceso; supuestos básicos a los solos efectos de anudar determinadas facultades dominicales y unos criterios de valoración a su vez básicos del derecho de propiedad urbana. Como luego habrá ocasión de explicitar respecto del

intención del legislador estatal es muy clara, eliminar prácticamente el valor especulativo del suelo urbanizable, ya que a efecto de expropiaciones solo existen dos situaciones básicas, suelo rural y suelo urbanizado<sup>11</sup>. Esta decisión del legislador permite también a las Comunidades Autónomas un amplísimo margen, incluso para dar un giro copernicano a la planificación, pero las Comunidades Autónomas hasta el momento no lo han utilizado y siguen atadas a la clasificación del suelo.

La Ley de Suelo de 2007, que sigue en este punto a la LS 98, cambia también la orientación que tenía el TRLS 1976 del principio de equitativa distribución de beneficios y cargas. Desde la LS98 (art.5) la equidistribución se predica de la «actuación urbanística» y no del plan: derecho a participar en la ejecución de las actuaciones de nueva urbanización en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas (art. 13.2.c TRLS 2015; art. 14.b) TRLS 2015, para las actuaciones de reforma o renovación)<sup>12</sup>. La reducción de la igualdad entre propietarios al seno de cada actuación ha sido respaldada por el TC en términos rotundos. Ya lo hizo la STC 164/2001, a propósito de la LS 98:

«El mandato de equidistribución “en cada actuación urbanística” es la forma mínima y elemental de garantizar la igualdad entre propietarios. Las desigualdades en beneficios y cargas urbanísticas derivadas del planeamiento son tanto más patentes cuanto mayor es la proximidad y similitud física entre las distintas fincas. Por ello, el art. 5 LRSV identifica cada actuación urbanística concreta como ámbito espacial en el que, en todo caso, debe producirse el reparto de cargas y beneficios. *Se trata, por tanto, de una norma mínima de equidistribución reconducible a la competencia de igualación del Estado ex art. 149.1.1 CE. Cada Comunidad Autónoma podrá imponer otros ámbitos y técnicas complementarios de equidistribución.*

*Será decisión de cada Comunidad Autónoma optar, además, por la incorporación de un criterio distributivo en el propio planeamiento; o por imponer la equidistribución sobre amplios espacios de una misma clase de suelo (incluso entre las fincas integrantes de toda una clase de suelo). En este sentido es claro que el art. 5 LRSV no impone un modelo concreto de equidistribución»<sup>13</sup>.*

La combinación de estos dos elementos, desaparición de la clasificación y reducción de la igualdad al ámbito de cada actuación, permite un nuevo entendimiento del plan urbanístico que, sin embargo, no ha tenido su debido reflejo en la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas.

#### IV. CONCURRENCIA DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS NORMATIVAS QUE OBLIGAN A CAMBIAR

##### A) La irrupción de la evaluación estratégica de planes y programas

La Directiva de Evaluación Estratégica de planes y programas (Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001) ha asestado un golpe definitivo al sistema urbanístico español, puesto que al imponer la evaluación ambiental de todo plan o programa introduce un elemento de complejidad incompatible con una concepción rígida del planeamiento. Es un instrumento flexible el de la Directiva, pensado esencialmente para un urbanismo de tipo anglosajón, fundamentalmente indicativo y no vinculante. Es flexible, porque deja un amplísimo margen a los Estados, ya que se limita a establecer los principios de procedimiento con objeto de

art. 9.1 TRLS, la referencia a tales categorías no puede implicar la predeterminación de un concreto modelo urbanístico y territorial. En virtud de cuanto antecede, debe afirmarse que el precepto impugnado tiene su apoyo en el art. 149.1.1.ª CE».

<sup>11</sup> Ciertamente la ley recoge como indemnizable la facultad de participar en actuaciones de urbanización para suelos con plan parcial aprobado, proyecto de urbanización y reparcelación. La STC 218/2015, de 22 de octubre, ha declarado inconstitucional el porcentaje a tener en cuenta para la indemnización por no ser el mismo en toda España y depender de cada Comunidad Autónoma. Pero esta indemnización presupone el cumplimiento de los deberes urbanísticos, mientras que la legislación anterior atribuía la plusvalía al propietario por el simple hecho de la clasificación del suelo como urbanizable.

<sup>12</sup> Véase la diferencia con el TRLS 1992, cuyo art. 3.b) consideraba como fin de la acción urbanística «impedir la desigual atribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios afectados». El art. 9 consecuentemente ordenaba al Plan General la determinación del aprovechamiento tipo del Área de reparto.

<sup>13</sup> Criterio que el TC ha ratificado en la STC 161/2019, Ley de Murcia 10/2018, FJ 5 c), con cita expresa del ATC 184/2015, Ley de Canarias 6/2009: «no está de más recordar que la equidistribución, esto es, el reparto igualitario de los beneficios y cargas derivados de la ejecución del planeamiento, no aspira a lograr una igualdad suprema, sino que es un intento de igualar en la medida establecida por la Ley. No hay equidistribución de beneficios y cargas entre distintas clases de suelo; tampoco tiene que haberla necesariamente entre sectores distintos de la misma clase de suelo, ni siquiera entre los propietarios afectados por el mismo plan, pero incluidos en diferentes ámbitos o unidades de ejecución».

que el interés ambiental sea tenido en cuenta en el estudio más inicial posible. Como es lógico cuanto más elástico sea el sistema de planeamiento tanta menos carga burocrática supone la evaluación ambiental. En un ordenamiento como el español que destaca en el panorama de los países occidentales por su agarrotamiento, la evaluación ambiental añade una carga enorme. Cualquier cambio de entidad en el plan requiere volver a modificar uno o dos planes, y en muchos casos la entera revisión del plan superior, lo que supone años cuando no décadas de esfuerzo, incompatibles con las exigencias de una economía moderna, no sólo en cuanto a las inversiones públicas y privadas sino también respecto a las mismas medidas ambientales de protección que tardan demasiados años en poder aplicarse.

Y no para ahí la cosa. Es que, además, la «traducción» española de la Directiva (actualmente Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (LEA)) ha exacerbado los problemas de tramitación de los planes. La ley rezuma desconfianza –probablemente no injustificada– hacia los órganos promotores y por ello otorga unas amplísimas competencias al órgano ambiental, que, si bien no contradice la Directiva, contribuyen a hacer aún más rígido el procedimiento de elaboración de los planes. Donde la Directiva prevé la intervención del órgano ambiental en dos fases (la inicial al objeto de elaborar el marco de la evaluación y la posterior sobre el informe ambiental), la Ley española establece la competencia ambiental para admitir o no el proyecto, la aprobación como acto de trámite del documento de alcance y la aprobación de una declaración ambiental estratégica, informe preceptivo y determinante, que en realidad se convierte en informe vinculante a juzgar por el inciso final del art. 25.2 LEA que dice que el informe contendrá las «determinaciones, medidas o condiciones finales que deban incorporarse en el plan o programa que finalmente se apruebe o adopte».

A mi juicio es deseable una reforma profunda de la Ley Ambiental que establezca, sin sacrificar un ápice la trascendencia de los intereses ambientales, un procedimiento más ágil. La autoridad ambiental debiera preocuparse sobre todo de establecer los criterios metodológicos de evaluación como una suerte de guías técnicas que permitieran al órgano promotor un papel más activo en la responsabilidad de tener en cuenta y ponderar adecuadamente los intereses ambientales, reduciendo el papel de la autoridad ambiental a la supervisión del cumplimiento de aquellos estándares metodológicos, lo que permite desde luego la Directiva y, por tanto, simplificaría el procedimiento.

No es éste el lugar de desarrollar estas ideas sobre los cambios que debería acometer la Ley de Evaluación Ambiental. Pero sea como fuere, la evaluación estratégica exige, en mi criterio, otro tipo de planes, si de verdad queremos tener una normativa urbanística que cumpla con su función ordenadora del territorio y los usos del suelo, un planeamiento capaz de reaccionar a tiempo a las exigencias sociales y económicas de cada momento, incluidas las de protección ambiental. Algunos ejemplos de máxima actualidad lo ilustrarán. ¿Puede esperar un municipio costero 5, 10 ó 15 años para la adopción de medidas urgentes como consecuencia de fenómenos inducidos por el cambio climático? ¿Tendremos que revisar íntegramente el Plan General para acometer esta tarea? ¿Tiene algún sentido que, como consecuencia de la anulación de un Plan se aplique uno quince o veinte años anterior totalmente desfasado? ¿No tiene parte de culpa la rigidez de los planes urbanísticos en la prevalencia de la regulación sectorial? ¿Un procedimiento más ágil del planeamiento urbanístico no facilitaría la integración de perspectivas nuevas como la movilidad sostenible, que hoy vive extramuros de la ordenación urbanística?<sup>14</sup>.

## B) Complejidad del reparto de competencia

La radical transformación de la distribución territorial del plan en España como consecuencia del desarrollo autonómico de la Constitución de 1978 influye también decisivamente en la obsolescencia de la idea de Plan General. Hay dos factores que explican este fenómeno.

1.º La complejidad. Al aparecer un nuevo interlocutor, la Comunidad Autónoma, junto al municipio y el Estado, la ordenación de las competencias se hace mucho más compleja. No es sólo, como ya se ha apuntado, que la Comunidad Autónoma por la vía de su competencia sobre ordenación del territorio y urbanismo está haciendo directamente planificación urbanística e incluso ordenación pormenorizada de suelo urbanizable. Además, hay una tendencia natural a controlar *ex ante* la capacidad de la ordenación urbanística local mediante parámetros generales que limitan la discrecionalidad municipal (índice de crecimiento territorial,

<sup>14</sup> FORTES MARÍN, A. "El urbanismo y la ordenación espacial de la movilidad urbana sostenible", en la obra colectiva por el mismo dirigida, *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 366 y ss.

etc.). Añadiremos a ello la influencia de la planificación sectorial de la propia Comunidad Autónoma (carreteras, ferrocarriles, etc.) que no siempre se coordina con la planificación horizontal urbanística.

2.º El Estado progresiva pero inexorablemente ha hecho valer sus competencias sectoriales sobre las urbanísticas municipales, lo que es un modo de dar prevalencia efectiva<sup>15</sup> a la competencia sectorial sobre la local, pese a que la jurisprudencia constitucional hubiera permitido una interpretación más armónica. No se revela secreto alguno si se dice que la coordinación de las competencias estatales y las de planificación territorial y urbanística deja mucho que desear. Ante la inexistencia de una tradición de cooperación efectiva entre las burocracias públicas, que siguen ancladas en la lucha por la defensa de sus respectivas competencias, el Estado ha optado de manera creciente por dar prevalencia a sus competencias sectoriales mediante la técnica del informe vinculante. La evolución es muy significativa y se resume en el modo siguiente. Originariamente los desajustes entre la planificación municipal y la sectorial se resolvía mediante el procedimiento del art. 180.2. TRLS 1976. La STC 56/1986 dio carta de naturaleza constitucional a aquel precepto, aunque advirtiendo que era una solución excepcional. Posteriormente admitió los informes vinculantes del Estado para proteger sus infraestructuras de dominio público (por ejemplo: SSTC 65/1998, *Carreteras*; 164/2001, *Defensa*). De ahí se ha pasado a un número notable de informes vinculantes del Estado como se ve en el cuadro siguiente:

**TABLA 1. PRINCIPALES INFORMES ESTATALES**

Informe	Norma	Sentido
Recursos hídricos	Ley de Aguas (art. 25.4)	Determinante
Afección a carreteras	Ley de Carreteras (art. 16.6)	Vinculante
Afección a infraestructuras ferroviarias	Ley del Sector Ferroviario (art. 7)	Vinculante
Afectación zona de servicio de aeropuertos	R. Decreto 259/1998 sobre Ordenación de los Aeropuertos (D.A.2)	Vinculante
Afección despliegue de redes públicas	Ley General de Telecomunicaciones (art. 35)	Vinculante
Ordenación del litoral	Aprobación inicial	Aprobación no vinculante
	Ley de Costas (art. 117)	
	Propuesta de aprobación definitiva	Si es negativa periodo de consultas
Defensa nacional	Ley del Suelo (D.A. 2)	Vinculante

*Fuente:* Elaboración propia. Elaboración propia a partir de la legislación estatal.

Más aún, la jurisprudencia del Tribunal Supremo con ocasión del informe sobre recursos hídricos ha convertido el informe determinante en informe vinculante e incluso ha innovado el ordenamiento jurídico exigiendo al promotor del plan la disponibilidad jurídica de los recursos<sup>16</sup>.

Con estos mimbres la viabilidad de planes generales al modo en que se regulan en las leyes autonómicas es muy reducida, porque no resulta en absoluto sencillo diseñar un plan coherente y, cuando se consigue tras largos años, el resultado puede ya no ser el idóneo al haber cambiado la realidad económica y social del territorio sobre el que el plan se proyectaba. La planificación entendida al modo de ver de las leyes urbanísticas es solo posible en un ámbito territorial mucho más reducido y con objetivos mucho más concretos; con la ambición de un Plan General es sencillamente imposible.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión véase el documentado estudio de GARCIA MORALES, V. Y. (2019): *Prevalencia en la planificación territorial*, pág. 193 y ss. Madrid: Tecnos.

<sup>16</sup> *Cfr.* STS de 10-3-2015 (STS 931/2015).

## V. HACÍA UNA NUEVA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL PLANEAMIENTO

### 1. Una nueva concepción de la ordenación urbanística

De lo hasta ahora expuesto se deduce la necesidad de un cambio radical de concepción de la planificación, que ya no puede ser estática (imagen fija de lo que puede ser la ciudad) sino dinámica (visión acomodaticia a las necesidades sociales), mucho más centrada en la capacidad de reacción a los problemas de la ciudad y no en una previsión inmutable de lo que la ciudad va ser, una idea que debe alejarse de la noción estricta de planificación para acercarse más a la idea de prospección, visión global de la ciudad y el territorio sí, pero visión esencialmente orientativa, no prescriptiva.

Los planes generales, y empleo deliberadamente un concepto amplio, incluso tanto de los planes supramunicipales, de ordenación territorial, como de los municipales, deberían ser de naturaleza muy diferente a los que conocemos en nuestro país. A mi juicio debería optarse por planes indicativos, orientativos, susceptibles por tanto de ser acomodados a las necesidades específicas que derivan de la adecuación de la previsión o programa urbanísticos a la realidad de la ejecución del proyecto concreto<sup>17</sup>. Metafóricamente hablando la nueva orientación del planeamiento urbanístico exige la posibilidad de replanteo del proyecto con ocasión del conocimiento exacto de la realidad del terreno. Si se sustituye proyecto por programación orientativa y replanteo por plan operativo podemos tener una idea aproximada de lo que significaría el nuevo plan urbanístico, al que acaso ya no convenga el término plan sino el término estrategia del que el diccionario de la RAE, en su acepción matemática da la siguiente definición: «En un proceso regulable, conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento».

Ciertamente en los procesos sociales es imposible definir un óptimo en cada momento, pero esta definición matemática acierta a expresar mejor que cualquiera otra la idea de lo que debe ser un urbanismo moderno. En este contexto, podemos decir que los planes territoriales generales, ya supramunicipales o municipales, deberían sustituirse por estrategias territoriales y de ciudad.

Evidentemente dentro de esas estrategias debe y puede haber elementos estables o fijos, es decir, de carácter prescriptivo y no prospectivo. Tal es el caso de los suelos protegidos, pues el simple hecho de la protección total o parcial del proceso urbanizador exige una regla prohibitiva. Lo mismo cabe decir de ciertos estándares ambientales que se consideran en el actual estado de nuestros conocimientos como técnicas imprescindibles o políticamente irrenunciables. Tal podría ser el caso de las limitaciones espaciales en el litoral que han establecido todas las Comunidades Autónomas marítimas<sup>18</sup>. Estas son decisiones básicas de cualquier estrategia territorial que necesariamente implican la existencia de una norma prohibitiva. Al margen de estos elementos esenciales, el instrumento estratégico territorial, al que convencionalmente podemos denominar Plan estratégico, debe ser orientativo e indicativo, no vinculante. Cuando se acometa una actuación urbanística concreta ya de nueva urbanización o de reforma interior se requerirá, ahora sí, un plan operativo en sentido estricto, además de reglas o normas jurídicas que disciplinen los derechos y obligaciones de quienes intervienen en el proceso urbanístico, incluyendo naturalmente a los propietarios.

Importa notar que la concepción jurídica del plan que se desarrolla en el texto es compatible tanto con una visión urbanística integral del planeamiento como con una visión puramente proyectual<sup>19</sup>. Entiendo que una visión estratégica del territorio es compatible con la flexibilidad, pues una cosa es la visión general sobre los usos del territorio y otra bien distinta que esa visión sea normativa y vinculante, de modo que no pueda adecuarse con ocasión del plan operativo.

Tanto si se parte de las bondades de una visión global como si se atiende más a los proyectos concretos, el marco jurídico que proponemos es válido, porque no pone en cuestión el contenido de la ordenación del territorio, que dependerá en definitiva de las ideas predominantes del momento; lo único que hace es

<sup>17</sup> Para el marco conceptual de las diferentes visiones del urbanismo sigue siendo de interés, DE TERÁN TROYANERO, F. (1996): "Evaluación del planeamiento urbanístico (1846-1996)", en *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, núm. 107-108, págs. 167-184.

<sup>18</sup> Como el Plan Director Urbanístico del Sistema Costero de Cataluña o las Directrices y Planes de Asturias, Murcia, Cantabria, Galicia, País Vasco, Andalucía y Comunidad Valenciana. Puede verse un resumen del contenido de estos instrumentos en E. RANDO BURGOS, *op. cit.*, nota 5, págs. 340-374.

<sup>19</sup> VILLAR ROJAS, F. J. (2019): "Los proyectos de interés público: urbanismo de proyecto «versus» urbanismo de plan", en VILLAR ROJAS, F. J.; GONZÁLEZ SANFIEL, A.; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.: *Crisis del planeamiento urbanístico: alternativas*, págs. 67-88. Cizur Menor: Aranzadi, ha enfatizado que el urbanismo de proyecto, como excepción a la planificación general ha sido una constante en nuestro derecho urbanístico. Esta acertada observación pone de relieve las insuficiencias desde su mismo origen de la visión cerrada del planeamiento general que combatimos en este trabajo.

permitir la adecuación flexible de la estrategia territorial a las nuevas necesidades. Y como veremos de inmediato la evaluación estratégica es aquí un instrumento decisivo, que asegura la coherencia ambiental de la planificación, pues cada innovación del plan operativo respecto del estratégico exige una nueva evaluación estratégica.

Como es lógico esta nueva concepción estratégica del urbanismo español supone importantes cambios jurídicos en la actual normativa de las Comunidades Autónomas, cambios que, sin embargo, permite la vigente normativa básica estatal (TRLRS 2015). Analizaremos seguidamente los cambios hacia los que debería orientarse la legislación urbanística autonómica para concluir con la viabilidad de esta posible reforma conforme a la normativa estatal.

## 2. Modificaciones en el régimen jurídico de los planes

La primera modificación jurídica necesaria es prescindir del carácter vinculante del plan estratégico salvo en lo referente a los suelos protegidos y aquellos estándares que se consideren irrenunciables; el resto de determinaciones del planificador serían orientativas, susceptibles de adaptación, innovación o corrección en el plan operativo definitivo. Actualmente nos encontramos con un conjunto de planes territoriales y municipales que son completamente inelásticos a las demandas sociales, cuando estas cambian como consecuencia de cambios tecnológicos, económicos o ambientales. Esto no significa que se prescinda de la óptica global, únicamente que esta se articula a través de un instrumento flexible. Cabe preguntarse de qué ha servido ese planeamiento tan cerrado y la multitud de instrumentos de ordenación previstos en nuestras leyes urbanísticas, ante fenómenos sociales como la indisciplina urbanística, económicos, como las viviendas de uso turístico, morales como el cohecho o la prevaricación urbanísticas, o jurídicos como la anulación de planes. La capacidad de reacción del planeamiento ha sido prácticamente nula. Los instrumentos estratégicos más flexibles hubieran permitido una mejor respuesta a algunos de estos fenómenos.

Obviamente el plan estratégico al someterse a evaluación ambiental está trazando una línea que lógicamente pueden seguir los planes operativos, pero es una directriz no una norma jurídica vinculante. Evidentemente si el plan operativo cambia la directriz estratégica, la evaluación ambiental deberá ser exhaustiva en el punto en que el plan operativo innove respecto del estratégico, mientras que en otros casos la evaluación se puede limitar a aquellos aspectos no considerados en la anterior evaluación, conforme al art. 4.3 de la Directiva 2001/42/CE y disposición adicional quinta, 2, de la Ley de Evaluación Ambiental que intentan «evitar la duplicación de las evaluaciones». Este carácter básicamente no vinculante tanto en el nivel de la planificación supramunicipal como en el propio del actual plan municipal, permitiría asimismo establecer hipótesis o escenarios alternativos dentro de la estrategia propuesta.

Como consecuencia de lo anterior, y salvo en los suelos protegidos cuya misma existencia vincula a todo tipo de planes, desaparece virtualmente la relación jerárquica entre instrumentos de ordenación. Como los planes estratégicos no contienen normas vinculantes sino simples orientaciones, los planes operativos podrán modificarlos siempre que exista una justificación objetiva y ambientalmente sostenible. El procedimiento de evaluación ambiental constituye en este caso una garantía muy efectiva, ya que en todo caso deberá someterse a una nueva evaluación los aspectos innovativos del plan operativo y en el procedimiento también habrá de razonarse las razones del cambio respecto de las orientaciones de los planes estratégicos de ámbito superior. Como toda la legislación de las Comunidades Autónomas concede a la Administración autonómica competencias para controlar el urbanismo municipal *ex ante*, bien mediante la reserva de la aprobación definitiva, bien mediante informe vinculante previo, se cierra cualquier posibilidad de un planeamiento operativo municipal desvinculado de la estrategia territorial autonómica. Pongamos un ejemplo: la estrategia territorial no vinculante no establecerá obviamente zonificaciones, pero si puede establecer al modo de los Planes Territoriales Supramunicipales directrices sobre compatibilidad de usos y sobre el riesgo de gentrificación de determinadas zonas o de exclusión social, que son hoy en día uno de los aspectos más importantes del urbanismo. Pues bien, el Plan operativo tiene que poner en práctica estos principios y el debate ciudadano en su elaboración se centrará precisamente en la aceptación política y social de la aplicación que el plan haga de esas directrices estratégicas.

Por otra parte, la idea esencial desde 1956, Plan General/Plan Parcial, resulta prescindible en esta nueva concepción urbanística. Primero, porque en sentido estricto no existe ya jerarquía entre la estrategia territorial y el Plan operativo, habida cuenta de que por definición este último solo puede operar en suelos no protegidos por la estrategia territorial; segundo, en razón de que la ordenación propiamente urbanística,



ordenación pormenorizada y asignación de derechos, solo se produce en el plan operativo sin que la ordenación estratégica tenga preconcebido un modelo urbanístico predeterminado ni haya reconocido previamente derechos. En último término, porque en muchos casos la estrategia territorial no exige necesariamente instrumentarse a través de un Plan sino de un instrumento más sencillo, como ya han ensayado algunas Comunidades Autónomas<sup>20</sup>.

Lo anterior no significa que el plan operativo no tenga otro límite que el que deriva de los suelos protegidos. En mayor o menor grado todas las Comunidades establecen normas prohibitivas en sus respectivas leyes que el planificador tendrá que respetar como la imposibilidad de edificar en zonas inundables, ponemos por caso. No se trata de desregular sino de agilizar la adaptación de los planes a los requerimientos actuales, hacer posible una ordenación racional del suelo. Hoy en día desde luego el problema del urbanismo no es el número de reglas prohibitivas o la ausencia de estándares. La profusión de ellos en las leyes y reglamentos es proverbial y seguramente excesiva. El problema fundamental estriba en la imposibilidad práctica de responder en un tiempo razonable a los cambios que la sociedad demanda al urbanismo porque cualquier innovación de calado exige la revisión del planeamiento anterior y éste es demasiado ambicioso y rígido.

### 3. Los instrumentos estratégicos y entre ellos el Plan General, no asignan derechos

Un aspecto esencial, sin el cual cualquier reforma del urbanismo español resultará condenada al fracaso, es la eliminación en los planes supramunicipales y municipales de la asignación de derechos. La orientación estratégica en la ordenación del territorio y del urbanismo ha de hacerse prescindiendo por completo de los usos y edificabilidad atribuidas a los propietarios y a la iniciativa privados.

Ya se ha subrayado en este trabajo, reiterando una opinión muy extendida<sup>21</sup>, que el entendimiento del plan como norma o acto jurídico que otorga derechos constituye un obstáculo insalvable para la debida flexibilidad de los planes. Los derechos patrimoniales, en el marco de la Constitución, corresponde fijarlos al legislador. Y establecido ese régimen básico, que hoy contienen los arts. 8 a 19 del TRLS 2015, la asignación concreta del contenido patrimonial corresponde al plan operativo, en el cual se fijarán usos, edificabilidades, cesiones, etc, en razón del interés público y, en su caso, de la financiación privada de la actuación. Obvio es decir que la reforma que se propone en nada afecta a los mecanismos de financiación previstos en la legislación vigente, incluida la posible expropiación.

Esta desvinculación del Plan General respecto del reconocimiento de derechos tiene cuatro indudables ventajas:

1.<sup>a</sup> Libera al Plan estratégico del peso de decidir previamente a la concreta actuación cuáles son los derechos de los propietarios, lo que supone un enorme coste en términos del interés general.

2.<sup>a</sup> Centra la participación pública en los aspectos sociales, económicos, ambientales y políticos del instrumento estratégico librando a la información pública de alegaciones de los interesados propietarios que, en rigor, nada tiene que ver con la participación popular en la formulación de la estrategia urbanística.

3.<sup>a</sup> Permite concretar los derechos a la vista de la actuación urbanística específica, teniendo en cuenta todos los aspectos concurrentes, sin que ésta quede *a priori* mediatizada por la decisión previa de un planificador. Las alegaciones sobre el contenido de los derechos patrimoniales se resuelven exclusivamente en este nivel.

4.<sup>a</sup> Elimina cualquier discusión previa sobre la igualdad del reconocimiento de derechos en el Plan estratégico, lo cual es un elemento de tensión política y causa de innumerables conflictos.

### 4. La clasificación del suelo ya no es necesaria

Al no asignar el plan estratégico derechos desaparece completamente la necesidad de la técnica de la clasificación, ya que más allá del suelo no urbanizable, el resto podrá ser urbanizado (reurbanizado) o no, en

<sup>20</sup> Así la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana se aprobó a través de norma reglamentaria, Decreto 1/2011, de 13 de enero.

<sup>21</sup> PAREJO ALFONSO, L. J. (1996): "Apuntes para una interpretación del sistema legal urbanístico en clave histórica", en *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, núm. 107-108, pág. 149 y ss. GARCÍA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO, J. (1998): "La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo", en *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 252-253, pág. 11 y ss. IGLESIAS GONZALEZ, J. F. (2015): "Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiental (RDUMA)*, vol. XLIX, núm. 301, págs. 118-123.

atención a las necesidades del interés público y de la inversión privada. La insistencia en todas las Comunidades Autónomas de mantener la técnica de la clasificación del suelo solo puede atribuirse a la tradición. Pero, digámoslo claramente, esa clasificación solo tiene sentido si se sigue la concepción de un plan general atributivo de derechos. Si se cambia la concepción hacia un plan estratégico, y se relega la determinación de derechos al momento del Plan operativo, la técnica de la clasificación es rigurosamente prescindible.

La legislación estatal ya hemos visto que prescinde de la técnica de la clasificación. Y las dos situaciones básicas de suelo, rural y urbanizado, solo sirven a la definición abstracta del haz y derechos y deberes. Aunque no han faltado autores que han minimizado las diferencias entre situaciones de suelo y clasificación del suelo, lo cierto es que su naturaleza es bien diferente. Cuando el Estado en su legislación básica impone la clasificación de tres tipos de suelo, obliga a la Comunidad Autónoma a utilizar esta técnica en el Plan General, puesto que no es concebible un suelo urbanizable al que se reconozcan derechos si no está previsto en un instrumento general. La configuración del suelo urbanizable como una de las clases de suelo no es puramente abstracta, como dijo la STC 61/1997, sino que condiciona concretamente la técnica del planeamiento, ya que obliga a la precisión de un suelo con expectativas urbanísticas. Por el contrario, si la legislación del Estado solo reconoce dos categorías de suelo, rural y urbanizado, desaparece la necesidad de un plan general atributivo de derechos, o al menos de expectativas urbanísticas en el suelo urbanizable.

Parada Vázquez y Lora Tamayo<sup>22</sup> sostienen que tras la reforma llevada a cabo por la ley de 2013 en el TRLS 2015 «el régimen jurídico de los sistemas de suelo equivale al anterior régimen de clasificación de suelo de la legislación estatal». Parejo Alfonso<sup>23</sup> más matizadamente dice que la Ley 8/2013 ha desnaturalizado la figura de la situación básica del suelo: «en gran medida se ha recaído –siquiera en parte y en forma distinta– en la situación cuando menos previa a la LdS07»<sup>24</sup>. Para este autor los cambios introducidos en el TRLS 2008 repiten criterios que ya venían de la definición de suelo urbano del TRLS 1976 y legislación posterior, en particular el que reconoce el suelo urbano por el hecho de tener edificada una parte del ámbito en los términos que determine la legislación autonómica. Lo que significa según Parejo que tácitamente la ley estatal llama a la autonómica a usar la técnica de la clasificación. Sin embargo, entiendo que, pese a la modificación, siguen subsistiendo dos diferencias esenciales entre la antigua clasificación y la nueva categoría de la situación del suelo en la legislación estatal.

Estriba la primera en el hecho de que la legislación estatal vigente no exige al legislador de la Comunidad Autónoma que utilice la técnica de la clasificación de suelo. El legislador territorial puede optar por recoger en la ley y no en el plan los criterios que complementan la definición estatal básica del suelo urbanizado, lo cual tendrá efectos respecto de las valoraciones urbanísticas y los derechos de los propietarios, pero nada más. La ley estatal no obliga a establecer en el planeamiento ni la categoría de suelo urbanizado ni la de suelo urbano, y mucho menos la de urbanizable. Por otra parte, la noción de situación básica de suelo urbanizado en el TRLS 2008 tampoco era autosuficiente o simplemente fáctica, ya que estar «integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población» (art. 12.3) no depende únicamente de una comprobación fáctica sino de un juicio jurídico sobre si la urbanización se corresponde con el planeamiento urbanístico. Por ejemplo, una urbanización originariamente ilegal podía legalizarse por un cambio en el planeamiento o mediante ley, luego la situación de suelo urbanizado dependía también en el TRLS 2008 no sólo de un hecho observable; hacía falta además que ese hecho fuera conforme con la legislación y el planeamiento aplicables. En consecuencia, si bien el actual TRLS 2015 amplía el concepto de suelo urbanizado, no lo hace hasta el punto de confundir «situación» con «clasificación» ni es tan generoso con los propietarios como pudiera parecer en una primera impresión, pues se sigue exigiendo (art. 21.3 TRLS 2015) como condición *sine qua non* que el suelo esté «legalmente integrado en una malla urbana». Por tanto, la condición necesaria en una y otra norma es que la realidad fáctica no conculque la normativa urbanística. No basta para que un terreno tenga la condición de suelo urbanizado con su integración en la malla urbana, ni con que tenga instaladas y operativas las infraestructuras y los servicios, ni con estar ocupado por la edificación en el porcentaje que establezca la legislación autonómica. Además, es imprescindible que sea legal. No se trata de la «fuerza normativa de lo fáctico» sino del reconocimiento de

<sup>22</sup> PARADA VÁZQUEZ, J. R.; LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2019): *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, pág. 395. Madrid: Dykinson.

<sup>23</sup> “La evolución del sistema legal urbanístico español”, en GIFREU/BASSOLS/MENÉNDEZ (dirs.): *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, INAP, Madrid 2016, págs. 163-169.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, pág. 168.

que una urbanización dada es conforme con la ordenación urbanística originaria (fuera de ordenación en sentido estricto) o coetáneamente a la valoración del suelo.

La segunda diferencia reside en que el régimen de valoraciones en el TRLS 1976 exigía la clasificación, pues de ella dependía el valor del suelo. Recuérdese que hasta la LS 6/98, el hecho de ser suelo urbanizable programado, aunque no tuviera Plan Parcial ya determinaba la atribución de una plusvalía y, a partir de la Ley 6/98, se requería la aprobación del Plan Parcial, mientras que ahora la interpretación conjunta de los arts. 7.1 al 13.2 en relación con el art. 38 TRLS 2015, permite aseverar que el suelo adquiere la plusvalía urbanística solamente cuando está aprobado el plan parcial y aprobado el proyecto de urbanización y de reparcelación. El art. 38, en efecto, reconoce la valoración de la facultad de participación en actuaciones de nueva urbanización únicamente (núm. 1, apartado a)) cuando «los terrenos hayan sido incluidos en la delimitación del ámbito de actuación y se den los requisitos exigidos para iniciarla o para expropiar el suelo correspondiente, de conformidad con la legislación en la materia». Lo que quiere decir que legislador autonómico puede prescindir de la clasificación del suelo como técnica de planeamiento<sup>25</sup>. Cuestión distinta es el régimen de valoraciones que han quedado en el limbo de la incertidumbre más absoluta como consecuencia de la anulación del art. 25.2.a TRLS 2008 por STC 218/2015 (FJ 5), en cuanto se refiere al porcentaje a aplicar para valorar el derecho a urbanizar y la declaración de inconstitucionalidad del factor de corrección al alza del suelo rural, STC 141/2004 (FJ 9B).

Conviene, no obstante, precisar que el Auto 8/2015 y la Sentencia 43/2015 del Tribunal Constitucional (FJ 5, *in fine*), subrayan que «la regulación de un criterio de valoración que excluya de la compensación debida el incremento del valor que adquiere en el mercado un suelo clasificado como rústico por la confianza en que el planeamiento le reconocerá en su día usos urbanísticos, esto es, propios de los núcleos urbanos, no es inconstitucional, pues pretende evitar que se traslade a la colectividad tanto el coste de los riesgos que corresponde asumir a la propiedad como el resto de elementos subjetivos que intervienen en la formación del precio de mercado. En otras palabras, el art. 33.3 CE no garantiza en todo caso el valor de mercado. No lo hace, sin duda, cuando en su formación intervienen las expectativas derivadas de la futura aprobación del planeamiento, ni siquiera las derivadas de un planeamiento ya aprobado hasta que se hayan cumplido las cargas y deberes legalmente establecidos». Doctrina constitucional que niega que la simple clasificación de un suelo o sus expectativas urbanísticas deban valorarse a la hora de la expropiación. Doctrina, en fin, que corrobora que la ley urbanística puede si quiere claramente prescindir de la clasificación del suelo como técnica necesariamente anudada a la valoración de cada tipo de suelo.

Así pues, puede criticarse justificadamente, como hace Parejo, que la reforma de 2013 haya desnaturalizado la definición de suelo urbanizado o incluso concederse que la haya empeorado volviendo a establecer condiciones incoherentes, como es definir la condición de suelo urbanizado por la existencia parcial de edificación. No puede concluirse, sin embargo, que las CC.AA estén obligadas por la legislación estatal a utilizar en el planeamiento la técnica de la clasificación que sigue luciendo en todas las leyes autonómicas.

Mas aún, a partir de la LS 8/2007, el legislador ha optado por un régimen dinámico del suelo consolidado, de modo que los propietarios pueden ser obligados a participar en actuaciones de dotación o de reurbanización. Esto significa que las Comunidades Autónomas pueden utilizar planes operativos para el suelo urbano, los llamados hasta ahora Planes Especiales de Reforma Interior. La importante STS 3779/2018 de 30 de octubre, *PGOU Málaga*, ha fijado como doctrina legal la siguiente: «un nuevo planeamiento, que contempla una determinada transformación urbanística de renovación, regeneración o rehabilitación puede degradar el suelo urbano consolidado a suelo urbano no consolidado»<sup>26</sup>, siempre que el planificador lo justifique («con una motivación reforzada» en la Memoria del Plan, dice el FJ 15 de la Sentencia) y que suponga «igualmente la obtención de un beneficio para los propietarios del suelo afectado por dichas operaciones». Al modificar su anterior doctrina mucho más rígida sobre los derechos de los propietarios en el suelo urbano consolidado, el Tribunal Supremo también ha dado un paso adelante notable para permitir la adaptación sucesiva del suelo urbano consolidado cuando las necesidades de la ciudad lo requieran, lo cual amplía el margen que tiene la legislación autonómica.

<sup>25</sup> En efecto el legislador puede limitarse a ordenar que el plan establezca los suelos protegidos, las determinaciones estructurales que juzgue imprescindibles y las ordenanzas de edificación del suelo legalmente urbanizado. Mientras que puede o no establecer orientaciones estratégicas sobre suelos potencialmente urbanizables, que en todo caso en nuestro criterio serían meramente orientativas para el planificador que decida el desarrollo de nuevos suelos o la reforma de los ya urbanizados.

<sup>26</sup> Doctrina que originariamente, no había seguido el Tribunal Supremo como recoge la misma sentencia (FJ 5).

## 5. El régimen transitorio

Conviene advertir que la reforma que se propugna es compatible con el mantenimiento de los planes generales vigentes al tiempo en que cobren vigencia las leyes que hipotéticamente adoptaran una nueva regulación de los planes. En primer término, no es necesaria la adaptación de los planes al nuevo régimen, bastaría con prever la posibilidad de modificación mediante el plan operativo. En segundo lugar, salvo los suelos protegidos y las reglas que concreten los estándares urbanísticos, el resto de determinaciones del Plan General serían modificables a través del plan operativo subsistiendo mientras tanto la normativa y ordenación del plan anterior. La distinción entre modificación y revisión que tantos quebraderos de cabeza ha dado a los gestores urbanísticos también resulta innecesaria. Cualquier modificación del plan será posible si es conforme a la estrategia territorial como si es contraria, siempre que se justifique suficientemente la necesidad de adecuación de aquella estrategia a las demandas de nuevo cuño ambientales, sociales o económicas.

## VI. LA VIABILIDAD DE UNA REFORMA DE LAS LEYES URBANÍSTICAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE IMPLANTEN ESTA NUEVA CONCEPCIÓN

A la vista de lo que llevamos dicho puede concluirse que no existe obstáculo alguno constitucional a que las Comunidades Autónomas den un paso adelante en la imprescindible reforma del urbanismo para hacerlo más ágil y eficaz en la defensa de los intereses públicos, incluidos los ambientales, que anidan en las potestades públicas de ordenación de los usos del suelo. Más aún, son precisamente las Comunidades Autónomas las que deben acometer esta reforma dada su competencia exclusiva sobre el planeamiento urbanístico, conforme a la jurisprudencia constitucional<sup>27</sup>.

La legislación estatal de suelo (TRLRS 2015) establece un marco suficientemente flexible<sup>28</sup> para la iniciativa de las Comunidades Autónomas, pues sus determinaciones van en la dirección de suprimir los obstáculos tradicionales (clasificación del suelo; igualdad sustancial en el aprovechamiento reconocida por el planeamiento) para esa reforma imprescindible de las técnicas de ordenación. Solo la inercia justifica que las Comunidades Autónomas sostengan con carácter general el armazón conceptual del Plan general y la clasificación de suelo. Para romperlo, el Estado no tiene competencias efectivas, pero si puede auspiciarla mediante estudios y propuestas no vinculantes, que haría bien en fomentar.

En este contexto el Plan General de Ordenación Urbana como plan normativo rígido para la ordenación estructural, tal como conoce la legislación de las Comunidades Autónomas, constituye un instrumento obsoleto, propio de la mentalidad idealista y optimista posterior a la Segunda Guerra Mundial, influido por lo que se dio en llamar euforia planificadora, hoy archivada en el desván de la historia<sup>29</sup>, pero que el urbanismo español se resiste a enterrar sin que, a mi juicio, subsista actualmente razón alguna para mantenerlo insepulto.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2011): "La transformación urbanística del suelo no urbanizable: proyectos territoriales de interés autonómico y reservas de suelo", en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*. *Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 89, págs. 15-54. URL: <https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aldRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=1&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=89>.

BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2009): *Derecho Urbanístico Común*, págs. 515-521. Madrid: lustel.

<sup>27</sup> Por todas SSTC 61/1997, TRLRS 1992; 164/2001, Ley 6/1998, del Suelo, de 13 de abril; 141/2014, Ley 8/2007 y TRLRS 2008.

<sup>28</sup> Lo cual no quiere decir que el TRLRS 2015 no sea susceptible de mejora en la dirección que aquí se propugna como, por ejemplo, el régimen de la vinculación singular, que en su extensión es único en el mundo y un factor de rigidez para la reforma en suelo urbano o la derogación de la Disposición Transitoria cuarta del TRLRS 2015, a la que nos hemos referido *supra apud* nota 2, y que se basa en la tradicional distinción entre revisión y modificación del plan. Pero, como el texto enfatiza, el grueso de los problemas de la rigidez en la planificación reside en la legislación autonómica.

<sup>29</sup> En términos de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «El mito de un plan omnicompreensivo y agotador, de duración prolongada en el tiempo (...) está en quiebra rigurosa en todo el pensamiento social europeo; no hay razón para mantenerlo incólume en el único campo del urbanismo, donde produce rigideces, largos y onerosos procesos de ejecución, grave coste social, en definitiva» ("El Derecho Urbanístico español a la vista del siglo XXI", *REDA*, 99, 1998, pág. 399).

- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2017): “El plan urbanístico en ruina: un esbozo de reconstrucción”, en *Práctica Urbanística*, núm. 144.
- BENABENT-FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M. (2019): “La insoportable rigidez del Plan General Urbanístico. La necesidad de un cambio de modelo”, en *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, vol. LI, núm. 201, págs. 451-466. URL: <https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/77536>.
- DE TERÁN TROYANERO, F. (1996): “Evaluación del planeamiento urbanístico (1846-1996)”, en *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, núm. 107-108, págs. 167-184.
- EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, J. M.<sup>a</sup> (1998): “¿Cambio de estilo o cambio de paradigma? Reflexiones sobre la crisis del planeamiento urbano”, en *Urban*, núm. 2. URL: <http://polired.upm.es/index.php/urban/article/view/187>.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2017): “El contencioso urbanístico y su necesaria reforma”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 203, págs. 137-162. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.04>.
- FORTES MARÍN, A. (2019): “El urbanismo y la ordenación espacial de la movilidad urbana sostenible”, en FORTES MARÍN, A. (dir.): *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas públicas de movilidad en el medio urbano*, pág. 366 y ss. Cizur Menor: Aranzadi.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (1998): “El Derecho Urbanístico español a la vista del siglo XXI”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 99, pág. 399.
- GARCIA MORALES, V. Y. (2019): *Prevalencia en la planificación territorial*, pág. 193 y ss. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO, J. (1998): “La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo”, en *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 252-253, pág. 11 y ss. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i252-253.5484>.
- IGLESIAS GONZALEZ, J. F. (2015): “Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiental (RDUMA)*, vol. XLIX, núm. 301, págs. 118-123.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (2016): “Ordenación del territorio supramunicipal y urbanismo municipal: una distinción imposible a la vista de las actuaciones de interés regional”, en GIFRAU I FONT, J.; BASSOLS COMA, M.; MENÉNDEZ REXACH, A. (dirs.): *El derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudio en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, pág. 367 y ss. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- MORENO LINDE, M. (2016): *El régimen jurídico de la regularización urbanística*, págs. 177-191. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R.; LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2019): *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, pág. 395. Madrid: Dykinson, 16.<sup>a</sup> ed.
- PAREJO ALFONSO, L. J. (1996): “Apuntes para una interpretación del sistema legal urbanístico en clave histórica”, en *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, núm. 107-108, pág. 149 y ss.
- PAREJO ALFONSO, L. J. (2016): “La evolución del sistema legal urbanístico español”, en GIFRAU I FONT, J.; BASSOLS COMA, M.; MENÉNDEZ REXACH, A. (dirs.): *El derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, págs. 163-169. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- PAREJO ALFONSO, L. J. (2017): “El Plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza”, en *Práctica Urbanística*, núm. 144.
- PAREJO ALFONSO, L. J. (2020): “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el Plan”, en *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, vol. 1, págs. 7-40. DOI: [https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_1\\_2020\\_25](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_25).
- RAMIREZ SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup> (coord.) (2017): *Un nuevo modelo de planeamiento urbanístico y gestión del suelo en Navarra*, págs. 47-49. Tudela: Deurban Abogados.
- RANDO BURGOS, E. (2019): *Legislación e Instrumento de la Ordenación del Territorio en España*. Madrid: Iustel.
- ROGER FERNÁNDEZ, G. (2017): “Conveniencia y oportunidad de una nueva concepción en contenido y objeto de los Planes Generales de Ordenación Urbana”, en *Práctica Urbanística*, núm. 144.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2013): “El urbanismo supramunicipal”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiental (RDUYMA)*, vol. XLVII, núm. 279, págs. 13-43.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2016): “La ordenación del territorio y su relación con el urbanismo; configuraciones y desconfiguraciones legales desde 1956 hasta hoy”, en GIFRAU I FONT, J.; BASSOLS COMA, M.; MENÉNDEZ REXACH, A. (dirs.): *El derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudio en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, págs. 417-420. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2018): “La potestas diabólica. Los retos y debilidades del planeamiento urbanístico en el derecho español”, en *Planur-e*, núm. 12, Invierno 2018, Temas críticos en la planificación actual.
- VILLAR ROJAS, F. J. (2019): “Los proyectos de interés público: urbanismo de proyecto «versus» urbanismo de plan”, en VILLAR ROJAS, F. J.; GONZÁLEZ SANFIEL, A.; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.: *Crisis del planeamiento urbanístico: alternativas*, págs. 67-88. Cizur Menor: Aranzadi.



## Gobiernos locales en Canadá y en España: lejos, pero no tanto

### *Local governments in Canada and Spain: far, but not that much*

Francisco Velasco Caballero

Instituto de Derecho Local. Universidad Autónoma de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1055-3939>

[francisco.velasco@uam.es](mailto:francisco.velasco@uam.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid. Entre sus líneas de investigación destacan: la Administración europea, el Derecho local y la Metodología del Derecho administrativo.

---

#### RESUMEN

El estudio compara los sistemas de gobierno local en Canadá y en España. El análisis se centra en cinco ámbitos significativos: estructura de la planta local; autonomía; democracia; forma de gobierno; y financiación. Aunque inicialmente se podría pensar que los regímenes locales en ambos países son muy distantes, visto con más profundidad hay tanto diferencias claras (en la planta local, las formas democráticas y la forma de gobierno) como también similitudes importantes: en el nivel de autonomía local real y en el sistema financiero.

#### PALABRAS CLAVE

Autonomía local; democracia local; entidades locales canadienses; gobiernos locales; financiación local; metodología comparada.

---

#### ABSTRACT

The study compares local government systems in Canada and in Spain. The analysis focuses on five significant areas: tiers of local government; autonomy; democracy; governing bodies; and financing. Although initially one might think that local schemes in both countries are very distant, seen in more depth there are both clear differences (in the tiers of local government, the democratic arrangement and the governing bodies) as well as important similarities: in the levels of real autonomy of municipalities and as to the financial system.

#### KEYWORDS

Local autonomy; local democracy; canadian municipalities; local self-government; local financing; comparative methodology.

#### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS. 1.1. FEDERALISMO. 1.2. DIVERSIDAD. 1.3. DEMOCRACIA. 2. LA PLANTA LOCAL. 3. AUTONOMÍA LOCAL: COMPETENCIAS Y CONTROLES. 3.1. COMPETENCIAS. 3.2. CONTROLES. 4. DEMOCRACIA. 5. FORMA DE GOBIERNO. 6. FINANCIACIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

§1 Lo que sigue es una comparación entre los sistemas de gobierno local en Canadá y en España. Sigue pautas estandarizadas de *metodología comparada*, con algunas cautelas y singularidades. La precisión fundamental es que los *contextos analíticos* de los gobiernos locales son distintos en los dos países<sup>2</sup>. En Canadá el gobierno local es en gran medida una cuestión *política*, que encuentra su campo de análisis principalmente en la ciencia política (*local government studies*). En cambio, en España prima tradicionalmente una comprensión *jurídica* del gobierno local. Es lo que conocemos como «régimen jurídico local» o, simplemente, como «régimen local». En Canadá se estudian los gobiernos locales como *realidad social*. El Derecho (las leyes municipales de las provincias y las sentencias de los tribunales) tiene una función secundaria en la investigación sobre el gobierno local. Sirve para explicar la realidad, pero recibe poca atención *per se*. Apenas si hay estudios académicos específicos sobre Derecho local. Y los existentes son más bien comentarios anotados –algunos muy meritorios– a las leyes municipales de las provincias<sup>3</sup>. Este marco contextual dificulta la comparación con el sistema de gobierno local en España. Pues para comprender el sistema local canadiense es necesario acceder a una literatura que presta poca atención a los datos normativos. Y esa información, conformada a partir de categorías propias de la ciencia política, ha de ser confrontada con otra realidad, la del «régimen local» español, que está sistematizada y formalizada fundamentalmente –aunque no sólo– por medio de categorías jurídicas.

§2 Hecha la anterior precisión, lo que a continuación se expone es una comparación *horizontal*, entre dos sistemas de gobierno o regímenes locales<sup>4</sup>. Se observa y analiza el sistema local canadiense desde la perspectiva del régimen local español. Se utilizan, para ello, los *equivalentes funcionales* (Esteve, 2010: 295; De la Sierra, 2016: 73). Esto es, con independencia de la denominación y calificación que cada fenómeno local reciba en su país, la comparación se hace entre las realidades institucionales que cumplen una función simétrica en cada país. Así, si bien en Alberta se habla del *chief elected official*, la comparación se tiene que trabar necesariamente con el alcalde español. Pues, aunque sus atribuciones y relevancia política son muy distintas, su posición funcional es simétrica. Y por ello son comparables. También, las provincias españolas tienen como equivalentes funcionales –aun con sus notorias diferencias– a las *regional municipalities* canadienses. Por lo demás, la comparación que sigue no se limita a exponer las similitudes y diferencias entre los dos sistemas locales, también ensaya algunas conclusiones comparativas o valorativas, sobre las ventajas o inconvenientes relativos de cada sistema.

§3 Fijando la atención en la *realidad normativa* de cada sistema local, lo primero que hay que abordar es el tópico de que los países anglosajones –y esto incluye a Canadá– no conocen el Derecho administrativo o público como tal, como un ordenamiento diferenciado del *common law*. O que incluso no reconocen la distinción estructural entre Derecho privado y Derecho público. Hoy esto no es más que un tópico que no refleja la realidad, en general (Bardley y Ewing, 1993: 606; Auby, 2010; Cassese, 2010: 60; 140, Kischel, 2015: 345; Craig, 2016: 4), y desde luego la del régimen local canadiense. En Canadá, el Derecho local es fundamentalmente Derecho parlamentario (*statutory law*), mucho más que *common law*. Cada una de las provincias canadienses cuenta con un cuerpo legislativo muy extenso, y normalmente codificado, que regula con precisión todas las cuestiones del gobierno local. Y junto a ello, son numerosos los reglamentos gubernativos provinciales (*regulations*) en materias locales<sup>5</sup>, si bien estas posibles *regulations* gubernativas necesitan de

<sup>1</sup> Este estudio ha recibido financiación del programa de investigación e innovación “Horizonte 2020”, de la Unión Europea, conforme al Grant Agreement No. 823961 (“LoGov”). Agradezco a los colegas de la Western University de London (Canadá), y en especial al profesor Martin Horak, sus orientaciones para el correcto entendimiento del complejo sistema local canadiense. Ya en España, agradezco a César Martínez varias indicaciones sobre el sistema financiero español.

En este estudio, los textos normativos se citan según la forma propia de las distintas provincias canadienses. Así, los artículos de las leyes son sections (cuando se cita en inglés) y articles (cuando se cita en francés). Las leyes se citan siempre por las versiones consolidadas y codificadas; y se identifican por la manera que es usual en Canadá: sólo por su título completo y por el año (no por número de orden ni por la fecha completa). Las sentencias se citan conforme a los usos comunes en la práctica forense.

<sup>2</sup> Sobre los contextos en la metodología comparada, recientemente: SCHMIDT-ASSMANN, E. (2018): “Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht”, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV), núm. 78, págs. 807-862 (pág. 850).

<sup>3</sup> Por ejemplo: MASCARIN, J.; WILLIAMS, C. J. (2009): *Ontario Municipal Act and Commentary*. Toronto: Lexis Nexis Canada.

<sup>4</sup> La metodología de la comparación horizontal, recientemente, en VELASCO CABALLERO, F. (2019): “Metodología comparada para el Derecho Administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, págs. 51-79 (pág. 56).

<sup>5</sup> Véase en este sentido, el listado completa de *Regulations* anejo a la versión actualizada de la *Municipal Government Act* de Alberta de 2000, *Chapter M-26*: <http://www.qp.alberta.ca/documents/Acts/m26.pdf> (págs. 3-9).

autorización legal expresa («subject to regulatory activity...»)<sup>6</sup>. La jurisprudencia canadiense no es determinante para el conjunto del sistema local. Siguiendo la tradición británica, los tribunales de justicia (*courts*) cumplen una función secundaria en relación con la Administración pública. Así que la jurisprudencia sólo resulta propiamente relevante en relación con el alcance de los poderes municipales y con las liquidaciones tributarias.

§4 Los gobiernos locales canadienses expresan la singular conjunción de varios vectores de cultura política y jurídica: la tradición política británica; la influencia de los Estados Unidos; y crecientes desarrollos institucionales endógenos.

- a) La *tradición política británica* aún tiene mucho peso en Canadá. No hay que olvidar que Canadá es aún hoy una monarquía parlamentaria (su Jefa de Estado es la Reina Isabel II, del Reino Unido e Irlanda del Norte). La propia Constitución canadiense de 1867 (reafirmada mediante la *Constitution Act de 1982*) es, en puridad, una ley del Parlamento británico. Las raíces británicas del régimen local canadiense están presentes tanto en la diversidad de entidades locales (no hay un modelo local único o uniforme ni en el conjunto de Canadá ni en cada una de sus provincias) como en la tradicional consideración de las entidades locales –propia del *common law*– como *private corporations*, lo que aún hoy es relevante para determinar los poderes locales (*infra* § 28). Ello no obstante, los gobiernos locales canadienses no son hoy –como también es propio de la tradición británica (Wilson y Game, 2011: 57)– organizaciones instrumentales del Gobierno (en el caso de Canadá, de cada gobierno provincial). Más bien, el federalismo canadiense ha integrado por completo a las entidades locales en sus provincias, pero no las ha convertido en la Administración ordinaria de cada provincia. Son gobiernos propiamente locales –dedicados a asuntos locales– y no prioritariamente instrumentos político-administrativos de los gobiernos provinciales. Por eso, en importantes materias las entidades locales canadienses actúan en paralelo o de forma concurrente con departamentos y agencias de los gobiernos provinciales.
- b) En segundo lugar, también son rastreables en el régimen local canadiense influencias o desarrollos paralelos a los de los *Estados Unidos*. Piénsese en los sistemas electorales municipales en Canadá (*infra* § 33). O en los diferentes niveles de autonomía local (*home rule*) de los que pueden gozar las distintas entidades locales. O piénsese también en el modelo de alcalde débil y de *city manager*, muy extendido en Canadá (*infra* § 42), y que originariamente fue introducido en los municipios norteamericanos a partir del vasto movimiento de reforma de mitad del siglo xx. Algunas de estas simetrías se deben a que Canadá comparte con Estados Unidos las raíces políticas británicas. Otras se deben a las notables similitudes políticas y demográficas de los dos países: ambos presentan un mismo tipo de federalismo, el anglosajón tradicional, que no considera a las entidades locales como un nivel de gobierno general (Young, 2009: 113); y también ambos países presentan una realidad demográfica y geográfica muy diversa, lo que bien puede explicar la gran diversidad y complejidad de las correspondientes plantas locales.
- c) Amén de estas dos fuentes de influencia, los gobiernos locales en Canadá muestran crecientes *desarrollos endógenos*. Así, por ejemplo, en Québec se han ido introduciendo diversas reformas de descentralización infra-municipal (*infra* § 34) que no tienen parangón ni en Estados Unidos ni en el Reino Unido. También, los diversos ensayos de entidades metropolitanas de ámbito regional no tienen parangón ni en Estados Unidos ni el Reino Unido. Y por cierto, tampoco son influencia de Francia, que en general no es fuente de inspiración política ni legislativa (ni siquiera para Québec) desde principios del siglo xix (Black, 2014: 164). Son, más bien, opciones políticas propias de las distintas provincias canadienses.

§5 El sistema *jurídico-local* de Canadá presenta, en su conjunto, algunas diferencias estructurales con el régimen local español. Aunque ello no impide que los resultados prácticos de ambos sistemas sean comparables. De entrada, la Constitución canadiense, cuyo eje es la *Constitutional Act* de 1867 (ratificada en 1982) nada dice de los gobiernos locales, más que para someterlos a la jurisdicción de cada Estado federado (provincia). Y como tampoco hay propiamente constituciones provinciales, el sistema de gobierno local está confiado, por completo, a las leyes provinciales. Esto puede explicar los continuos cambios y vaivenes en el

<sup>6</sup> Véanse por ejemplo, en materia financiera, las autorizaciones reglamentarias contenidas en la Section 271 *Municipal Government Act* 2000.



sistema local de cada provincia. Pero no por eso, como luego se verá, las entidades locales canadienses son necesariamente menos autónomas que las españolas (*infra* § 22). Por lo demás, la estructura normativa del régimen local canadiense expresa una tensión estructural entre un cierto afán *codificador* y de estabilidad y una natural *tendencia centrífuga*, que da lugar a leyes especiales para municipios concretos o para corregir una concreta situación coyuntural no correctamente regulada en la legislación provincial general. De manera que las leyes generales de régimen local de cada provincia son objeto de desplazamientos y modificaciones continuas. Así, en lo que hace a las leyes especiales, una ley general como la *Ontario Municipal Act* de 2001, fue desplazada en la ciudad de Toronto (en 2006) por la *City of Toronto Act*, que a su vez dio lugar a múltiples modificaciones generales en la propia *Ontario Municipal Act* (Mascarin y Williams, 2009: 2).

§6 Y ya una última precisión comparativa, de orden terminológico. Aunque en Canadá se usa la expresión *Local Governments*, tanto en el ámbito académico como en el normativo, está muy generalizado el término tradicional de *municipalities* (*municipalités*, en Québec). Este término comprende, en puridad, a toda clase de entidades locales, tanto a las territoriales (regiones, distritos metropolitanos, comarcas) como incluso a las instrumentales (*police boards*, *school boards*). Se distingue a veces entre *general municipalities* (las entidades locales territoriales) y las entidades instrumentales o *special-purpose municipalities*. Según esto, *municipality* es sinónimo de entidad local, no de municipio. Para hablar en Canadá de lo que en España se denomina propiamente «municipio» se utilizan allí los términos *city*, *town* o *village* (o *ville*, *village*, *paroisse* y *canton*) según el tamaño. Por sencillez expositiva, y para evitar cacofonías, en este texto se va a utilizar con frecuencia el sustantivo *municipalities*, dejando claro que ello incluye tanto a los municipios en sentido estricto como a las entidades locales supra o intermunicipales.

## 1. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

§7 En muchos aspectos, los gobiernos locales canadienses presentan realidades, problemas y soluciones *similares* a los de las entidades locales españolas. Al igual que ocurre en España, en Canadá es patente la tensión política y jurídica entre las grandes ciudades y los gobiernos supralocales (en el caso de Canadá, las provincias). También como en España, los pequeños y medianos municipios son normalmente complementados con un segundo nivel local de gobierno local, comarcal o regional (*infra* § 12). En lo que hace a la actividad local, también hay alta coincidencia en los ámbitos de actuación local (los servicios básicos de vecindad) que normalmente no incluyen servicios sociales o sanitarios (*infra* § 25). Igualmente, en ambos países los gobiernos locales están dotados de cierta autonomía para la gestión de sus propios intereses (*infra* § 22). Internamente, el poder local se articula, tanto en Canadá como en España, en torno al alcalde y el consejo o pleno municipal (*infra* § 41). Incluso la financiación local es claramente comparable, con el acento puesto en el impuesto sobre la propiedad, que es complementado de diversas formas con transferencias supralocales (estatales, provinciales) y con otros impuestos y con tasas (*infra* § 44). Todo lo dicho sirve para trasladar la idea de que las entidades locales españolas y canadienses tienen importantes *señas en común*. Y esto es un punto de partida determinante para la comparación. Pues vista la existencia de notables similitudes, el estudio comparado debe centrarse en aquellas diferencias estructurales que pueden dar un sentido parcialmente distinto a realidades aparentemente simétricas. En este estudio, se van a señalar tres aspectos estructurales de los sistemas locales canadienses que enmarcan la comparación con el régimen local español. Hablo de: el *federalismo*; la *diversidad organizativa*; y las *formas democráticas*. Más adelante se irá viendo, en varios ámbitos materiales (planta local, forma de gobierno, competencias y controles, sistema electoral y financiación) por qué aquellos tres vectores estructurales son relevantes para la comparación.

### 1.1. Federalismo

§8 El *federalismo* es una nota distintiva de Canadá. No es sólo un acuerdo constitucional (1867). Es la sustancia y realidad misma del país (Smith, 2010: 39). Son las diez provincias y los tres territorios de norte –y no las instituciones federales– quienes protagonizan el régimen local, tanto legislativa como administrativa y judicialmente. De acuerdo con esta caracterización general, el gobierno local es asunto exclusivo de *cada provincia o territorio* (Bish y Clemens, 2008: 11; Mascarin y Williams, 2009: 4; Díez, 2009: 219). Aunque la Constitución de Canadá (1867) apenas se refiere a las entidades locales, la única vez que lo hace es bajo la premisa implícita de que lo municipal es asunto de cada provincia (*Section 92* [8] de la Constitución de 1867, mantenida en vigor por la *Constitutional Act* de 1982).

§9 El federalismo canadiense, a diferencia de los federalismos posteriores a la segunda guerra mundial, distribuye el poder público por entero *entre el gobierno federal y las provincias*. Esto es, sin reconocimiento constitucional alguno para las entidades locales. La Constitución canadiense de 1867 ni garantiza la autonomía de las entidades locales, ni impone ningún límite a las provincias a la hora de ordenar sus gobiernos locales. Se dice así, siguiendo un enunciado proveniente de la jurisprudencia norteamericana, que las municipalidades son «creatures of the province». En palabras de Tribunal Supremo de Canadá: «municipalities are entirely the creatures of provincial statutes. Accordingly, they can exercise only those powers which are explicitly conferred upon them by the provincial statute»<sup>7</sup>. Así que cada provincia o territorio regula con criterio propio sus gobiernos locales. Y también, cada provincia se reserva más o menos decisiones directas o controles –de legalidad o de oportunidad– sobre el funcionamiento de sus municipalidades. En términos comparativos son muy frecuentes en Canadá tanto las anexiones decididas por el gobierno provincial (un municipio incorpora una parte del territorio de otro) como las fusiones imperativas, expresamente previstas en algunas –no todas– las leyes provinciales<sup>8</sup>. El resultado es que los regímenes locales difieren considerablemente unos de otros, como también las condiciones geográficas y demográficas de las provincias divergen mucho entre sí. Aunque, como es propio del federalismo, también hay líneas de convergencia, normalmente por imitación. Así, la legislación de régimen local original de Alberta de 1994 (*Alberta Municipal Government Act*) ha inspirado la mayoría de las leyes municipales de las distintas provincias (Garcea y Lesage, 2008: 159; Díez, 2009: 243; Mascarín y Williams, 2009: 3). En todas ellas se contiene una visión expansiva del poder y la autonomía local. Esta convergencia de las leyes municipales ha permitido también la decantación de una jurisprudencia (tanto provincial como federal) que ya reiteradamente habla de una comprensión extensiva del poder municipal, como necesidad ante la complejidad actual de los asuntos locales (*infra* § 27). En términos muy generales, podrían agruparse los sistemas o regímenes locales en *cuatro grandes grupos*: el de la mayoría de las provincias, desde Ontario en el este, hasta British Columbia en el oeste, pasando por Manitoba, Saskatchewan y Alberta. Aun con diferencias, en todas estas provincias se observa una tendencia hacia un mayor reconocimiento institucional y de autonomía para el gobierno local. Un sistema peculiar es el de Québec, con un alto número relativo de entidades locales, estructuras locales algo arcaicas, y una neta distinción entre los municipios grandes y los pequeños (estos últimos, sometidos a un *Code Municipal* poco favorable a su autonomía). Las provincias marítimas (*Newfound Land and Labrador, Nova Scotia, New Brunswick y Prince Edward Island*), con sus diferencias, formarían otro grupo, donde la autonomía local se percibe algo más restringida. Y por último estarían los municipios de los tres «territorios», donde el gobierno local es muy singular, tanto porque aquí actúa directamente el gobierno federal como por la importancia de las comunidades aborígenes no integradas en gobiernos locales.

## 1.2. Diversidad

§10 Ya se ha dicho que el federalismo genera, por sí, un alto nivel de diversidad en los gobiernos locales canadienses. Pero no es éste el único factor de *diversidad* local en Canadá. Cada provincia ejerce su competencia exclusiva sobre municipalidades para introducir numerosas regulaciones particulares, para concretas entidades locales o áreas geográficas específicas. Así que en un mismo tiempo y provincia coinciden distintos modelos y formas de gobierno local. De manera que, aunque todas las provincias y territorios cuentan con una regulación local general (las *Municipal Acts*), lo cierto es que o bien esas leyes permiten regímenes singulares para concretas ciudades o comarcas, o bien esas leyes generales no son aplicables en concretas ciudades, que cuentan con su propia ley de carta (es el caso de la *Toronto Act 2006*). Un buen ejemplo de la doble diversidad local canadiense, entre provincias y dentro de cada provincia, se encuentra en la valoración catastral (*households assessment*) para la determinación de la base imponible del impuesto municipal de propiedad (*infra* § 48). En algunas provincias la valoración catastral la realiza, para todos los municipios, un órgano provincial (por ejemplo, en British Columbia, la *BC Assessment Authority*). En otras provincias la valoración la realiza cada municipio. Y finalmente también es posible que en una misma provincia la valoración unas veces corresponda a la propia provincia y otras veces al municipio (como Winnipeg en Manitoba, o como Saaskatoon en Saskatchewan).

<sup>7</sup> *R. v Greenbaum* [1993] S.C.J. No 24 [1993] 1 S.C.R. 674, 14 M.P.L.R (2d) 1, párrafo 22. La evolución de esta jurisprudencia, en Díez SASTRE, S. (2009: 232).

<sup>8</sup> Por ejemplo: *Section 107 Alberta Municipal Government Act 2000*.

### 1.3. Democracia

§11 Un tercer elemento diferencial de los gobiernos locales canadienses es la *forma de la democracia local* (Tindal y Tindal, 2008: 233). Más adelante se detallarán las distintas formas democráticas que coexisten en Canadá (*infra* § 32). Ahora, como elemento estructural de todo el sistema local, se llama la atención sobre el significado y formas del principio democrático. Aunque hay algunas excepciones notables –como Vancouver– la mayoría de los municipios canadienses tienen un sistema electoral *mayoritario*, con múltiples circunscripciones (*wards*) y normalmente con un único representante electo por circunscripción. En las mismas elecciones se suele elegir también al alcalde. Además, este sistema electoral actúa, normalmente, con *ausencia de partidos* propiamente dichos; al menos, tal y como los entendemos en España. La mayor excepción es el *New Democratic Party* (NDP), que sí presenta candidatos en diversos municipios. En todo caso, los candidatos lo son a título individual. Y no sólo en los municipios pequeños y medianos –como ocurre en los Estados Unidos– sino también en los grandes municipios. Ni los partidos políticos federales ni los provinciales verdaderamente cuentan en las elecciones municipales (Sancton, 2015: 178). Este sistema electoral es determinante para el conjunto del régimen local. En primer lugar, en lo que se refiere al sistema de gobierno local, las mayorías en el pleno son difíciles y complejas, porque no se articulan a través de los programas y las directrices de los partidos. Esto puede explicar la frecuente ausencia o retraso en la adopción de decisiones controvertidas (como grandes obras de infraestructura vial). La política municipal es, muy frecuentemente, más el resultado de equilibrios entre barrios o vecindarios que la ejecución de un proyecto integral de ciudad. En segundo lugar, la proximidad y coherencia entre el concejal electo y su distrito hace que la democracia local se articule mediante la interacción directa entre los vecinos y el concejal de cada distrito: tanto en la selección de los intereses objeto de defensa como para dar cuenta de la actividad representativa. Este modelo de interacción democrática activa y relativamente informal, que tiene su base en las circunscripciones electorales, se expande hacia el conjunto del ayuntamiento, donde se multiplican las consultas y audiencias ciudadanas (con frecuencia, con efectos paralizantes de las iniciativas políticas). Se puede hablar, en este sentido, de una democracia del día a día que condiciona todo el gobierno de la ciudad.

## 2. LA PLANTA LOCAL

§12 La planta local de cada país se puede explicar por la singular conjunción en cada caso de varios elementos generales. Se cuentan aquí la estructura unitaria o federal del Estado, la demografía, el peso real del principio democrático, la tradición histórica y consideraciones de eficiencia económica (Velasco, 2013: 119). En puridad, en Canadá no se puede hablar de una «planta local». Hay tantas plantas locales como provincias. Y ni siquiera la planta local de cada provincia es uniforme, ni permanece estable a lo largo del tiempo.

- a) En primer lugar, cada *provincia* canadiense es *completamente autónoma* para regular el tipo y forma de sus gobiernos locales. Así resulta, por ejemplo, que hay una gran diferencia entre el mapa local de British Columbia o Alberta, respecto de la planta local de Ontario o de Québec. Por ejemplo, Ontario, con casi el triple de población que Québec, tiene sólo una tercera parte de entidades locales (Garcea y Lesage, 2008: 163). Comparado con el régimen local español, es cierto que aquí las comunidades autónomas disponen de un cierto margen para la configuración de su propia planta local<sup>9</sup>. Y, de hecho, algunas comunidades autónomas han ejercido ese poder directamente a través de sus estatutos de autonomía<sup>10</sup> o a través de sus propias leyes de régimen local<sup>11</sup>. Pero es, salvo en el caso de los dos archipiélagos, un margen limitado. Porque la propia Constitución impone una planta local al

<sup>9</sup> Arts. 151 y 84.3 del Estatuto de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña); art. 71.6.<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón); art. 70.1.4 del Estatuto castellano-leonés (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León); art. 9.3 del Estatuto extremeño (Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura); art. 105.1 del Estatuto Canario (Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias).

<sup>10</sup> Así, art. 83.1 del Estatuto catalán; arts. 5 y 81 del Estatuto de Aragón; art. 43 del Estatuto castellano-leonés; art. 53 del Estatuto extremeño; art. 64 del Estatuto canario.

<sup>11</sup> Ley castellano-leonesa 1/1991 de 14 de marzo, por la que se crea y regula la Comarca de El Bierzo; Decreto Legislativo aragonés 1/2006, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Comarcalización de Aragón; Ley catalana 30/2010, de 3 de agosto, de Veguerías; Ley canaria 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares.

menos bímembre: municipios y provincias y/o islas en los archipiélagos canario y balear (arts. 137 y 141 CE). Esta planta local constitucional está luego desarrollada y formalizada como básica en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). A partir de esta planta local necesaria, cada Comunidad Autónoma puede añadir otras entidades locales (como las comarcas en Aragón o Cataluña, o como la comarca de El Bierzo en Castilla y León). También corresponde a cada Comunidad Autónoma definir la posible *planta infralocal* (en este caso con el límite del poder de autoorganización que corresponde a cada municipio). Pero esas posibilidades autonómicas son siempre complementarias o adicionales respecto de la planta local general.

- b) En segundo lugar, al ejercer su competencia exclusiva sobre sus gobiernos locales, cada provincia canadiense diseña una estructura *heterogénea* de entidades locales para su propio territorio. No hay una planta local única para cada provincia, sino distintas estructuras municipales en función de las peculiaridades geográficas, económicas y demográficas de cada zona. Así, por ejemplo, la provincia de Québec cuanta con 1.131 municipios, de distintos tipos (*villages, paroisses, cités, cantons, villages nordiques*). A algunos de estos municipios se superponen 87 entidades locales supramunicipales (*municipalités régionales de comté* [MRC] o, en el caso de Montréal y la ciudad de Québec, dos *communautés métropolitaines*); pero también hay un gobierno local de carácter regional (d'Eeyou Istchee Baie-James) y hay 12 municipios no integrados en ninguna entidad local comarcal o regional. En grandes líneas, cada provincia decide –muy condicionada por su estructura territorial y demográfica– si potencia la creación de grandes municipios, mediante anexiones y fusiones, o si mantiene la identidad de cada municipio preexistente, incluso en las áreas metropolitanas. Sumada a esta opción política, también es una opción provincial primaria si articula el gobierno local en cada zona o área en uno o dos niveles (*tiers of government*). Este apego de la estructura local a la realidad territorial ya indica de forma natural que la planta local de cada provincia *no es estable*. Los cambios políticos en cada provincia con frecuencia suponen cambios pequeños o grandes en la configuración de la planta local.

**§13** Con carácter general, en *Canadá* hay dos modelos de gobierno local: de un único nivel (*single-tier*) o de doble nivel (*two-tier*). Cada provincia decide dónde corresponde un gobierno local de nivel único o de doble nivel. No hay criterios únicos para determinar qué modelo de gobierno local procede en cada caso. En ocasiones hay municipios pequeños de nivel único (como el curioso municipio de Espagnola, en Ontario) aunque es frecuente que los municipios pequeños sean complementados con un segundo nivel de gobierno local de ámbito comarcal o regional (*upper municipalities*). Es el caso, en Québec, de las 87 *municipalités régionales de comté* (MRC)<sup>12</sup>. El *gobierno local único* (*single-tier*) puede ser tanto municipal como comarcal o regional. En la última década del siglo xx varias provincias promovieron o impusieron la anexión o fusión de municipios para la formación de gobiernos locales únicos en las áreas metropolitanas y en otras áreas con población dispersa (Garcea y Lesage, 2008: 161). Este fenómeno, ampliamente criticado en entornos académicos y profesionales (Sancton, 2000; Slack y Bird, 2013: 29; Meloche y Vaillancourt, 2013: 8), no siempre ha producido los resultados esperados. De hecho, muchos de estos macro-gobiernos locales únicos no han sobrevivido. Significativo es el caso de Montréal, que en sólo cinco años pasó de anexionar todos los municipios de su entorno a segregar más de la mitad de esos municipios previamente anexionados (Meloche y Vaillancourt, 2013: 10).

**§14** Los municipios *medianos o grandes* tanto pueden tener un gobierno local único como depender también de un gobierno comarcal, regional o metropolitano. Es significativo, en el caso de Ontario, la existencia de varias «regiones» que se superponen a los gobiernos propiamente municipales de las ciudades grandes o intermedias alrededor de Toronto. También en Québec, sus dos grandes ciudades (Montréal y Québec) están integradas en sendas *communautés métropolitaines*. Lógicamente, la existencia de dos niveles de gobierno local (el municipal y el comarcal o regional) exige una cierta delimitación de competencias entre los dos<sup>13</sup>, y también alguna fórmula de participación en los rendimientos del impuesto sobre bienes inmuebles (*property tax*), que luego veremos que es la fuente fundamental de financiación local (*infra* § 44).

**§15** Hasta cierto punto, el modelo de doble nivel de gobierno local (municipal y comarcal o regional) se corresponde, en España, con la existencia simultánea de *municipios y provincias*. Aunque algunas diferencias

<sup>12</sup> Esta información, actualizada a 2018, en: [https://www.mamh.gouv.qc.ca/fileadmin/publications/organisation\\_municipale/organisation\\_territoriale/organisation\\_municipale\\_2018.pdf](https://www.mamh.gouv.qc.ca/fileadmin/publications/organisation_municipale/organisation_territoriale/organisation_municipale_2018.pdf).

<sup>13</sup> En Québec, para las *municipalités régionales de comté* se distingue entre competencias exclusivas y competencias concurrentes: artículos 101 a 126.5 *Loi sur les compétences des municipalités du Québec* 2005.

estructurales son relevantes. De entrada, en España la provincia es de existencia necesaria (art. 141 CE), por lo que el gobierno local en su conjunto es tendencialmente de –al menos– dos niveles (el provincial y el municipal). La excepción estaría en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, donde sólo hay un nivel imperativo de gobierno local (el municipal). Pues si bien es cierto que esas Comunidades Autónomas han asumido las competencias de las previas provincias, ejercen ya esas competencias no como entidades locales (y con legitimidad democrática local), sino como Comunidades Autónomas. En segundo lugar, la forma de las entidades locales de segundo grado en Canadá (*upper municipalities*) es muy diversa, no uniforme como en el caso de las provincias españolas. Depende de la propia estructura de cada territorio o zona dentro de cada provincia. Una última diferencia estructural está en que las entidades locales de segundo nivel en Canadá prestan *servicios propios* (recogida de residuos, alcantarillado, abastecimiento de agua, conservación de espacios naturales, etc.). Esto es, no se limitan a asistir, cooperar y coordinar técnica y económicamente a los municipios (como es propio y característico de las provincias españolas, conforme al art. 36 LBRL).

§16 Una mención especial merece la planta local en las áreas metropolitanas canadienses. Con la excepción de las provincias atlánticas y los tres «territorios», lo normal en las demás provincias es que la población se concentre en ciudades grandes y en sus áreas metropolitanas. Por eso, el gobierno de las grandes áreas metropolitanas siempre ha sido un reto político, con más acuerdo en el diagnóstico de los problemas que en su solución (Graham y Phillips, 1998: 88). En general, las soluciones no han venido de la cooperación intermunicipal (convenios y mancomunidades). Más bien, las provincias han creado –con poco éxito en general– gobiernos locales específicos para las áreas metropolitanas (Garcea Lesage, 2008: 166). Bien mediante la fusión de la ciudad metropolitana y su entorno, bien mediante la creación de una nueva entidad metropolitana, superpuesta a cada uno de los municipios del área. Algunos de estos gobiernos metropolitanos tienen carácter general (para múltiples tareas) y otros son mono-funcionales. Con perspectiva temporal, algunos de los más importantes ensayos metropolitanos no han permanecido. Es el caso del *Greater Toronto Services Board* [GTSR] que apenas existió entre 1999 y 2001. De hecho, la gran área metropolitana de Toronto (*Greater Golden Horseshoe*) carece hoy de un gobierno unitario, aunque sí es una referencia geográfica para la planificación territorial de la provincia de Ontario<sup>14</sup>. Otras organizaciones metropolitanas parecen más asentadas, como la autoridad de transporte del área metropolitana de Vancouver [*Greater Vancouver Transit Authority: TransLink*] o como las *Agglomerations* de Montréal y Québec.

§17 El número de municipios canadienses es, en su conjunto, relativamente alto. Son 5,162 *municipalities* generales o territoriales<sup>15</sup>. De ellas, la mayoría son municipios en sentido estricto (y no *upper municipalities*), aunque las estadísticas oficiales no ofrecen mayor detalle. En todo caso, el número de municipios es comparable al de España (8.123), si tenemos en cuenta que Canadá cuenta con casi diez millones de habitantes menos que España. Por otro lado, el alto número relativo de municipios, en ambos casos, indica que muchas de esas entidades son de pequeño o muy pequeño tamaño. En Canadá, los municipios pequeños se califican legalmente como *villages* (pueblos), por contraposición a las ciudades (*towns or cities*; y *villes et cités*, en Québec). Por ejemplo, son *villages* en British Columbia los municipios por debajo de los 2.500 habitantes. El alto número de municipios pequeños en los dos casos explica la existencia de gobiernos locales complementarios, de segundo nivel (comarcal, metropolitano o regional). Y bien, si hasta aquí las similitudes son claras, hay también algunas diferencias muy relevantes. En primer lugar, en Canadá son relativamente importantes los *municipios de ámbito comarcal*, que incluyen varios núcleos de población. Esta realidad contrasta con la tradición española, donde normalmente los municipios cuentan con un único núcleo de población (muchas veces, de muy reducidas dimensiones). En el caso de Canadá, la existencia de municipios comarcales hace a veces innecesaria la creación de entidades supramunicipales, como el distrito o la región (*upper tier municipality*).

§18 Un rasgo llamativo del mapa local en Canadá consiste en que no todo el territorio del país forma parte de algún término municipal. Partes importantes del norte y centro del país («the prairie provinces») *no forman parte de ningún municipio*. Y se gestionan directamente por cada provincia. Aunque para la perspectiva europea esto pueda llamar la atención, es un dato cierto que incluso en una provincia con alta densidad relativa, como Ontario, sólo el 17,1% del territorio provincial forma parte de alguna entidad local, municipal o comarcal, si bien en ese territorio se concentra el 99,3% de la población provincial. Un caso bien distinto es el de las

<sup>14</sup> “A Place to Grow Plan”, aprobado por *Order in Council* No 641/2019 del Gobierno de Ontario y con vigencia desde el 16 de mayo de 2019.

<sup>15</sup> Fuente: *Statistics of Canada*. Información vigente en 2017 conforme a los datos del censo de 2016. <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/index-eng.cfm>.

llamadas *reservas indias* (*First Nations Governments*), que no se incluyen en el mapa local ordinario (Bish y Clemens, 2008: 7 y 28; Díez, 2009: 229). Las reservas indias tienen su propio gobierno, diferente del propiamente local, aunque frecuentemente interactúan con los gobiernos locales de su entorno<sup>16</sup> (normalmente para que los municipios les suministren, a cambio de precio, ciertos servicios indispensables como el suministro de agua). La realidad de territorios no integrados en municipios es, desde luego, extraña al régimen local español. Y se explica por la historia colonial de Canadá. De un lado, los municipios se han ido creando al compás de la expansión colonial desde el este del país. Y no se han creado por doquier, sino sólo donde se han generado asentamientos humanos que justificaban un nuevo municipio (*incorporated municipality*). Esto ha supuesto que tanto hacia el norte como hacia el interior del país, grandes áreas no plenamente colonizadas hayan quedado fuera del mapa municipal. La segunda exclusión territorial del área municipal –las reservas indias– se explica porque están reconocidas mediante tratados, no dependen de las leyes provinciales.

§19 A diferencia de lo que ocurre en España, donde la planta local está muy asentada y las pocas variaciones resultan de segregaciones municipales, en las distintas provincias de Canadá hay un alto nivel de *variación*. A veces por segregación. Muchas otras veces por fusión (*amalgamation*), por incorporación de parte del territorio de otro municipio (*annexation*), o por simple creación de un municipio nuevo (*incorporation*) donde antes no había ningún tipo de gobierno local. Históricamente, esta alta mutabilidad del mapa local canadiense guarda estrecha conexión con la política territorial de cada provincia. Por épocas, y conforme a dogmas ideológicos e incluso académicos muy extendidos a finales del siglo xx, algunas provincias han fomentado o directamente impuesto la fusión municipal, normalmente para mejorar la escala económica de gestión de los servicios municipales. Sin embargo, en los dos últimos decenios tanto las fusiones como las anexiones son muy limitadas. De un lado, las leyes provinciales muestran hoy mayor deferencia hacia los municipios existentes, limitando considerablemente las fusiones y anexiones imperativas. De otro lado, un importante sector académico y profesional cuestiona –con importante respaldo empírico– las supuestas economías de escala que resultan de las fusiones municipales (Bish y Clemens, 2008: 28). Además, se presta cada vez más atención a la pérdida de participación democrática asociada a la ampliación del tamaño de los municipios. El abierto cuestionamiento actual de las fusiones y anexiones municipales, en Canadá, contrasta con la extendida defensa académica de las fusiones en España (por todos: López Ramón, 2010: 80). Aunque también en España se ha puesto ha en duda, sobre todo desde el punto de vista económico, que las agregaciones municipales generen economías de escala. La propia lógica doméstica de gran parte de los servicios públicos locales, que se han de prestar allí donde efectivamente habitan los vecinos, hace que los costes de los servicios no se expliquen necesariamente por economías de escala, sino más bien por economías de densidad (Bel y Estruch, 2011: 193). Y la densidad no crece o disminuye por el mero hecho de la fusión o agregación. Haya uno o varios municipios, los núcleos de población son los mismos, y son estos los que determinan la estructura de costes de los servicios municipales.

§20 Dentro del listado de gobiernos locales se incluye en Canadá tanto a las llamadas *general-purpose municipalities* (municipios, comarcas, distritos) como a las *single-purpose municipalities: school boards, hospital districts, improvement districts, library districts, o police boards* (por ejemplo: Bish y Clemens, 2008: 5). En esto el paralelismo con la realidad local de Estados Unidos es muy clara (véase: Briaffault y Reynolds, 2016: 13-16). Trabando comparaciones con España, las *single-purpose municipalities* podrían calificarse como organismos públicos locales. Aunque esta calificación comparativa es parcialmente imperfecta. Porque en el caso de Canadá las entidades de finalidad única (*single-purpose*) suelen presentar un nivel de autonomía (incluso financiera) muy considerable, en todo caso impropia de las entidades instrumentales en el régimen local español. El nivel de autonomía de estas entidades instrumentales en Canadá sería más parecido –guardando las distancias– al de las autoridades reguladoras independientes que actúan en España en el nivel estatal (Sánchez Morón, 2018: 227). Señas de la alta autonomía de aquellas entidades locales instrumentales canadienses son la frecuente elección democrática directa de los órganos rectores de esas entidades (como los *school boards*) o la dirección estrictamente profesional de otras de esas entidades (como los *police boards*), que no atienden a instrucciones o estrategias de los órganos políticos municipales. Decreciente es hoy el poder tributario de algunas entidades instrumentales (como los *school boards*) que tradicionalmente podían imponer un gravamen propio sobre la base imponible del impuesto sobre la propiedad inmobiliaria (Tindal y Tindal, 2008: 236; Sancton, 2015: 325).

<sup>16</sup> Esta colaboración está directamente prevista en, por ejemplo: Section 54(2) *Alberta Municipal Government Act* 2000; y article 14.8 *Code Municipal du Québec* 1916.

§21 De todo lo expuesto, el elemento más relevante para la comparación sería la relativa *mayor rigidez de la planta local española*, respecto de la canadiense. La rigidez española se observa tanto en la alta estabilidad de la planta municipal como en la necesaria existencia del doble nivel de gobierno local (municipal-provincial). Esta rigidez se explica, en parte, por el alto sentido de identidad territorial (en este caso, local) observable en España. Y en parte, también, por el propósito constitucional (y de la legislación estatal) de embridar el poder territorial de las Comunidades Autónomas. La rigidez normativa de la planta local ha impedido, en España, el efectivo desarrollo de una política territorial autonómica que adaptara la estructura local a las peculiaridades de cada comunidad o región. Así, la comarcalización en Aragón o en Cataluña ha sido muy limitada en sus resultados prácticos. Y aunque hay varias razones para este resultado, una muy importante es que el rígido esquema institucional municipio-provincia dificulta o directamente impide un sistema de gobierno local verdaderamente alternativo (y adecuado a cada territorio). La misma alta rigidez institucional está dando lugar a experimentos institucionales, como las mancomunidades integrales extremeñas (Ley extremeña 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales Menores) o las mancomunidades comarcales valencianas (Ley valenciana 21/2018, de 16 de octubre, de Mancomunidades), que bien se pueden explicar por la rigidez y uniformidad de la planta local en España.

### 3. AUTONOMÍA LOCAL: COMPETENCIAS Y CONTROLES

§22 Ya se ha dicho que el texto principal de la Constitución canadiense (1867) nada dice del gobierno local, más que para reconocer la entera competencia de cada provincia. Resulta, además, que las provincias canadienses no tienen constituciones propias (como si ocurre en otros Estados federales, como Estados Unidos o Alemania). Significa esto, en suma, que las leyes provinciales que regulan el régimen local no tienen ningún límite normativo expreso, salvo los que puedan derivar de los derechos fundamentales que desde 1982 incluye la *Constitutional Act*. Podría pensarse, en consecuencia, que a falta de garantías constitucionales expresas la autonomía local de las *municipalities* canadienses es comparativamente menor, o de peor calidad, que la que es propia de los municipios españoles. Así se ha entendido a veces en la doctrina canadiense, tomando como término de comparación la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (Garcea y Lesage, 2008: 168). Esta conclusión no sería correcta. Las leyes provinciales canadienses, si bien no tienen claros límites constitucionales a la hora de regular el régimen local, reconocen importantes espacios de autonomía para sus *municipalities*. Tanto en lo que se refiere a las competencias como en lo que hace a su capacidad organizativa y financiera. Las más recientes leyes provinciales suelen hablar ya de sus *municipalities* como un «nivel de gobierno» (Bish y Clemens, 2008: 22)<sup>17</sup> oponible al provincial y al federal. Por supuesto que en muchos ámbitos existen límites y supervisión provinciales. Es notorio que la planificación territorial de las provincias limita la autonomía urbanística municipal; y también es claro que las leyes provinciales autorizan a los correspondientes ministros de hacienda para dirigir y supervisar intensamente a las entidades locales de su territorio. Pero *la autonomía local es real*. Y en algunos ámbitos, muy destacable: fundamentalmente en aspectos de *organización interna*. O incluso para establecer el sistema electoral de cada municipio, donde cada pleno municipal cuenta con amplio margen de opción (*infra* § 33).

§23 Al otro lado del océano, España sí garantiza constitucionalmente la autonomía local (art. 137 CE). Además, tanto la Carta Europea de la Autonomía Local (1985) como algunos Estatutos de Autonomía, reafirman esa autonomía. Mas esas garantías constitucionales, internacionales o estatutarias son poco exigentes. Y no impiden que las leyes –tanto estatales como autonómicas– ordenen y condicionen la autonomía local de forma simétrica a como lo hacen las leyes canadienses. Más aún: así como se observa que en Canadá la autonomía local es *creciente* en los últimos dos decenios (Díez, 2009: 219), justamente lo contrario se puede decir de España. Si en Canadá las leyes provinciales de régimen local –siguiendo el modelo de Alberta– han ido expandiendo la autonomía local, en España las distintas reformas legales desde 2003 (Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local) y sobre todo la dramática reforma de 2013 (Ley de 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local) han ido en sentido contrario: limitando progresivamente la autonomía local. En ello han participado también las Comunidades Autónomas, normalmente mediante leyes sectoriales que regulan con detalle la forma en la que los municipios han de ejercer sus competencias. El Tribunal Constitucional (al menos hasta la STC 41/2016) ha sido muy permisivo con estas limitaciones legales de la autonomía local.

<sup>17</sup> Véase: Section 16 *Ontario Municipal Act* 2001.

§24 De los distintos indicadores con los que se puede medir la autonomía local (Rodríguez de Santiago, 2010: 525; Ladner et al., 2019: 37) aquí se va prestar atención a dos de ellos, las competencias y los controles. Otro muy relevante (la financiación) se tratará indirectamente en otra parte de este estudio (*infra* § 43).

### 3.1. Competencias

§25 En lo que hace a las *competencias*, con una simple observación de la realidad local se constata que los municipios españoles y las *municipalities* canadienses desarrollan actividades muy similares. Esto incluye los clásicos servicios de vecindad (suministro de agua potable, alcantarillado, limpieza de calles y jardines, alumbrado público o policía local). Tendencialmente, los municipios españoles están más presentes en los servicios sociales (complementando a las Comunidades Autónomas), mientras que en Canadá –salvo en Ontario– los servicios sociales son una cuestión eminentemente provincial (Bish y Clemens, 2008: 4). En cambio, las *municipalities* canadienses ejercen más funciones en materia de enseñanza, normalmente a través de autoridades independientes (los *school boards*), si bien en el último decenio las provincias están desplazando a los gobiernos locales de esta tarea históricamente local. Como singularidad, los municipios canadienses despliegan tareas de gestión aeroportuaria y servicios de control y suministro energético (Bish y Clemens, 2008: 29)<sup>18</sup>, lo que en España es una actividad regulada por el Estado y prestada por entidades privadas en competencia.

§26 Las actividades y servicios desarrollados por los municipios se fundamentan, tanto en Canadá como en España, en *competencias expresamente atribuidas* por las leyes. De dos formas: mediante listados sectoriales de competencias; y mediante alguna cláusula competencial general más o menos amplia. En Canadá, y partiendo de la tradicional comprensión de las entidades locales como creaciones o «criaturas» de cada provincia, se asumía pacíficamente que los gobiernos locales sólo podían actuar allí donde una ley provincial expresamente les confiriera autoridad o competencia. Por eso las leyes provinciales de régimen local tradicionalmente contienen un listado más o menos extenso de materias competenciales locales, la denominada «laundry list» (Mascarin y Williams, 2009: 8)<sup>19</sup>. Pero desde la década de los años 90 del siglo XX, el sistema ha ido evolucionando hacia una ampliación de las competencias locales (Garcea y Lesage, 2008: 168 y 178). En general, los gobiernos provinciales liberales han sido más favorables a la descentralización local que los conservadores (Garcea y Lesage, 2008: 169).

§27 De un lado, varias leyes provinciales de régimen local incluyen hoy un *mandato de interpretación amplia* de las competencias locales<sup>20</sup>. Al hilo de esta regulación legal, los tribunales acogen en la actualidad una comprensión amplia de las competencias locales. Tal y como lo expresa el Tribunal Supremo de Canadá: «This court has often reiterated the social and political importance of local governments. It has stressed that *their powers must be given a generous interpretation* because their closeness to the members of the public who live or work on their territory make them more sensitive to the problems experienced by those individuals» (la cursiva es mía)<sup>21</sup>.

Una segunda forma de expansión funcional de los gobiernos locales canadienses consiste en la introducción de *cláusulas competenciales generales*. Reconocen hoy las leyes provinciales que las entidades locales pueden hacer todo aquello que corresponde a una «natural person», siempre que sea para conseguir el bienestar de los vecinos<sup>22</sup>. Esta referencia a los poderes de las «natural persons» reenvía tanto al *common law* como al *statutory law* que regula las sociedades de capital. Es una cláusula legal directamente emparentada con la que para Inglaterra (desde 2011) también incluye la *Localism Act* (“A local authority has power to do anything that individuals generally may do”). Aunque en su tenor literal la cláusula competencial general resulta amplia, también tiene límites. En primer lugar, la cláusula competencial general no incluye por sí aquellas potestades (*powers*) que no reconoce el *common law*, como el poder tributario o expropiatorio, por lo que tales poderes sólo se pueden ejercer en los casos y en la forma que especifican las leyes de régimen local. En segundo lugar, la competencia local general lógicamente se contrae a los asuntos de

<sup>18</sup> En las leyes provinciales, véase: articles 14 a 18 *Loi sur les compétences municipales du Québec*; Section 303 (1) *Nova Scotia Municipal Government Law* 1998.

<sup>19</sup> Véase hoy: Sections 10 y 11 *Ontario Municipal Act* 2001; y article 4 *Loi sur les compétences municipales du Québec* 2005.

<sup>20</sup> Así: Section 8 (1) *Ontario Municipal Act* 2001; Section 9 *Alberta Municipal Government Act* 2000; Section 14 A) *Nova Scotia Municipal Government Act* 1998.

<sup>21</sup> *Guinard v St-Hyacinthe (Ville)*, [2002] S.C.J. No 16, 27 M.P.L.R (3d) 1, párrafo 17.

<sup>22</sup> Section 9 *Ontario Municipal Act* 2001; Section 6 *Alberta Municipal Government Act* 2000; article 85 *Loi sur les compétences des municipalités du Québec* 2005.



interés local. Y aquí la jurisprudencia está acotando qué es y qué no es de interés local. Según el Tribunal Superior de Ontario, en un recurso contra la prohibición de comercialización de la aleta de tiburón establecida mediante ordenanza (*bylaw*) de la ciudad de Toronto: «In considering the breadth of the power of the City, it is important that the powers are delegated to the City [by the Toronto Act] to enable it to deal with “municipal issues”, a term which is not defined. A by-law must have a proper municipal purpose; otherwise it falls outside the jurisdiction of the City and the powers delegated to it...»<sup>23</sup>.

§29

Volviendo a la comparación, también el *Derecho local español* tiene, como el de las provincias canadienses, listados de competencias locales y algunas cláusulas generales de competencia. Pero no exactamente con el mismo alcance y efectos.

- a) De entrada, las leyes españolas contienen tanto *atribuciones* competenciales sectoriales como *deberes* prestacionales (los servicios obligatorios del art. 26.1 LBRL, reproducidos también en leyes autonómicas, como el art. 67 del Decreto Legislativo catalán 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local). La distinción no es irrelevante, y es un indicativo de menor autonomía política en los municipios españoles. En principio, siguiendo una consideración elemental e implícita en el régimen local canadiense, un gobierno local elegido *democráticamente* para el desarrollo de prioridades políticas propias necesita que la ley (*statute*) le atribuya competencias. Pero el ejercicio de esas competencias es –dentro de los límites de la ley– una *decisión política* de cada municipio. De ahí que resulte extravagante la idea misma de servicios públicos *obligatorios*. La falta de actividad del ayuntamiento, para servicios que le atribuye o permite la ley, será un problema de *responsabilidad política* del alcalde y los concejales ante los electores. Pero no la infracción de un deber legal. En España, en cambio, un legado del centralismo y de las recurrentes autocracias a lo largo del siglo xx es la fijación por ley de servicios municipales obligatorios. Con lo que son las leyes y los tribunales –y no los electores– quienes exigen el efectivo ejercicio de las competencias municipales.
- b) Las competencias de los municipios españoles, atribuidas por las distintas leyes sectoriales estatales o autonómicas –en el marco del listado de materias del art. 25.2 CE y de los listados contenidos en algunos Estatutos de Autonomía– no se limitan a otorgar facultades. También *regulan su ejercicio*. Las leyes sectoriales españolas en materias competenciales locales son claramente *prescriptivas*. Regulan –con frecuencia con gran nivel de detalle– el ejercicio de las competencias que otorgan. O remiten esa regulación a reglamentos estatales o autonómicos (no locales). Piénsese, por ejemplo, en la recogida y eliminación de los residuos sólidos, donde la Ley 22/2011, de 28 de julio, no se limita a enunciar las competencias municipales (art. 12.5), sino que también regula su ejercicio. La densa regulación legal, tanto estatal como autonómica, limita la existencia de políticas públicas propiamente locales en las materias de su competencia. Y un buen indicador de ello es el escaso número relativo de ordenanzas municipales, consecuencia lógica de que todo lo jurídicamente relevante (como los derechos y deberes de los vecinos) está ya acabadamente regulado en normas de superior nivel. Por comparación, las leyes locales canadienses son normalmente más autorizatorias (*enabling*) que prescriptivas (Mascarín y Williams, 2009: 17). Es cierto que también en las leyes provinciales canadienses –tanto las de régimen local como las sectoriales– se encuentran algunos parámetros normativos sobre el ejercicio de las competencias que otorgan. Pero tales parámetros son normalmente muy selectivos y más imponen límites concretos a la actuación local que prescriben la concreta forma de actuación municipal<sup>24</sup>.
- c) Lo dicho no es óbice para que, si bien las leyes no regulan en detalle el ejercicio de las competencias locales, diversos órganos gubernativos provinciales (tanto los ministros como diversos *boards*

<sup>23</sup> *Eng v Toronto (City)*, [2012] O.J. No 5661, 6 M.P.L.R. (5<sup>th</sup>) 1 (S.C.J), párrafo 19. Véase también, en relación con la prohibición de las cachimbas en la ciudad de Toronto: 232169 Ontario Inc. (c.o.b. Farouz Shesa Café) v Toronto (City), [2017] O.J. No. 3042, 2017 ONCA 484 (CA).

<sup>24</sup> Por ejemplo, cuando la *Section 18 Alberta Municipal Government Act* atribuye a las entidades locales poder sobre las carreteras locales, apenas si añade algunas precisiones y límites sobre el ejercicio de este poder (Ss. 22 y 23), pero no añade una regulación complementaria sobre el ejercicio de tal competencia. Igualmente, cuando el artículo 34 *Loi de Cités et Villes* (Québec) otorga a los municipios quebequeses competencias sobre eliminación de residuos, apenas si añade la posibilidad de gestión indirecta del servicio (si bien en todo caso la entidad local está vinculada –como cualquier otra persona productora o gestora de residuos– por la legislación general de medio ambiente y residuos de cada provincia). Y ya por último, la *Section 325 Nova Scotia Municipal Government Act* enuncia extensamente todas las políticas públicas que pueden desarrollar los municipios en materia de residuos sólidos, pero no regula ni estandariza el ejercicio de la competencia.

sectoriales) sí ejerzan una amplia dirección gubernativa sobre las entidades locales. Así, por ejemplo, la Section 456 (1) *Nova Scotia Municipal Government Act* establece que «The Minister [provincial] may order a municipality to do anything required by law or by agreement with the Minister (...), or necessary or desirable in the interest of the municipalities...». Estas amplias facultades de dirección gubernativa supralocal son casi desconocidas en el régimen local español (*infra* § 30).

- d) Menos diferencias sustanciales se pueden identificar, en cambio, en las *cláusulas competenciales generales* en Canadá y en España. En ninguno de los dos casos, y a diferencia por ejemplo de Alemania (art. 28 II de la *Grundgesetz*), existe una cláusula *constitucional* que atribuya a los gobiernos locales una competencia universal limitable por la ley (Velasco, 2009: 51; otra opinión: Carro, 1999-2000: 48-51; Ortega, 2000: 39; García Roca, 2004: 23). En Canadá, como en España, las posibles cláusulas generales han de encontrarse necesariamente en la ley. En el caso de Canadá ya se ha visto que esas cláusulas hacen referencia al poder propio de cualquier «natural person». En el caso de España, el actual art. 7.4 LBRL actúa como una competencia municipal universal [STC 41/2016, FJ 10 d)] aunque somete el ejercicio de esa competencia a exigencias de sostenibilidad y «no duplicidad». Es cierto que las cláusulas competenciales generales de las leyes locales canadiense son bien distintas, en su forma normativa, a la competencia municipal general del art. 7.4 LBRL. Pero en la práctica, en ambos casos la competencia es tendencialmente amplia. En el caso de Canadá, porque el límite real de la competencia universal está en la existencia de «interés local» en la cuestión. Y en el caso de España, porque el doble control autonómico o estatal de «sostenibilidad y no duplicidad» ha sido de facto desactivado por la jurisprudencia constitucional y por las leyes autonómicas de desarrollo de la LBRL (Velasco, 2015: 35).

### 3.2. Controles

#### §30

El segundo indicador de autonomía local, de los aquí considerados, es el de los *controles supralocales*. Podemos seguir, para guiar la exposición, la distinción tradicional y frecuente entre controles de oportunidad y controles de legalidad.

- a) En *Canadá* son relativamente frecuentes los controles provinciales, sobre todo en materia urbanística y tributaria. Esos controles a veces se ejercen directamente por los ministros provinciales<sup>25</sup>. Aunque lo normal es que los controles se ejerzan por órganos provinciales independientes, siguiendo la tradición británica de los *tribunals*<sup>26</sup>. La misión principal, aunque no única de los *tribunals* es resolver las disputas entre los municipios y los particulares (entre ellas, las que tienen que ver con el planeamiento urbanístico y con las valoraciones catastrales). Esta labor no es el simple y estricto control de legalidad de decisiones municipales. Entre otras cosas, porque los parámetros de legalidad no siempre son precisos. Los *tribunals* pueden corregir las decisiones de las *municipalities* por razones de legalidad (*law*) y también con fundamentos de interés público (*policy*), a partir de una distinta valoración de los hechos<sup>27</sup>. Además de las apelaciones, los tribunales también realizan otras labores de control no litigioso sobre los municipios, sobre todo en materia financiera. En última instancia, y más allá de los recursos ante los *tribunals*, siempre existe el control de legalidad *sensu stricto* a través de los órganos judiciales provinciales (*courts*), con posible apelación ante el Tribunal Supremo de Canadá, si bien la vía judicial es relativamente inusual, entre otras razones por la amplia deferencia que los órganos judiciales conceden a las decisiones políticas locales (Díez, 2009: 247).
- b) Bien distinto es el sistema de controles en España. Aquí, una temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>28</sup> prohibió todo control de *oportunidad* sobre las entidades locales constitucionalizadas

<sup>25</sup> Para Alberta, véanse los controles ministeriales regulados en las Sections 570 (1) 574 y 603 (1) *Alberta Municipal Government Act* 2000, que incluyen tanto las inspecciones ministeriales como la suspensión de decisiones municipales e incluso la aprobación sustitutoria y provisional de ordenanzas por el ministro. Para Nova Scotia, véanse los poderes ministeriales de aprobación previa de decisiones locales, incluidas las ordenanzas, en las Sections 79 D) y 450 *Nova Scotia Municipal Government Act* 1998.

<sup>26</sup> En relación con British Columbia: Bish y Clemens, 2008: 19. Para Ontario: Environment and Land Tribunals Ontario (ELTO), que sustituye desde 2018 al muy criticado (por sus amplios poderes) Ontario Municipal Board (<https://elto.gov.on.ca>). Para Québec, desde 1932: Commission Municipal (<http://www.cmq.gouv.qc.ca>). En Manitoba actúa, desde 2017, el Manitoba Municipal Board (<https://www.gov.mb.ca/municipalboard>).

<sup>27</sup> En relación con las valoraciones catastrales: Section 324 *Alberta Municipal Government Act* 2000.

<sup>28</sup> STC 4/1981, FJ 3. Y luego: SSTC 27/1987, FJ 2 y 46/1992, FJ 2.

(municipios, provincias e islas), y también toda suerte de control de *legalidad sistemático* que «situara a las entidades locales en una posición de sumisión cuasijerárquica». A estos límites constitucionales se han sumado otros límites impuestos por la legislación básica estatal (arts. 65 y ss. LBRL), que con carácter general prohíbe también cualquier *control de legalidad sectorial* que no esté expresamente previsto en una ley estatal. De manera que hoy en España sólo son constitucionalmente posibles los controles de legalidad específicos (sectoriales), y sólo cuando así lo prevea expresamente una ley estatal (como hacen, por ejemplo, los arts. 18 a 26 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera).

§31 Según se ve, el régimen de controles supralocales en Canadá, ejercido siempre por las provincias y nunca por el gobierno federal, es más amplio que en España. Y no se limita a controlar la legalidad de la actuación local. Poniendo en relación este dato con la menor densidad normativa de las leyes provinciales canadienses que regulan la actuación local, resulta que el mayor margen de opción política de las *municipalities* canadienses (por la menor densidad prescriptiva de sus leyes) se equilibra con un *mayor control político* o de oportunidad de la provincia (Díez, 2009: 228). Sería justo el envés del régimen local español, donde las leyes (y reglamentos gubernativos) dejan menor poder de opción política a los municipios, pero son muy escasos los controles gubernativos supramunicipales, tanto de legalidad como de oportunidad. Los controles, normalmente de legalidad, corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa.

#### 4. DEMOCRACIA

§32 Los gobiernos locales, tanto en Canadá como en España, cuentan con legitimidad democrática. Pero las formas y alcance del principio democrático no son del todo coincidentes. Y estas diferencias son determinantes para todos los aspectos de la actividad local. De entrada, en los municipios canadienses apenas si están presentes los *partidos políticos* (Graham y Phillips, 1998: 105). Desde luego, los partidos políticos de ámbito nacional (como el partido liberal, el conservador, o el popular) no participan en los procesos políticos locales. Muy parecida es la situación con los partidos políticos provinciales. En ocasiones hay partidos políticos propiamente locales, pero lo normal es que la política local corra al margen de los partidos políticos. Sólo en Québec hay –y en todo caso de forma limitada– una mayor presencia de partidos políticos en el ámbito local.

§33 La situación descrita guarda estrecha relación con el propio *sistema electoral*, que normalmente lo decide cada entidad local, en el marco de opciones que ofrece la ley provincial de elecciones locales<sup>29</sup>. En la mayoría de los casos, y siguiendo la tradición británica, el sistema electoral es *mayoritario* y por circunscripciones múltiples (*wards*) en cada una de las cuales se elige uno o varios concejales (Sancton, 2015: 186). Son pocas las excepciones a este sistema. Sólo en British Columbia está extendida la elección mayoritaria en circunscripción municipal única. En el sistema electoral mayoritario por circunscripciones múltiples, y como ocurre también en los Estados Unidos, es determinante el número y la *delimitación territorial* de las circunscripciones. Por definición, en un sistema mayoritario las minorías de cada circunscripción no obtienen representación. Y si el mismo efecto se repite en muchas circunscripciones, puede darse el resultado final de que amplios sectores de la población municipal, por no ser mayoritarios en ninguna circunscripción, no obtienen ningún concejal en el pleno. Esto explica que en alguna ocasión los *tribunals* provinciales (*supra* § 30) hayan anulado delimitaciones de circunscripciones que de hecho impedían que determinados barrios y sectores sociales homogéneos pudieran elegir a su propio concejal<sup>30</sup>. No hace falta insistir en la importancia social y política que en Canadá se concede a la diversidad social. Y de ahí la importancia de que los grupos sociales homogéneos puedan obtener representación en un sistema electoral mayoritario con circunscripciones múltiples. Normalmente, en las mismas elecciones municipales en las que se eligen concejales se elige también directamente al *alcalde* o alcaldesa (en este caso, obviamente la circunscripción electoral es única).

<sup>29</sup> Por ejemplo: Section 147 (2) *Alberta Municipal Government Act* 2000.

<sup>30</sup> Es el caso de la delimitación de circunscripciones en Ottawa, que fue anulada por el Ontario Municipal Board (órgano provincial independiente) por medio de la decisión 0605, de 8 de marzo de 2003. Un relato completo del litigio y de la redefinición de las circunscripciones, en: <https://app06.ottawa.ca/calendar/ottawa/citycouncil/csedc/2004/08-17/ACS2004-CRS-SEC-0037>. Sobre la modificación de las circunscripciones de Toronto, véase la decisión del Ontario Municipal Board MM170033, de 15 de diciembre de 2017 (<http://www.omb.gov.on.ca/e-decisions/mmm170033-dec-15-2017.pdf>).

Es la regla por defecto en algunas leyes provinciales<sup>31</sup>, rara vez sustituida por la elección indirecta (esto es, por el pleno, de entre los concejales) en las ordenanzas electorales locales.

§34 La democracia es algo más que las elecciones. Al margen de los procesos electorales, la *participación ciudadana* en los asuntos locales es muy considerable en Canadá. En forma de procedimientos participativos, comités ciudadanos y consultas (Graham y Phillips, 1998: 114; Bish y Clemens, 2008: 2). Es más, las reformas legislativas de los años 90 del siglo xx y primera decena de siglo xxi insistieron en la participación ciudadana, como también en la transparencia (Garcea y Lesage, 2008: 183). Incluso incentivaron la creación de distritos internos en las grandes ciudades (*boroughs*, *arrondissements*) como forma de participación de los vecindarios en el gobierno de la ciudad. Es el caso de Montréal, Toronto o Halifax (Garcea y Lesage, 2008: 165). Podría decirse que el aumento de autonomía local que contenían esas reformas legales (por el aumento de las competencias locales y por la reducción de los controles provinciales) se compensaba con controles democráticos difusos, mediante la transparencia y la participación ciudadana. Desde otra perspectiva, la permanente atención de los concejales electos a los vecinos de su circunscripción es coherente con dos factores políticos e institucionales ya señalados: la general ausencia de partidos políticos en el ámbito local y la general implantación de sistemas electorales mayoritarios –normalmente por circunscripciones de un solo candidato–. Estos factores estrechan la relación continua entre cada concejal electo y su vecindario o circunscripción.

§35 Lo descrito para los gobiernos locales canadienses claramente contrasta con la forma de la democracia local en *España*. Tanto en lo que hace al sistema electoral como en lo que se refiere a la participación ciudadana. En España, salvo en los municipios pequeños, los partidos monopolizan la vida política local. Los concejales independientes sólo fueron cuantitativamente relevantes en las primeras elecciones democráticas (1979), disminuyendo continuamente desde entonces (Navarro et al., 2019: 33). En directa relación con ello, el *sistema electoral uniforme* en España es de circunscripción municipal única; y proporcional corregido, mediante la fórmula D' Hondt (art. 205.3 de Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General [LOREG]), excepto en los municipios muy pequeños, donde el sistema electoral es mayoritario (art. 184 LOREG). De otro lado, la participación local, aunque está claramente incentivada por la las leyes, tanto estatal (art. 69 LBRL) como autonómicas, también encuentra algunos límites legales considerables (para las consultas ciudadanas: art. 71 LBRL) y en la práctica cumplen una función secundaria.

§36 Las notorias diferencias en las formas democráticas entre España y Canadá permiten planear algunas *valoraciones comparativas*, en dos órdenes: en lo que se refiere a la calidad de la democracia local; y en lo que hace a la relación entre legitimidad democrática y la forma de gobierno local.

- a) En términos comparados se podría pensar que la democracia local es *más activa o intensa* en Canadá que en España. La imagen social de los concejales canadienses en continua conexión con su electorado, sumada a la múltiple y real existencia de múltiples formas de participación ciudadana (más allá de las elecciones), parecerían avalar aquella conclusión. Pero hay algunos datos que la debilitan. De un lado, la *participación electoral* en los municipios canadienses es normalmente muy baja, rara vez por encima del 40% del censo (Graham y Phillips, 1998: 95; Kushner y Siegel, 2006: 264). Así, por ejemplo, en las últimas elecciones en Toronto (2018) la participación fue del 41% de censo electoral. Este dato contrasta con las elecciones en la ciudad española comparable (Madrid), donde en las elecciones locales de 2019 la participación fue del 67,6% del electorado<sup>32</sup>. Con estos datos podría plantearse, para Canadá, si la intensa participación ciudadana está socialmente extendida o si sólo corresponde a ciertos grupos y sectores sociales minoritarios pero muy activos en la vida local (y a veces simplemente defensores de un concreto *status quo*, como son los movimientos locales NIMBY [*not in my back yard*]). Lo que sí parece una valoración comparada plausible es que la democracia local española es *más electoral que participativa*. Y que son los partidos –y no los ciudadanos o los vecindarios– quienes protagonizan la vida política. De otro lado, la democracia electoral en España dificulta la representación de las *minorías ciudadanas* y de los barrios o vecindarios. Estos sectores o grupos sociales, ni siquiera cuando están organizados, pueden competir electoralmente en un sistema proporcional de circunscripción única. En esto, como se ha visto, la democracia elec-

<sup>31</sup> Así, Section 150 *Alberta Municipal Government Act* 2000; y para los *counties* también la Section 12 (8) *Nova Scotia Nova Municipal Government Act* 1998.

<sup>32</sup> Para Toronto, véase la web oficial del municipio: <https://open.toronto.ca/dataset/elections-voter-statistics/>. Para Madrid se puede consultar la web oficial del Ministerio del Interior: <https://resultados.eleccioneslocaleseuropaes19.es/#/es/mun/resultados/provincias/madrid>.

toral canadiense es notoriamente más favorable a las minorías o los grupos sociales mayoritarios en concretos barrios, aunque minoritarios en el conjunto de la ciudad.

- b) En principio, la forma de la democracia local en Canadá augura *gobiernos débiles*. Cada concejal se debe a su propia circunscripción. Y esto indica que las políticas de ciudad son el resultado de muy complejos acuerdos entre los diversos concejales y los intereses vecinales que representan (menos críticos: Graham y Phillips, 1998: 126). La inexistencia de partidos políticos locales agudiza esta situación, pues no existe una organización estable que de coherencia a los objetivos de cada concejal. Este resultado podría ser compensado –en hipótesis– reforzando las competencias del alcalde, frente a las del pleno. Pero como se verá en seguida, en la realidad local canadiense el alcalde es más un mediador o componedor de intereses (*broker*) que un órgano con poder público relevante. El contraste con la democracia local española es muy notorio. De un lado, el acceso de las minorías al pleno municipal es, como consecuencia del sistema electoral proporcional y la circunscripción única, muy limitado. Y sobre todo, los concejales no se deben a concretos vecindarios o grupos sociales, sino al conjunto de los electores y al partido que los presenta en sus listas. A esto hay que sumar la forma del gobierno local, que en España concede mucho poder directo al alcalde (arts. 21 y 124 LBRL) o a la junta de gobierno dependiente del alcalde (art. 127 LBRL). Todos estos factores políticos e institucionales conducen –normalmente– a gobiernos locales *más fuertes*, con más capacidad para reformas y decisiones estratégicas o de ciudad. Este resultado será muy claro cuando un partido obtenga una mayoría absoluta o muy clara en el pleno; y el gobierno local será algo más débil si el partido del alcalde no cuenta con esa mayoría en el pleno. Pero incluso en este último caso, las atribuciones legales propias de la alcaldía y la junta de gobierno (dependiente del alcalde) aseguran un amplio poder de decisión y liderazgo político en la ciudad (Navarro et al., 2019: 41). Lo dicho no cuestiona que en Canadá puedan existir gobiernos locales fuertes. Montréal es un buen ejemplo. Pero estos gobiernos locales resultan de sus concretos contextos sociales y políticos y de los liderazgos de algunos alcaldes carismáticos (Sancton, 2015: 232), más que del sistema político y de la forma de gobierno local.

## 5. FORMA DE GOBIERNO

- §37 Con la expresión «forma de gobierno» se hace referencia a cómo se distribuye el poder en el seno de las entidades locales. Esto es, cuáles son las atribuciones de cada órgano de gobierno. De entrada, hay que señalar que entre Canadá y España hay una diferente concepción sobre qué es gobierno (político) y qué administración ordinaria de la correspondiente entidad local. En Canadá los perfiles de ambas tareas están más marcados. En España, en cambio, la generalizada calificación de las entidades locales como Administraciones públicas (Parejo, 2004: 55) desdibuja las diferencias entre la política y la gestión local. Esta confusión, en España, se corrobora con la práctica: el alcalde, la junta de gobierno y los concejales (actuando por delegación de los dos anteriores) de hecho ejercen funciones típicamente administrativas y de gestión ordinaria de sus municipios. La figura del *chief administrative officer* (CAO), una suerte de directivo público profesional responsable de la gestión ordinaria del ayuntamiento, apenas si tiene real correspondencia en España. Sólo algunos municipios grandes o muy grandes, algunas diputaciones provinciales y algún cabildo insular cuentan con puestos próximos a los directivos públicos profesionales.
- §38 En una visión global de las distintas provincias canadienses, cuatro son las notas características destacables, en cuanto a la forma de gobierno: la amplia disponibilidad que tiene cada *municipality* para decidir la distribución interna de atribuciones; el generalizado protagonismo del pleno (*council*) y sus comités (*committees*); la posición secundaria del alcalde (*mayor*); y el protagonismo de los directivos públicos profesionales (*chief administrative officers*) en la gestión local. Veamos.
- §39 En primer lugar, la forma de gobierno local no está por completo impuesta por las leyes provinciales de régimen local. Con frecuencia, las leyes provinciales *autorizan a los municipios* para que –con ciertos límites– decidan mediante ordenanzas o reglamentos orgánicos (*bylaws*) su propia organización interna. Así, por ejemplo, la existencia de un órgano ejecutivo como la junta de gobierno (*cabinet, comité executif*) es una decisión local<sup>33</sup>. En general, este poder de autoorganización se percibe más limitado en la provincia

<sup>33</sup> Articles 70.1 a 70.9 *Loi sur les Cités et Villes du Québec* 2005.

de Québec (sobre todo en relación con los municipios pequeños<sup>34</sup>). Es frecuente que la ley provincial establezca una forma organizativa por defecto, modificable por ordenanza de cada *municipality*<sup>35</sup>. El contraste con el sistema de gobierno local en España es considerable. Aquí, el sistema de gobierno es muy uniforme, definido extensivamente en la legislación básica estatal (arts. 21 y 22 LBRL y, para los municipios de gran población, arts. 123 a 127 LBRL). El margen de opción tanto para las leyes autonómicas de régimen local como para los reglamentos orgánicos de cada entidad es muy limitado. Cuestión distinta es que mediante la práctica generalizada de las delegaciones, normalmente del alcalde en concejales (arts. 21.3 y 124.5 LBRL) o de la junta de gobierno en concejales (art. 127.2 LBRL) y más rara vez del pleno en la junta de gobierno (art. 22.4 LBRL), de hecho cada ayuntamiento relocaliza las atribuciones que la ley asigna al alcalde o al pleno municipal.

§40 En segundo lugar, y tanto por decisión legal como por opción normativa de cada entidad local, en Canadá el *pleno local* ejerce la mayoría de las funciones decisorias (Sancton, 2015: 174 y 182)<sup>36</sup>. Y lo hace, normalmente, en forma de ordenanza. Dada la enorme magnitud de las atribuciones del pleno, lo normal es que éste actúe mediante *comités* sectoriales, permanentes o coyunturales, que deciden por delegación del pleno. En suma, el gobierno local canadiense es eminentemente *corporativo*. Lo cual guarda estrecha relación con la generalizada elección de los concejales por circunscripciones múltiples (*supra* § 33), lo que multiplica las legitimidades democráticas individuales y su necesaria concurrencia en la adopción de decisiones. Aquí también es notorio el contraste con el sistema de gobierno local en España, donde hay un mayor equilibrio de poder entre el pleno local, de un lado, y el alcalde o la junta de gobierno, del otro lado. Por supuesto que en España las decisiones políticas más trascendentes o estratégicas están reservadas al pleno. Pero, como demuestran las recientes experiencias de alcaldes y alcaldesas en minoría, en España es posible el gobierno local con la oposición mayoritaria del pleno (Navarro et al., 2019: 42), lo que es inimaginable en Canadá.

§41 Aunque hay varios modelos de *alcaldías*, en cada provincia y dentro de cada provincia canadiense, en términos generales los alcaldes y las alcaldesas (son pocas estas, por cierto) prácticamente *carecen de poder público formal* (Sancton, 2015: 229), de atribuciones decisorias concretas distintas de la dirección política general y la fijación del orden del día del pleno<sup>37</sup>. El *mayor, head of council o chief elected officer*, como se le denomina en algunas provincias, es más un mediador entre intereses contrapuestos (*broker*) que un cargo con poder decisorio. Las leyes provinciales que siguen el modelo de Alberta permiten a las *municipalities* aumentar el poder decisorio del alcalde, restringiendo el del pleno<sup>38</sup>, aunque de hecho son pocas las entidades locales (algunas muy importantes, como Toronto, Montréal o Winnipeg) en las que el pleno opta por perder poderes frente al alcalde. Bien diferente es la alcaldía en el régimen local español. Desde la perspectiva canadiense podría decirse que la forma de gobierno local en España es claramente *presidencialista*. En los municipios españoles de régimen común, el alcalde cuenta con numerosas atribuciones propias, tanto de carácter político como administrativas o resolutivas (art. 21.1 LBRL). Y en los municipios de gran población, aunque la alcaldía pierde competencias decisorias y ejerce una función de liderazgo político (art. 124.4 LBRL), lo cierto es que la pérdida de competencias decisorias no es en favor del pleno, sino de la junta de gobierno local, que preside el alcalde y en la que nombra discrecionalmente a todos sus miembros. Con lo que, en última instancia, también en los municipios de gran población hay una distribución equilibrada de poder entre el alcalde (con la junta de gobierno) y el pleno municipal.

§42 Finalmente, en Canadá la gestión ordinaria de cada *municipality* está relativamente separada de los órganos políticos (*council & mayor*). Mucho más en los municipios grandes que en los pequeños (Garcea y Lesage, 2008: 180). Es clave en este sentido la figura del *city manager o chief administrative officer*, derivado del movimiento de reforma local en los Estados Unidos y que ha encontrado buena acogida en Canadá. Incluso se ha impuesto legalmente en algunas provincias como Québec (aunque sólo para las grandes ciudades, no para los demás municipios<sup>39</sup>), las «provincias de la pradera» (Manitoba, Saskatchewan, Alberta<sup>40</sup>)

<sup>34</sup> Cfr.: articles 79-108, 143-164, 445-454 *Code Municipal du Québec* 1916; articles 318 a 333 y 340 a 368 *Loi sur les Cités et Villes du Québec* 2005.

<sup>35</sup> Así: Sections 143-146 *Alberta Municipal Government Act* 2000.

<sup>36</sup> Cfr.: Section 5 (1) *Ontario Municipal Act* 2001; article 83 *Code Municipal du Québec* 1916; article 47 *Loi sur les Cités et Villes* 2005; y Section 14 *Nova Scotia Municipal Government Act* 1998.

<sup>37</sup> Cfr.: Section 154 *Alberta Municipal Government Act* 2000 y Section 226.1 *Ontario Municipal Act* 2001; article 52 *Loi sur les Cités et Villes du Québec* 2005.

<sup>38</sup> Así: Section 202 (2) *Alberta Municipal Government Act* 2000.

<sup>39</sup> Cfr.: article 112 *Loi sur les Cités et Villes du Québec* 2005 y articles 210 y 211 *Code Municipal du Québec* 1916.

<sup>40</sup> Section 205 (1) *Alberta Municipal Government Act* 2000.

y Nova Scotia (aunque sólo para sus *regional municipalities*<sup>41</sup>). El *city manager*, que es un puesto directivo profesional y no un cargo electo, dirige al conjunto de la administración y los empleados locales. Según esto, no son ni el *council*, ni sus múltiples *committees*, como tampoco los concejales o *councillors* quienes directamente o por delegación –como en España– gestionan cada localidad. Los órganos políticos hacen *policy*, no *administration*. Lo expresa muy bien la Section 30 (4) de la *Nova Scotia Municipal Government Act* cuando establece que ningún concejal puede dar instrucciones a los empleados municipales, pues esta es una función reservada al *city manager*. Aquí el contraste con el régimen local español no puede ser más claro. El directivo público profesional es un puesto institucional que, aunque esté previsto en el art. 13 EBEP, no ha tenido un desarrollo apreciable (Jiménez Asensio, 2009: 60). Con algunas excepciones notables, la administración ordinaria de las entidades locales no se dirige por directivos profesionales, sino por concejales delegados, con la menor o mayor colaboración de funcionarios con habilitación nacional (secretarios, interventores, tesoreros). Esto explica también la alta profesionalización relativa de los concejales, incluso en los municipios pequeños y medianos. Y aunque en Canadá también es frecuente la profesionalización de los concejales, es un fenómeno más restringido a las grandes ciudades (Sancton, 2015: 270).

## 6. FINANCIACIÓN

§43 En términos contables, las haciendas locales, tanto en Canadá como en España, están *saneadas*. Esta afirmación puede parecer paradójica si tenemos en cuenta las reiteradas quejas sobre financiación de los representantes políticos locales (tanto en Canadá como en España) y que algunas necesidades financieras (por la mayor demanda de servicios locales cada vez más costosos y por las necesidades de renovación de infraestructuras que han devenido rápidamente obsoletas) no vienen acompañadas de un aumento correlativo de los ingresos. Por eso hay que precisar que el buen estado de la hacienda local se refiere al balance contable de activos y pasivos (*assets and liabilities*) o al equilibrio de ingresos y gastos presupuestarios (*revenues and expenditures*). Pero esto tiene más que ver con los límites legales al endeudamiento y al déficit presupuestario que con la necesidad real de mejora de la financiación, que es un problema real tanto en Canadá como en España.

§44 Es una constante casi universal que los gobiernos locales se financian por *tres vías principales*: impuestos propios; transferencias centrales o regionales; y tasas o precios por la prestación de servicios públicos. A estas tres fuentes principales de financiación se suman otras normalmente menores, como el crédito público o privado, operaciones o ingresos por patrimonio propio, contribuciones de promociones urbanísticas, o el producto de las sanciones pecuniarias. Lo que cambia de país a país no es tanto la tipología de las fuentes de ingresos como la *relevancia* de cada una de esas fuentes en el presupuesto local. El esquema general expuesto es, en lo que sigue, la base para la comparación de la financiación local en Canadá y en España. Recordando de nuevo, eso sí, que en España el sistema financiero local es prácticamente uniforme (regulado en la Ley de Haciendas Locales) y en Canadá se regula por completo por cada provincia (con frecuencia, en la correspondiente ley general de municipios o gobiernos locales). En el cuadro que sigue se cifran, con información estadística correspondiente a 2017 (para Canadá) y a 2016 (para España), y una vez homogeneizadas las correspondientes categorías, los rendimientos de cada fuente de ingresos<sup>42</sup>. Para Canadá se han seleccionado los datos referidos a sólo tres provincias, las más pobladas (Ontario, British Columbia y Québec).

TABLA 1. CANADÁ

Ingresos (excluidos los provenientes de créditos y de subvenciones finalistas)	ONTARIO	BRITISH COLUMBIA	QUÉBEC
<b>Impuestos propios (% del total de ingresos)</b>	47	56,7	64,3
Impuesto de propiedad	(42)	(46,6)	(62,6)
Impuesto sobre bienes y servicios	(7)	(10,1)	(1,7)

<sup>41</sup> Section 28 *Nova Scotia Nova Municipal Government Act* 1998.

<sup>42</sup> Fuentes: *Statistics Canada*: Table 10-10-0020-01 (2017); Ministerio de Hacienda: *Haciendas locales en cifras 2016* (Madrid, 2018).

Ingresos (excluidos los provenientes de créditos y de subvenciones finalistas)	ONTARIO	BRITISH COLUMBIA	QUÉBEC
Tasas y cargas (% del total de ingresos)	20,8	34	17,8
Transferencias (generalmente provinciales) (% del total de ingresos)	22,2*	5,8	13,6
Otros (% del total de ingresos)	3	3,5	4,3

\* La elevada cifra de transferencias provinciales a las entidades locales de Ontario se explica porque en esta provincia, a diferencia de todas las demás, la sanidad y los servicios sociales se gestionan en buena medida por los municipios o entidades locales comarcales, y se financian precisamente mediante transferencias provinciales (SANCTON, A. *Canadian Local Governments. An Urban Perspective*, cit., pág. 295).

TABLA 2. ESPAÑA

Ingresos (excluidos los provenientes de créditos y de subvenciones finalistas)	
<b>Impuestos propios (% del total de ingresos)</b>	45,5
Impuesto sobre bienes inmuebles (IBI)	(27,9)
Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM)	(4,8)
Impuesto de actividades económicas (IAE)	(3,0)
Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO)	(1,4)
Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)	(5,6)
Otros	(2,8)
<b>Tasas (% del total de ingresos)</b>	16
<b>Transferencias (fundamentalmente del Estado) (% del total de ingresos)</b>	34
<b>Otros (% del total de ingresos)</b>	4,5

§45 Tal y como se aprecia en el cuadro anterior, en Canadá son los impuestos propios, y en especial el impuesto sobre bienes inmuebles (*property tax, taxe foncière*), la mayor fuente de ingresos en los presupuestos locales. Luego siguen las tasas por la prestación de servicios locales. Y el tercer puesto corresponde a las transferencias (normalmente provinciales). En España también los impuestos, y en especial el impuesto de bienes inmuebles (IBI), es la primera fuente de ingresos municipales, aunque con magnitudes inferiores a las de Canadá. Luego, a diferencia de Canadá, siguen las transferencias (normalmente estatales) y el tercer puesto es para las tasas. Una importante diferencia comparativa es que el sistema de financiación descrito rige en Canadá para todas las entidades locales (tanto municipios como comarcas, regiones o distritos metropolitanos), mientras que en España es bien distinta la financiación de los ayuntamientos, que se articula a través de las tres fuentes de ingresos mencionadas, y la de las entidades locales supramunicipales (provincias y, donde existen, comarcas), que se financian casi en exclusiva a través de transferencias, estatales o autonómicas.

§46 La medida en que un sistema financiero descansa sobre cada fuente de ingresos no es neutra, ni casual. La financiación municipal a través de *impuestos propios* potencia la eficiencia y la responsabilidad democrática en las decisiones políticas sobre gasto, porque la misma entidad que aprueba el gasto debe trasladar su coste a los ciudadanos. Pero un peso excesivo de la financiación impositiva puede generar graves desigualdades y la expulsión o «guetización» de la población con rentas bajas. Las *transferencias* estatales o regionales tienen una clara función compensatoria, porque las reciben (al menos) los municipios con menos recursos propios. Pero aportan poca responsabilidad en el gasto: las decisiones locales no miran a los costes, porque no los repercuten de forma inmediata sobre los vecinos del municipio. Finalmente, las *tasas* pueden resultar justas, porque se vinculan directamente al beneficio que obtiene quien las paga; y son eficientes, porque atemperan la demanda de servicios municipales (Duff, 2004: 391; Martínez, 2014: 52-63). Pero las tasas también pueden generar problemas de igualdad e incluso de exclusión, para aquella



población con poca renta y que ha de pagar por todo tipo de servicios locales. Según esto, y como guía para comparar los sistemas financieros locales en Canadá y en España, se podría considerar que un modelo óptimo es aquel que se nutre de forma *equilibrada* de estas tres formas básicas de financiación, en función del tipo de municipio (rural o urbano, con mayor o menor actividad económica) y de las actividades y servicios desarrollados por cada entidad local (Kitchen y Slack, 2016: 4). Así se asegura –al menos en parte– el efecto positivo de cada tipo de ingreso, y al tiempo se evita que el protagonismo excesivo de alguna fuente de ingresos genere efectos regresivos indeseables.

§47 En lo que hace específicamente a la financiación *con impuestos propios*, hay una clara simetría inicial entre la financiación municipal canadiense y la española, pues en ambos casos son los impuestos propios la mayor fuente de ingresos. Sentado esto, la mayor diferencia en la financiación por vía de impuestos está en el mayor o menor protagonismo del impuesto sobre la propiedad (IBI vs *property tax*). Y aquí claramente se observa que el *property tax* es prácticamente el único impuesto local con capacidad recaudatoria efectiva. Con frecuencia, las leyes provinciales sólo autorizan este impuesto municipal. Y aunque a veces enuncien un poder impositivo general a favor de los municipios, seguidamente prohíben un largo listado de hechos imponible, lo que en la práctica equivale a autorizar sólo el *property tax*<sup>43</sup>. Aunque las cifras varían de forma relevante en las distintas provincias, en todo caso se observa la altísima dependencia de las entidades locales canadienses respecto del *property tax*. Esta dependencia es frecuentemente cuestionada en ámbitos académicos (Kitchen y Slack, 2016: 7; una excepción: McMillan y Dahlby, 2014: 26). De un lado, por las propias limitaciones y externalidades inherentes a un impuesto sobre la propiedad inmueble (*infra* § 50); y de otro lado porque la concentración de la carga tributaria en un único impuesto (el *property tax*) dificulta la consideración de las diversas situaciones de capacidad contributiva, más allá de la titularidad de bienes inmuebles. En este punto ya se está experimentando en Canadá –teniendo en cuenta referencias comparadas que incluyen a España– una mayor diversidad de impuestos municipales. Por ejemplo, sobre la circulación de vehículos en las ciudades, o sobre las pernoctaciones hoteleras. Estas experiencias aproximan a Canadá al actual sistema de impuestos municipales en España, donde el IBI es sin duda la mayor fuente de ingresos tributarios, pero donde también hay aportaciones de otros impuestos: sobre los vehículos de tracción mecánica (IVTM); sobre el incremento del valor de los terrenos urbanos (IIVTNU); sobre las actividades económicas (IAE) o sobre las obras e instalaciones (ICIO). Y si bien es cierto que el rendimiento de cada uno de estos tributos municipales españoles es relativamente bajo (en comparación con la capacidad recaudatoria del IBI), también es cierto que de forma agregada son una importante fuente de ingresos sobre todo en fases álgidas del ciclo económico, porque descansan sobre hechos imponible que guardan directa relación con el aumento de la actividad económica (a diferencia del IBI, que grava de forma estable el valor catastral de los inmuebles). Igualmente, para reducir la relevancia global del *property tax* se ha propuesto en Canadá –al menos para las grandes ciudades– un gravamen local complementario sobre la renta y las ventas, gravamen asociado (*piggybacked*) y sobre la misma base imponible de los correspondientes impuestos federales o provinciales (*income tax* y *sales tax*) (Sancton, 2015: 327; Kitchen y Slack, 2018: 8). Esto es parcialmente distinto de la simple *cesión a* algunos municipios de los rendimientos de algunos tributos estatales (arts. 111 a 117 LHL) o de la *participación* de todos los municipios en los rendimientos de tributos estatales (arts. 118 a 126 LHL).

§48 En lo que hace específicamente a la estructura normativa del *property tax*, las similitudes con el IBI son considerables. En ambos casos la base imponible resulta de una previa valoración (*assessment*) de cada inmueble (*household*). Sobre esa base imponible cada municipio (o también cada entidad local supramunicipal, en el caso de Canadá) fija un tipo impositivo. Además, lo normal es que la valoración catastral no la haga la propia entidad local. En el caso de España, la valoración corresponde en exclusiva al Catastro (art. 65 LHL), y en Canadá suele corresponder a un órgano independiente provincial, aunque las leyes de algunas provincias autorizan a ciertas ciudades para hacer su propia valoración catastral (Sancton, 2015: 318)<sup>44</sup>.

§49 Aunque el *tipo impositivo* es una decisión política del pleno municipal (*council*), en Canadá existe una práctica presupuestaria constante según la cual el tipo de impositivo se calcula de forma mecánica, en función de la cifra total del gasto presupuestado que no se cubre con otras fuentes de ingresos presupuestadas (tasas y transferencias provinciales, fundamentalmente). La simple división del total de gasto presupuestado pendiente entre el valor catastral agregado de todos los inmuebles de cada municipio determinaría el tipo

<sup>43</sup> Por ejemplo, para los municipios pequeños y medianos de Québec: article 1000.1 *Code Municipal du Québec* 1916; y para las ciudades y villas: articles 486 y 500 *Loi sur les Cités et Villes du Québec* 2005.

<sup>44</sup> En ocasiones se autoriza a los ayuntamientos a hacer sólo la valoración referida a los inmuebles residenciales, pero no a los industriales (Section 302 *Alberta Municipal Government Act* 2000).

impositivo en cada ejercicio presupuestario. Esta práctica pone en directa relación la carga impositiva local (a través del *property tax*) con el gasto municipal, lo cual es muy valorable en términos de responsabilidad en el gasto local (*accountability*), aunque presenta como objeción que hace la actividad local muy dependiente de las decisiones tributarias (y con ello, de las movimientos políticos antitributarios muy presentes en Canadá, al igual que en los Estados Unidos). En términos generales, y dado el protagonismo del *property tax* en los municipios canadienses, el tipo de gravamen es sensiblemente más elevado en Canadá que en España. Así, si los municipios españoles tienen tipos generales IBI en torno al 0,50 % de la base imponible (que además se actualiza con considerable demora, por lo que por regla general el valor catastral no se corresponde exactamente con el valor real), en Canadá el tipo impositivo está más bien en torno al 1,5 % y en las grandes ciudades –excepto Vancouver– es incluso más alto (1,9 % en Toronto, 1,9 en Montréal, 2,47 % en Mississauga), tipos estos que incluyen el tramo de gravamen directamente destinado a la financiación de las escuelas.

§50 El alto valor del *property tax* en las ciudades canadienses explica el enorme *protagonismo político* de este impuesto en la vida política de las ciudades canadienses. De un lado, la característica expansión urbanística horizontal de las ciudades canadienses (*urban sprawl*) tiene mucho que ver con el interés municipal en generar nuevas bases imponibles para el *property tax* (Tindal y Tindal, 2008: 222). De otro lado, con frecuencia las decisiones privadas sobre adquisición de inmuebles incluyen como un factor relevante la cuantía del *property tax* anual que corresponde al inmueble. Además, el protagonismo impositivo del *property tax* es causa de que grandes sectores de pensionistas o simplemente ancianos con pocos ingresos actuales (aunque dueños de inmuebles de alto valor catastral) se vean incapaces de pagar el impuesto de propiedad (Kitchen y Slack, 2016: 7) y opten por el cambio de residencia, lo que es abiertamente contrario a lo que patrocinan las políticas locales de *friendly aging* (Velasco, 2018: 3). También está el problema de la población flotante de las grandes ciudades (*commuters*) que consume bienes y servicios públicos locales donde trabaja o donde localiza su ocio o compras, pero que no está sujeta al *property tax* de esa ciudad. En todo caso, todos estos problemas que atañen al *property tax* no cuestionan tanto su existencia misma (difícilmente planteable) como su excesivo peso relativo, teniendo en cuenta que: grava un bien, la propiedad inmobiliaria, que no siempre es expresión de alto poder adquisitivo; sólo grava a los propietarios pero no a otras personas que se benefician de los servicios locales; y que es relativamente inelástico, pues no guarda relación necesaria con la actividad económica (Kitchen y Slack, 2016: 7).

§51 En el cuadro comparativo de ingresos (*supra* § 44) también destaca comparativamente el mayor peso que en Canadá tienen las *tasas o precios* por la prestación de servicios públicos locales. Esta mayor relevancia de las tasas canadienses en los ingresos locales es, además, creciente. Esto resulta, en parte, de consideraciones de eficiencia económica y justicia fiscal: que nadie pague por los llamados *private goods* o servicios individualizados que reciben otros, como el suministro de agua (Kitchen, 2002: 147; Kitchen y Slack, 2016: 4); y en parte de la simple necesidad: el estancamiento de la base imponible del *property tax*, sumada a las dificultades políticas para elevar el tipo impositivo, determinan la incapacidad de este impuesto para allegar fondos suficientes para los crecientes gastos municipales. Si a esto se suman los límites normativos para el endeudamiento local y los enormes recortes en las transferencias provinciales desde 2005, el resultado final es que sólo las tasas por el uso o recepción de un servicio público local son una fuente fiable para un aumento de los ingresos locales (Mascarin y Williams, 2009: 98). Esta valoración crecientemente favorable de las tasas por servicios locales individualizables (y por tanto no por el disfrute de los llamados *common goods*) suscita objeciones de justicia social, precisamente por el carácter regresivo de las tasas (todos pagan el servicio al mismo precio, con independencia de su renta). Por eso se proponen tasas diferenciales para los menos pudientes o para altos niveles de uso o consumo (*increasing block rates*) (Tindal y Tindal, 2008: 244; Sancton, 2015: 309).

§52 En el plano normativo, las anteriores consideraciones políticas y de necesidad tienen reflejo en la legislación de régimen local. En Canadá, las distintas leyes provinciales de régimen local directamente *favorecen la imposición de tasas, frente a los impuestos*. Se parte en las leyes provinciales de que todo impuesto grava inmediatamente la capacidad contributiva, mientras que la tasa (*fee*) se atiene estrechamente al coste por la prestación del servicio (Mascarin y Williams, 2009: 99). Sobre esta premisa, las leyes normalmente autorizan con carácter general la imposición de tasas locales<sup>45</sup>, siempre que se cifan al coste del servicio<sup>46</sup>. Y sin em-

<sup>45</sup> Por ejemplo: Section 8 *Alberta Municipal Government Act* 2000.

<sup>46</sup> Así: Section 220 (1) *Ontario Municipal Act* 2001.

bargo, las mismas leyes prohíben todo nuevo impuesto (o la modificación normativa de los existentes) que no esté expresa e inmediatamente autorizado por una ley, necesariamente provincial (Mascarin y Williams, 2009: 35). Este distinto régimen legal de las *fees* y los *taxes* se extrema en la jurisprudencia, que considera *ultra vires* y nula, por no tener cobertura en un *Statute* [ley parlamentaria] ni en las prerrogativas de *common law*, cualquier aparente tasa que, por no haberse calculado con rigor el coste efectivo del servicio, materialmente no es el pago por una prestación o servicio municipal, sino un impuesto<sup>47</sup>.

§53 En apariencia, el régimen legal de las tasas locales en Canadá es considerablemente más sencillo que el que rige en España. Fundamentalmente, por su *mayor contraposición a los impuestos* (que están sometidos a mayores cautelas y límites). En apariencia, en España son mayores las exigencias legales para la imposición de tasas o precios por servicios públicos. Así resultaría de la inclusión de las tasas locales en el concepto de tributo, para el que rige reserva de ley (art. 131.1 y 2) y, complementariamente, de ordenanza fiscal (art. 20.1 LHL)<sup>48</sup>. Pero esta mayor rigidez legal para las tasas en España puede ser más aparente que real. Porque también en las provincias canadienses la creación de tasas locales está directamente autorizada por la ley (provincial) y la efectiva determinación de la tasa o precio en cada caso se aprueba –como todas las decisiones que afectan a los ciudadanos– necesariamente por ordenanza (*bylaw*) del pleno municipal.

§54 Las *transferencias* son la tercera fuente de ingresos locales. Tanto en Canadá como en España las transferencias pueden ser condicionadas o incondicionadas. En términos cuantitativos, y conforme a los datos del anterior cuadro de ingresos (*supra* § 44), las transferencias son mucho más importantes en España que en Canadá. Si en las provincias canadienses las tasas son la segunda fuente de ingresos locales, esa segunda posición corresponde en España a las transferencias. Por cierto que en este punto los paneles numéricos de la OCDE<sup>49</sup> son equívocos, pues computan como ingresos tributarios la participación de los municipios españoles en los rendimientos de los impuestos estatales como el IRPF y el IVA (conforme a los arts. 111 y 112 LHL), siendo esto más bien una transferencia estatal que un ingreso tributario municipal.

§55 En el caso de Canadá, la mayoría de las transferencias provienen de *cada provincia*. Muy inferiores (aunque de importancia creciente) son las transferencias *federales*, normalmente condicionadas: para proyectos de infraestructuras con relevancia federal, o para actividades locales relacionadas con competencias federales (inmigración, lucha contra el cambio climático, etc.). Justamente a la inversa sucede con las transferencias en España. Las transferencias a los municipios proceden en su gran mayoría del Estado, siendo muy inferiores las subvenciones o transferencias autonómicas (tanto las «participaciones en los ingresos autonómicos» [PIA] como otras subvenciones normalmente condicionadas). De otro lado, en España las provincias se financian casi por entero mediante transferencias estatales, mientras que en Canadá el *upper tier* del gobierno local (comarcas, regiones, distritos metropolitanos) se financia con el mismo tipo de recursos que los municipios (esto es, a través de los rendimientos del *property tax*).

§56 La comparación entre transferencias muestra mayores simetrías en las condicionadas que en las incondicionadas. Tanto en Canadá como en España, las transferencias *condicionadas* frecuentemente están ligadas a concretas inversiones de capital (infraestructuras locales), aunque también son importantes las inversiones vinculadas a específicas actividades locales (como prestaciones asistenciales, transporte público urbano y políticas locales de vivienda). Y también en los dos países las subvenciones condicionadas son objeto de crítica, por limitativas de la autonomía local, por no responder al principio de conexión entre competencias y recursos financieros y por dificultar la responsabilidad democrática de los ayuntamientos ante sus electores (Tindal y Tindal, 2008: 224; Medina, 2003: 58).

§57 Mayores son las diferencias en las transferencias *incondicionadas*. Fundamentalmente, porque en España estas subvenciones son un instrumento ordinario de financiación, que complementa estructuralmente los ingresos municipales provenientes de recursos propios (impuestos municipales y tasas, fundamentalmente). Cada municipio recibe transferencias en función de su población, tomando como año de referencia 2003. Este régimen de transferencias claramente favorece a los *municipios más grandes*<sup>50</sup>. Y no tiene en cuenta la mayor capacidad de autofinanciación mediante impuestos propios de los grandes municipios.

<sup>47</sup> Así, en el Tribunal Supremo de Canadá: *Allard Contractors Ltd. v Coquitton (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, 18 M.P.L.R. (2d) 1. En los tribunales de Ontario: *1736095 Ontario Ltd. v Waterloo (City)*, [2015] O.J. No 5462, 46 M.P.L.R. (Tth) 1 (Div. Ct); y *Angus v Port Hope (Municipality)*, [2016] O.J. No 3148, 2016 ONSC 3931 (S.C.J.).

<sup>48</sup> En este sentido, recientemente: STS 1015/2019, de 9 de julio de 2019.

<sup>49</sup> OECD (2018), *Revenue Statistics 2018*, OECD Publishing, Paris, pág. 78. [https://doi.org/10.1787/rev\\_stats-2018-en](https://doi.org/10.1787/rev_stats-2018-en).

<sup>50</sup> *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Local*, Ministerio de Hacienda, julio de 2018, pág. 127 y ss.

Como contrapunto, en las distintas provincias canadienses las transferencias incondicionadas están generalmente diseñadas para suplir la falta estructural de ingresos de los *municipios pequeños y medianos*, no el conjunto de los municipios. En efecto, dado que en Canadá las entidades locales son muy dependientes del *property tax*, los ingresos locales son muy limitados allí donde la base imponible del impuesto (determinada por la valoración catastral) es muy baja, y apenas se puede compensar con tipos impositivos altos. Esta circunstancia ha movido a las provincias a establecer diferentes instrumentos o programas de ecualización, mediante transferencias incondicionadas. Lo característico de estos programas es que sólo financian a una parte de los municipios (no a todos): sólo a los que por su singularidad económica, demográfica o geográfica tienen dificultades de autofinanciación (mediante el *property tax*). Un buen ejemplo de estos programas está en el *Ontario Municipal Finance Partnership*<sup>51</sup>. En 2019, este programa aporta subvenciones a un total de 389 entidades locales generales (municipios y comarcas, regiones o distritos) de los 414 que tiene la provincia. Y entre ellos no están, lógicamente, ninguna de las grandes ciudades: ni Toronto, ni Mississauga, ni Hamilton, ni London. Otra característica notable del programa de subvenciones es que se articula a través de cuatro fondos, todos ellos complementarios y con criterios diferentes para la distribución. El *Assessment Equalization Grant* se fija en las valoraciones catastrales, asignando subvenciones a los municipios cuya suma de valores catastrales está por debajo de la media provincial. El llamado *Northern Communities Grant* es un fondo directamente destinado a los municipios más despoblados, que se encuentran en el norte de la provincia; el *Rural Communities Grant* se fija en el porcentaje de «ruralidad» de cada municipio (a más ruralidad, valorada en términos de densidad demográfica, mayores subvenciones); y finalmente el *Northern and Rural Fiscal Circumstances Grant* asigna subvenciones a aquellos municipios que tienen especiales dificultades financieras objetivas (por su localización, o el envejecimiento de su población, por ejemplo). Según lo expuesto, y tomando como referencia el ejemplo de Ontario, las transferencias provinciales incondicionadas sólo tienen una *misión ecualizadora* (para los municipios pequeños, rurales o remotos). No son una fuente estructural y lineal de financiación. Podría considerarse que en España esta función ecualizadora la cumplen algunos programas coyunturales de subvenciones a los municipios rurales, que normalmente son condicionados, o la actividad de asistencia técnica y suplencia de las provincias (conforme al art. 36.1 b) LBRL). Aunque en este último caso hay que tener en cuenta que la provincia no tiene por destinatarios de su actividad sólo a los municipios medianos y pequeños (los inferiores a 20.000 habitantes) sino a todos los municipios provinciales, por lo que la asistencia y cooperación provincial no puede considerarse siempre como un instrumento indirecto de ecualización o nivelación financiera.

§58 Por último, el crédito (*borrowing*) también es una fuente complementaria de ingresos locales (y también un gasto, ya que los créditos han de devolverse con intereses). Diversas experiencias históricas de endeudamiento excesivo, e incluso de quiebra, han dado lugar a amplias prohibiciones y límites para el endeudamiento local, tanto en Canadá como en España. En Canadá, con carácter general, está fuertemente restringido el endeudamiento local para gasto corriente (*operative*) y está permitido con límites para la inversión de capital (Mascarin y Williams, 2009: 102)<sup>52</sup>. Reglamentos provinciales, expresamente autorizados por la ley, regulan con detalle estos límites<sup>53</sup>. Con algunas diferencias, también en España hay severos límites y controles sobre el endeudamiento (arts. 48 a 55 LHL), agravados a partir de la crisis financiera de 2007.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUBY, J. (2010): "Le droit administratif en Europe, 20 ans après", en *European Review of Public Law / Revue Européenne de Droit Publique*, núm. 22, págs. 19-63.
- BEL I QUERALT, G.; ESTRUCH MANJÓN, A. (2011): "La gestión de los servicios públicos locales: ¿Por qué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?", en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, págs. 193-205.

<sup>51</sup> <https://www.fin.gov.on.ca/en/budget/ompf/2019/index.html>. Para Alberta, véase también el *Alberta Community Partnership* (<https://www.alberta.ca/alberta-community-partnership.aspx>).

<sup>52</sup> Para los municipios pequeños y medianos de Québec: article 1061 *Code Municipal du Québec* 1916; Para los municipios de Nova Scotia: Section 84 *Nova Scotia Nova Municipal Government Act* 1998.

<sup>53</sup> Así, para Ontario: O. Regulation 403/02 (límites a los contratos de leasing); O. Regulation 276/02 (sobre créditos bancarios); O. Regulation 278/02 (sobre financiación de infraestructuras). Para Alberta, véase Sections 251 a 263 *Alberta Municipal Government Act* 2000.

- BISH R. L.; CLEMENS, E. G. (2008): *Local Government in British Columbia*. Richmond: Union of British Columbia Municipalities.
- BLACK, C. (2014): *Rise To Greatness: The History of Canada from the Vikings to the Present*. Toronto: McClelland & Stewart.
- BRIFFAULT, R.; REYNOLDS L. (2016): *Cases and Materials on State and Local Government Law*. St. Paul: West Academic.
- CARRO FERNÁNDEZ-MAYOR, J. L. (2000): “La cláusula general de competencia municipal”, en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, págs. 48-51.
- RAIG, P. (2016): *Administrative Law*. London: Sweet and Maxwell.
- DE LA SIERRA, S. (2016): “Límites y utilidades del derecho comparado en el derecho público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 201, págs. 69-99. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.201.03>.
- DÍEZ SASTRE, S. (2009): “Entes locales, Constitución y federalismo canadiense”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, págs. 217-251.
- DUFF, D. (2004): “Benefit taxes and user fees in theory and practice”, en *University of Toronto Law Journal*, vol. 54, núm. 4, págs. 391-447. DOI: <https://doi.org/10.1353/tlj.2004.0013>.
- ESTEVE PARDO, J. (2010): “La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 183, págs. 295-307. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctvq2w2zd.8>.
- GARCEA, J.; LESAGE, E. C. (2008): “Local Government Reforms in Canada”, en *Local Government Reform. A Comparative Analysis of Advanced Anglo-American Countries*. Cheltenham: Edward Elgar.
- GARCÍA ROCA, J. (2004): “Un bloque constitucional local conforme al principio de subsidiariedad (un desarrollo constitucional pendiente)”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 294-295, págs. 13-66. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi294-295.9234>.
- GRAHAM, K. A.; PHILLIPS, S. D. (1998): *Urban Governance in Canada*. Toronto: Hartcourt Canada.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2009): “La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España”, en JIMÉNEZ ASENSIO, R.; VILLORIA MENDIETA, M.; PALOMAR OLMEDA, A. (eds.): *La dirección pública profesional en España*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons e IVAP.
- KISCHEL, U. (2015): *Rechtsvergleichung*. München: C. H. Beck.
- KITCHEN, H. (2002): “Municipal Revenue and Expenditure Issues in Canada”, en *Canadian Tax Papers*, núm. 107.
- KITCHEN, H.; SLACK, E. (2016): “More Tax Sources for Canada’s Largest Cities: Why, What, and How”, en *IMFG Papers on Municipal Finance and Government*, núm. 27, págs. 1-33.
- KUSHNER, J.; SIEGEL, D. (2006): “Why Do Municipal Electors Not Vote?”, en *Canadian Journal of Urban Research*, vol. 15, núm. 2, págs. 264-277.
- LADNER, A.; KEUFFER, N.; BALDERSHEIM, H.; HLEPAS, N.; SWIANIEWICZ, P.; STEYYERS, K.; NAVARRO, C. (2019): *Governance and Public Management*. New York: Palgrave Macmillan.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (2010): “Políticas ante la fragmentación del mapa municipal”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 313-314, págs. 67-104. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi313-314.9923>.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C. (2014): *El principio de equivalencia en el sistema tributario español*. Madrid: Marcial Pons.
- MASCARIN J.; WILLIAMS, C. J. (2009): *Ontario Municipal Act and Commentary*. Toronto: Lexis Nexis Canada.
- MCMILLAN, M.; DAHLBY, B. (2014): “Do local governments need alternative sources of tax revenue? An assessment of the options for Alberta cities”, en *SSP Research Papers*, vol. 7, núm. 26, págs. 1-35.
- MEDINA GUERRERO, M. (2003): “Los recursos financieros de las diputaciones provinciales y la relación con su régimen competencial”, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (ed.): *La autonomía de los entes locales en positivo*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- MELOCHE, J.; VAILLANCOURT, F. (2013): “Public Finance in Montréal: In Search of Equity and Efficiency”, en *IMFG Papers on Municipal Finance and Government*, núm. 15, págs. 1-32.
- NAVARRO, C.; VELASCO CABALLERO, F.; ZAGORSKI P. (2019): “Cuarenta años de elecciones municipales: el sistema electoral y su rendimiento”, en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 12, págs. 23-49.
- ORTEGA, L. (2000): “Las competencias como paradigma de la autonomía local”, en *Justicia Administrativa*, núm. Extraordinario, págs. 33-54.
- PAREJO ALONSO, L. (2004): “Una visión sobre el gobierno local”, en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, págs. 55-96.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2010): “Posición constitucional de los gobiernos locales”, en VELASCO CABALLERO, F. (ed.): *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino*. Barcelona: Institut d’Estudis Autonòmics.
- SANCHEZ MORÓN, M. (2018): *Las Administraciones españolas*. Madrid: Tecnos.
- SANCTON, A. (2000): *Merger Mania*. Kingston: McGill Queen’s University.
- SANCTON, A. (2015): *Canadian Local Governments. An Urban Perspective*. Don Mills: Oxford University Press, 2.ª ed.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2018): “Zum Standort der Rechtsvergleichung”, en *Verwaltungsrecht. Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 78, págs. 807-862.

- SLACK, E.; BIRD, R. (2013): "Merging Municipalities: Is Bigger Better?", en *IMFG Papers on Municipal Finance and Government*, núm. 14, págs. 1-34.
- SMITH, D. E. (2010): *Federalism and the Constitution of Canada*. Toronto: University of Toronto Press.
- TINDAL, C. R.; TINDAL, S. (2008): *Local Government in Canada*. Toronto: Nelson Education, 7.ª ed.
- VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho local. Sistema de fuentes*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- VELASCO CABALLERO, F. (2013): "Planta local y entidades locales inframunicipales en Europa", en OLIVEIRA, A. C. (ed.): *A Reforma do Estado e a Freguesia*. Braga: Nedal.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014): "Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 8, págs. 22-53.
- VELASCO CABALLERO, F. (2018): "Derecho urbanístico y envejecimiento demográfico", en *InDret*, núm. 4, págs. 1-55.
- VELASCO CABALLERO, F. (2019): "Metodología comparada para el Derecho Administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, págs. 51-76.
- WILSON, D.; GAME, C. (2011): *Local Government in the United Kingdom*. New York: Palgrave.
- YOUNG, R. (2009): "Canada", en STEYTLER, N. (ed.): *Local Government and Metropolitan Regions in Federal Systems*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press.



## Consultas populares y entidades locales: a propósito de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía

### *Popular consultations and local entities: concerning the Regulation 7/2017, from 27<sup>th</sup> december, about Andalusian Citizen's Participation*

Inmaculada Ruiz Magaña  
Universidad de Jaén (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2466-7235>  
[irmagana@ujaen.es](mailto:irmagana@ujaen.es)

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

Graduada en Derecho y Máster de Abogacía por la Universidad de Jaén. En la actualidad es contratada predoctoral en el programa nacional de Formación de Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén.

---

#### **RESUMEN**

En la Comunidad Autónoma de Andalucía las consultas populares municipales fueron objeto de tratamiento normativo en la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares Locales en Andalucía. En 2018 el legislador autonómico ha promulgado la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, que presenta como principal novedad la instauración en los niveles autonómico y local de diversos canales y procedimientos de participación entre los que se encuentran las consultas populares. Concretamente, destaca la figura de las consultas participativas («instrumento de consulta popular» que crea la norma) mediante la que se regulan por primera vez las consultas de ámbito supramunicipal e inframunicipal y se incide nuevamente en el régimen de las de ámbito municipal, que contarán con una doble regulación. Estas circunstancias delimitan el objeto de este trabajo que se centra en estudiar cómo queda configurado el régimen jurídico de las consultas populares locales en Andalucía tras la entrada en vigor de la Ley.

#### **PALABRAS CLAVE**

Comunidad Autónoma de Andalucía; consultas participativas sectoriales; consultas populares locales referendatarias; consultas populares locales no referendatarias; entidades locales.

---

#### **ABSTRACT**

In the Autonomous Community of Andalusia, the municipal popular consultations were covered by the Regulation 2/2001, from 3rd of May, about the regulation of Local Popular Consultations in Andalusia. In 2018, the regional legislator enacted the Regulation 7/2017, from 27th December, about Andalusian Citizen's Participation, which introduces as its main update the establishment at regional and local levels, of various channels and processes of participation, among which are found the participatory consultations. Concretely, it is by the use of the figure of participatory consultations («instrument of popular consultation»

created by the Regulation) through which are regulated for first time the supramunicipal and inframunicipal consultations, and again there is an impact on the regime of those at the municipal level, which would count with a double regulation. These circumstances delimit the target of this work which focuses on the study of how the legal regime of local popular consultations in Andalusia is being shaped after the implementation of that regulation.

## KEYWORDS

Autonomous Community of Andalusia; local popular consultations; local entities; referendum; sectoral participatory consultations.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS CONSULTAS POPULARES EN ANDALUCÍA HASTA LA LEY 7/2017. 2.1. MARCO NORMATIVO ESTATAL. 2.2. LAS PREVISIONES DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA EN LA MATERIA. 2.3. LA LEY 2/2001 DE CONSULTAS POPULARES LOCALES DE ANDALUCÍA. 2.3.1. Delimitación y ámbito de aplicación. 2.3.2. Procedimiento. 2.4. UTILIZACIÓN PRÁCTICA EN ANDALUCÍA. 3. CONSULTAS LOCALES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEY 7/2017. 3.1. GENERALIDADES. 3.2. LOS PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA MEDIANTE CONSULTAS POPULARES. 3.2.1. Instrumentos de consulta popular. 3.2.2. Las consultas participativas sectoriales locales. 4. UNA REFLEXIÓN FINAL. ANEXO. «CONSULTAS POPULARES CELEBRADAS EN ANDALUCÍA». REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El sistema tradicional de democracia representativa se ha visto complementado con la progresiva implantación de instrumentos de democracia participativa que permiten que la soberanía sea ejercida directamente por el pueblo sin la intermediación de representantes. En el ámbito local ha sido siempre pionero como referente el régimen de Concejo Abierto, regulado en el art. 140 de la Constitución Española de 29 de diciembre de 1978 (en adelante CE) y en el art. 29 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL). Como es sabido, se trata de una forma organizativa de la vida local que implica adoptar un sistema de democracia participativa directa en el que el gobierno y administración municipales corresponden a un Alcalde y una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores (art. 29.3 LBRL)<sup>2</sup>. Fue en el avance democrático de los años sesenta cuando la participación de los ciudadanos se convirtió en una «nueva ideología político jurídica» que pretendía extenderse a las funciones ejercidas por los poderes públicos<sup>3</sup>. Sin embargo, en el ámbito de la Administración Pública la participación de la ciudadanía ya se encontraba presente en distintos ámbitos. Así lo defendió en la década de los setenta, calificada por la doctrina alemana como «época de la euforia participativa», GARCÍA DE ENTERRÍA que delimitó tres círculos de actuación ciudadana sobre las funciones administrativas: i) Una «actuación orgánica», ordenada sobre el modelo corporativo, en la que el ciudadano se incorpora a órganos estrictamente de la Administración. ii) Una «actuación funcional» en la que el ciudadano ejerce funciones administrativas desde su propia posición privada, sin incorporarse a un órgano administrativo formal. Y, iii) una «actuación cooperativa» en la que el administrado sin dejar de actuar como tal colabora de manera voluntaria en programas

<sup>1</sup> Este trabajo 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 es Investigadora Principal la Prof. Eloísa Carbonell Porras, que se desarrolla en el seno de la Estructura de Investigación de la Universidad de Jaén EI\_SEJ9\_2019 y del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-630, *Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico* (APCI), que también dirige la Prof. Carbonell Porras.

<sup>2</sup> Sobre el régimen de Concejo Abierto *vid.* COSCULLUELA MONTANER, L. (1987): "El Concejo Abierto", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 234, págs. 199-294, CARBONELL PORRAS, E. (2005): "Concejo Abierto", en MUCHOZ MACHADO, S. (dir.): *Diccionario de Derecho Administrativo*. Madrid: Iustel (Tomo I), págs. 546-556 y PIZARRO NEVADO, R. (2007): "Artículo 29", en REBOLLO PUIG, M. (dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch (Tomo I), págs. 755-771.

<sup>3</sup> Así lo señala SÁNCHEZ MORÓN, M. (1979): "El principio de participación en la Constitución Española", en *Revista de Administración Pública*, núm. 89, págs. 173 y 174.



o actividades que la administración patrocina y promueve<sup>4</sup>. Por su parte, los constituyentes concedores de los movimientos de su tiempo acogieron en la CE referencias a la participación en distintos ámbitos (entre otros, en los arts. 9.2, 23.1, 27.5, 48, 105, 125 y 129.1). De estos preceptos deben destacarse fundamentalmente dos. El art. 9.2, que atribuye a los poderes públicos la obligación de «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», y el art. 105, que constitucionaliza y establece una reserva de ley sobre la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten –apartado a)– y la audiencia al interesado en el procedimiento administrativo –apartado b)–.

En el ámbito local la concreción de estos postulados constitucionales se hace en la LBRL. El art. 1 resalta el papel de los municipios como «cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos» y el art. 18.1.b) realiza un reconocimiento genérico del derecho de los vecinos a participar en la gestión municipal. La Ley incluso dedica un Capítulo a la «Información y participación ciudadanas» (Capítulo IV del Título V, arts. 69 a 72). El Consejo de Europa también ha contribuido a dar continuidad a esta idea. Pueden destacarse, por una parte, el Preámbulo de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 que considera que la existencia de entidades locales «permite una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano» y, por otra parte, la Recomendación 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 6 de diciembre de 2001, sobre la participación ciudadana en la vida pública local<sup>5</sup>. En esta misma línea, la Unión Europea ha aprobado el Libro Blanco sobre La Gobernanza Europea, de 25 de julio de 2001, que propone a los Estados fomentar la participación ciudadana en la vida democrática de la Unión llegando al ciudadano por la vía de la democracia regional y local<sup>6</sup>. El legislador español, conocedor de esta tendencia continental, consideraba como «insuficiente» el tratamiento que la LBRL hacía de la participación ciudadana y trató de reforzar esta deficiencia mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (a modo de ejemplo, entre otras medidas introducidas, se pueden señalar la regulación de la iniciativa legislativa popular en el art. 70 bis 2 o la imposición a los municipios de gran población de la obligación de crear distritos para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de asuntos municipales en el nuevo apartado 2 del art. 24 y en el art. 128).

En este contexto, la Comunidad Autónoma andaluza se ha ocupado de la participación ciudadana recientemente. En 2018 se ha publicado la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía (en adelante Ley 7/2017) que presenta como especial novedad en Andalucía la regulación en un mismo cuerpo legal de instrumentos y canales de participación de nivel autonómico y local<sup>7</sup>. En concreto, regula medidas de fomento de participación ciudadana y procedimientos de participación entre los que se encuentran las consultas populares. Estas últimas ya se regularon por la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía (en adelante Ley 2/2001), que continúa en vigor. Precisamente, el objeto de este trabajo es realizar un estudio sobre la configuración del régimen jurídico de consultas populares locales en la Comunidad Autónoma de Andalucía tras la Ley 7/2017. Con este fin, el trabajo se estructura en dos bloques. En el primero, que se sitúa en un momento previo a la aprobación de la Ley 7/2017, se hace una breve referencia al tratamiento normativo de las consultas populares en los ámbitos estatal y autonómico de Andalucía (en particular, en este último se atiende a las previsiones estatutarias y de la Ley 2/2001), así como a la utilización práctica de las consultas populares en la Comunidad Autónoma. Sobre esta base, en el segundo bloque se centra la atención en la Ley 7/2017. Primero se hace una mención a su contenido general y seguidamente a los procedimientos de participación ciudadana mediante consultas populares, en especial a los procedimientos de consultas participativas que, como se verá, son a los que el legislador autonómico presta una mayor atención.

<sup>4</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1977): “La participación del administrado en las funciones administrativas”, en AA.VV: *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*. Madrid: Moneda y Crédito, pág. 307. Como indica MUÑOZ MACHADO, S. lo que se busca fundamentalmente con esta participación en el ámbito administrativo es ofrecer un cauce a la expresión de las demandas sociales que sea también útil para controlar las decisiones que las autoridades administrativas adoptan en el marco de sus poderes discrecionales (1977): “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 84, pág. 532.

<sup>5</sup> [15-05-2019]. La Recomendación 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa está disponible en web: [http://www.seat.mpr.gob.es/dam/es/portal/areas/politica\\_local/participacion-eell-aeuropeos/recomendacion.pdf](http://www.seat.mpr.gob.es/dam/es/portal/areas/politica_local/participacion-eell-aeuropeos/recomendacion.pdf).

<sup>6</sup> DOCE, 12 de octubre de 2001, C 287/1.

<sup>7</sup> BOJA, núm. 4, de 5 de enero de 2018.

## 2. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS CONSULTAS POPULARES LOCALES EN ANDALUCÍA HASTA LA LEY 7/2017

### 2.1. Marco normativo estatal

Como es sabido, el art. 149.1 CE contiene una enumeración de las «materias» sobre las que el «Estado tiene competencia exclusiva». En concreto, es el apartado 32.º del referido precepto el que se aproxima a lo que constituye el objeto de este estudio y reserva al Estado la competencia sobre la «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum». Por lo tanto, lo reservado al Estado no es la materia completa sobre consultas populares sino la competencia sobre la autorización de aquellas que se celebren por vía de referéndum<sup>8</sup>. En consecuencia, los restantes aspectos relativos a la materia indicada pueden ser competencia de las Comunidades Autónomas si así lo prevén sus respectivos Estatutos de Autonomía. Si bien, en su defecto, de no ser asumidas por estos últimos corresponderán al Estado de conformidad con el art. 149.3 CE. No obstante lo anterior, FONT I LLOVET advierte que para que las Comunidades Autónomas puedan legislar sobre las consultas populares no es necesario que los Estatutos contengan expresa referencia a las mismas, sino que es suficiente con que ostenten competencias sobre el régimen local (art. 149.1.18.º CE)<sup>9</sup>.

La previsión del art. 149.1.32.º CE conecta con el art. 92.3 CE que establece una reserva de ley orgánica para regulación de «las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum» previstas en la CE. En cumplimiento de este mandato se desarrolla la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum (en adelante LO 2/1980) que no resulta de aplicación a las consultas populares locales, pues su disposición adicional las excluye en los siguientes términos:

«Las disposiciones de la presente Ley no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización».

De este modo, la regulación de las consultas populares responde a un régimen jurídico propio que según esta Ley debe aprobarse de acuerdo con la legislación de régimen local. Ha sido la LBRL la que ha abordado la materia, aunque como corresponde con la idea de lo básico lo hace con un carácter sucinto y con amplios reenvíos normativos. El art. 18.1.f) reconoce el derecho de los vecinos a pedir la celebración de consultas populares «en los términos previstos por la ley». Y, en desarrollo del mismo, el art. 71 establece que:

«De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda Local».

Como señalan FERNÁNDEZ RAMOS y RIVERO YSERN, del precepto se infiere que se trata de consultas populares que no pueden exceder del ámbito municipal<sup>10</sup>. Tras esta aseveración FERNÁNDEZ RAMOS

<sup>8</sup> Vid. REBOLLO PUIG, M. (2017a): «Relaciones entre el ordenamiento estatal y los autonómicos», en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos (Tomo I), pág. 117. Para COSCULLUELA MONTANER, L. dicha atribución competencial al Estado se justifica «con el control del uso del potencial político que encierra toda consulta popular (...) susceptible de plantear tensiones políticas con el Estado que podrían incidir en la unidad jurídica y política del propio Estado» (1979): «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 89, págs. 26 y 27.

<sup>9</sup> FONT I LLOVET, T. (1985): «El referéndum local en España», en *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 2-3, pág. 127.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2007): «Artículo 71», en REBOLLO PUIG, M. (dir.): *Comentarios a la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch (Tomo II), págs. 1.812 y 1.813. RIVERO YSERN, J. L. (2014): *Manual de Derecho Local*. Huarte: Civitas, pág. 137. Es sabido que según la organización territorial del Estado consagrada por la CE son Administraciones públicas territoriales los Municipios, las Provincias y las Islas de los archipiélagos balear y canario (arts. 140 y 141 CE). También pueden existir otras Entidades locales como son las comarcas (u otras agrupaciones de municipios), las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios, que carecen de protección constitucional y tienen por tanto un régimen jurídico distinto. Esta diferente posición constitucional se recoge en el art. 3 LBRL, que primero se refiere a las entidades locales territoriales constitucionalmente garantizadas –Municipios,

apunta que «cabría plantearse la posibilidad de delimitar un ámbito de consulta inframunicipal –un distrito, una entidad local menor...–» aunque seguidamente concluye que de la delimitación del objeto de la consulta (asuntos de competencia propia municipal de especial transcendencia para los vecinos) parece desprenderse que las consultas han de convocar en todo caso al conjunto de los vecinos del municipio<sup>11</sup>.

## 2.2. Las previsiones de los Estatutos de Autonomía de Andalucía en la materia

Como se ha indicado, los Estatutos de Autonomía determinan si atribuyen competencia a sus respectivas Comunidades Autónomas sobre las materias no asignadas expresamente al Estado. En 1981 la Comunidad Autónoma de Andalucía asumió a través del art. 15.2 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante EAAAnd 1981) competencia para «el desarrollo legislativo del sistema de consultas populares locales en el ámbito de Andalucía»<sup>12</sup>. Así, el reparto de competencias sobre la materia quedaba articulado sobre el clásico sistema bases-desarrollo estando reservado al Estado el establecimiento de la legislación básica y a Andalucía la legislación restante y toda la ejecución; esto sin perjuicio de la función ejecutiva reservada al Estado por el art. 149.1.32.º CE de la autorización la convocatoria.

En el año 2007 el EAAAnd 1981 es derogado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante EAAAnd 2007) y con este el régimen de las consultas populares queda alterado. Con carácter general, los Estatutos de Autonomía reformados a partir de 2006 se caracterizan por una marcada voluntad de profundizar en los mecanismos de participación ciudadana y buena muestra de ello se contiene en el EAAAnd 2007<sup>13</sup>. El nuevo texto encomienda a la Comunidad Autónoma ejercer sus poderes de acuerdo con una serie de objetivos básicos entre los que se encuentra el fomento de la calidad de la democracia a través de la participación –tanto individual como asociada– de todos los andaluces en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político (apartados 1 y 3.19.º del art. 10). En esta línea, realiza diversas referencias a la participación (arts. 5.3, 6.1, 26.2, 31, 113, 134 o 154, entre otros). Concretamente, alude a las consultas populares doblemente. En primer lugar, en el art. 30 («Participación política») reconoce a los andaluces el derecho a participar en los asuntos públicos de Andalucía, siendo una de sus manifestaciones «el derecho a promover la convocatoria de consultas populares por la Junta de Andalucía o por los Ayuntamientos, en los términos que establezcan las leyes» (apartado 1.c) y, en segundo lugar, en desarrollo del mismo el art. 78 «Consultas populares» determina que:

«Corresponde a la Junta de Andalucía la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la excepción del referéndum».

---

Provincias e Islas– y después a otras entidades locales de ámbito superior al municipio. La LBRL también contemplaba como Entidades locales a las de ámbito territorial inferior al municipal (antiguo art. 3.2.a) que han sido suprimidas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL). Si bien, de acuerdo con las disposiciones transitorias cuarta y quinta de la LRSAL debe entenderse que no se han eliminado las entidades inframunicipales que ya existían o que estuviesen en procedimiento de constitución. Sobre la planta local *vid.* CARBONELL PORRAS, E. (2013): «La planta local: análisis general y perspectivas de reforma», en Díez Sánchez, J. J. (coord.): *La planta del gobierno local*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 17-60 y (2014): «Sobre la reforma local y las competencias municipales propias», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, págs. 765-781 y PIZARRO NEVADO, R. (2017): «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, págs. 47-73.

<sup>11</sup> Dado que la extensión de este trabajo impide entrar en el contenido del art. 71 para un estudio detallado del mismo *vid.*, por todos, FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2007: 1.799-1.842).

<sup>12</sup> El art. 15.2 disponía que «Corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo del sistema de consultas populares locales en el ámbito de Andalucía, de conformidad con lo que dispongan las leyes a que se refiere el apartado 3 del artículo 92 y el número 1 y 32 del artículo 149.1, de la Constitución, correspondiendo al Estado la autorización de su convocatoria». Sobre este precepto *vid.* JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1987): «Artículo 15.2», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas e Instituto de Estudios de la Administración Local, págs. 419-426.

<sup>13</sup> Así lo apuntan, PÉREZ ALBERDI, M. R. (2008): «Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente: especial consideración al Estatuto de Autonomía para Andalucía», en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, págs. 181-205, MARTÍN NÚÑEZ, E. (2012): «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, págs. 95-96 y RUIZ-RICO RUIZ, C. y CASTEL GAYÁN, S. (2013): «El derecho autonómico de participación ciudadana: un enfoque constitucional y su desarrollo legislativo», en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 13, pág. 18.

De este precepto, y de su confrontación con el art. 15.2 EAAnd 1981, pueden destacarse las siguientes notas.

Primero. Exceptúa el referéndum y generaliza el concepto de consulta popular con el de otras formas de participación que califica como «instrumentos de consulta popular» que, por tanto, tienen carácter no referendatario. De este modo, como indica BUENO ARMIJO a quien seguimos a continuación, la Junta de Andalucía adquiere nuevas competencias pero al mismo tiempo (si se considera que lo que regulaba el art. 15.2 EAAnd 1981 tiene carácter de referéndum local) «parece» renunciar a otras que ya tenía. Siguiendo al autor, lo anterior sirve de base para diferenciar dos categorías<sup>14</sup>.

a) Por una parte, las «consultas populares no celebradas por vía de referéndum» que son las encuestas, audiencias públicas, foros de participación así como aquellas otras modalidades que se creen en virtud de la cláusula abierta «cualquier otro instrumento de consulta popular» del art. 78 EAAnd 2007. A este respecto debe traerse a colación la doctrina constitucional sentada en la STC 31/2010, de 28 de junio, dictada con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El Tribunal Constitucional, define el referéndum como:

«(...) una especie del género ‘consulta popular’ ... cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio) (STC 103/2008, FJ 2)» (FJ 69).

Y, seguidamente admite la legalidad de estos instrumentos de consulta popular en los siguientes términos:

«Caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales “se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos” distintos de los que cualifican una consulta como referéndum (STC 103/2008, FJ 2) y con los límites materiales a los que también hicimos referencia en la STC 103/2008 (FJ 4) respecto de todo tipo de consultas, al margen de la prevista en el art. 168 CE. Las encuestas, audiencias públicas y foros de participación a los que se refiere el art. 122 EAC tienen perfecto encaje en aquel género que, como especies distintas, comparten con el referéndum. Si a ello se añade que las consultas previstas en el precepto se ciñen expresamente al ámbito de las competencias autonómicas y locales, es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado.» (FJ 69).

Se trata, por tanto, de que en estas modalidades o instrumentos de consulta popular no concurren los requisitos del referéndum (estos son, que se recabe la opinión del cuerpo electoral, que se sustancie mediante un procedimiento electoral y que verse sobre asuntos cuya gestión constituya el objeto del derecho fundamental a la participación política del art. 23 CE). Puesto que excede de los propósitos de este trabajo entrar en el estudio de la figura del referéndum así como su diferenciación de la figura de la consulta popular, sobre la distinción de ambas figuras nos remitimos a BUENO ARMIJO<sup>15</sup>.

b) Por otra parte, las «consultas populares celebradas por vía de referéndum», que son las que estaban contempladas en el art. 15.2 EAAnd 1981 y que actualmente están previstas en el art. 71 LBRL que,

<sup>14</sup> BUENO ARMIJO, A. (2008a): “Competencias sobre consultas populares. En especial por vía de referéndum (Comentario al art. 78)”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Pamplona: Aranzadi, págs. 784 y ss. Finalizada la redacción de este trabajo, se ha publicado la monografía de FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2019): *Vox populi: consultas populares y procesos participativos*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, que incide directamente sobre la distinción entre las consultas referendatarias y no referendarias, aunque sólo he podido consultar el índice.

<sup>15</sup> BUENO ARMIJO, A. (2008b): “«Consultas populares» y «referéndum consultivo»: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, págs. 203-213. También puede verse, PÉREZ SOLA, N. (2009): “La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, págs. 442-445, CARRASCO DURÁN, M. (2012): “Artículo 78. Consultas populares”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Sevilla: Parlamento de Andalucía (Tomo II), págs. 1.284 y 1.286 y PÉREZ ALBERDI, M. R. (2018): “Referéndum y consultas populares”, en TUDELA, J., CASTELLÁ, J. M., EXPÓSITO, E. y KÖLLING, M. (eds.): *Libro Blanco sobre la calidad democrática en España*. Madrid: Marcial Pons, págs. 222-225.

como se verá seguidamente, ha sido desarrollado por la Ley 2/2001. Las consultas reguladas por estos preceptos se han venido calificando por la doctrina como referéndum municipal, referéndum local o consultas populares referendatarias<sup>16</sup>. Incluso la STC 51/2017, de 10 de mayo de 2017, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, habla de «referenda municipales» (entre otros, en los FFJJ 5.c) y 7). De acuerdo con lo anterior, el problema que se plantea respecto del art. 78 EAAnd 2007 es que su inciso final exceptúa el referéndum, que era el único ámbito sobre el que la Comunidad Autónoma tenía asumidas competencias previamente. No obstante, como ha dicho la doctrina a la que nos referimos someramente, esta exclusión no ha impedido que la Comunidad Autónoma tenga competencias sobre dicha materia<sup>17</sup>.

Segundo. A diferencia del art. 15.2 EAAnd 1981, que otorgaba a la Junta de Andalucía competencia de desarrollo legislativo, el art. 78 EAAnd 2007 atribuye una competencia exclusiva sobre un amplio catálogo de actuaciones que van en relación con los instrumentos de consulta indicados (establecimiento del régimen jurídico, modalidades, procedimiento, realización y convocatoria de las mismas). Ahora bien, este carácter exclusivo debe entenderse sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas del art. 149.1.18.º CE<sup>18</sup>.

Tercero. El nuevo art. 78 EAAnd 2007 prescinde del término «local», que sí estaba expresamente contemplado por su precedente. Como señalan CARRASCO DURÁN y GÓMEZ FERNÁNDEZ, de esta supresión puede deducirse la intención del legislador autonómico de incluir tanto las consultas populares de ámbito local como de ámbito autonómico<sup>19</sup>.

## 2.3. La Ley 2/2001 de consultas populares locales de Andalucía

### 2.3.1. Delimitación y ámbito de aplicación

Tras veinte años de vigencia del EAAnd 1981 se aprobó la Ley 2/2001 que tomó como base el art. 15.2 del Estatuto andaluz vigente en aquel momento y el art. 71 LBRL, pues es sabido que en la Comunidad Autónoma no existe ley de régimen local. La Ley cuenta con veintisiete artículos –que quedan divididos en cuatro títulos–, tres disposiciones adicionales y tres disposiciones finales y ha sido desarrollada por el Decreto 298/2002, de 10 de diciembre, que disciplina la organización y funcionamiento del Registro de Consultas Populares Locales de Andalucía (se da así cumplimiento al mandato de la disposición adicional primera de la Ley 2/2001 que ordena su creación). Del nombre que se le ha dado a la Ley o de su art. 1 que delimita su objeto de regulación (las «consultas populares locales») podría inferirse que regula las consultas populares en todas las entidades locales. Sin embargo, el articulado se refiere continuamente al municipio<sup>20</sup>. El único

<sup>16</sup> Vid., entre otros, FONT I LLOVET, T. (1985: 125), PÉREZ SOLA, N. (1994): *La regulación constitucional del Referéndum*. Marmolejo (Jaén): Universidad de Jaén, pág. 130, ÁLVAREZ MONTOTO, J. (2009): “Las consultas populares en el ámbito local”, en *El consultor de los Ayuntamientos*, núm. 2, pág. 194, BUENO ARMIJO, A. (2008a: 787), CARRASCO DURÁN, M. (2012: 1285), RIVERO YSERN, J. L. (2014: 137 y ss) y ORDUÑA PRADA, E. (2017): “Democracia local y participación ciudadana: nuevas perspectivas sobre consultas populares municipales”, en *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, pág. 75.

<sup>17</sup> BUENO ARMIJO, A. propone justificar la competencia sobre consultas populares celebradas por vía de referéndum acudiendo al título competencial de régimen local asumido en el art. 60 EAAnd 2007. De este modo la Junta de Andalucía conservaría su competencia sobre el desarrollo normativo en virtud de la competencia genérica en materia de régimen local, (2008a: 788-789). NARANJO DE LA CRUZ, R. plantea dos interpretaciones alternativas. La primera sería «interpretar el término “referéndum” en un sentido formal, de manera tal que el término se haga referir exclusivamente a las modalidades de referéndum previstas en la Constitución. De esta forma, la CA tendría competencia sobre cualquier consulta popular que pudiera celebrarse en su ámbito territorial y material de competencias». La segunda sería «vincular el inciso final (“con la excepción del referéndum”», no a todas las facultades enumeradas en el art. 78 EA, sino sólo a la última de las citadas, esto es, a la convocatoria, con lo que la CA lo único que no podría hacer en relación con un referéndum de ámbito autonómico sería convocarlo» (2009): “Capítulo II. Competencias (I)”, en TEROL BECERRA, M. J. (dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 199-200. En opinión de IBÁÑEZ MACÍAS, A., el artículo lo que niega no es la competencia sobre referéndum, sino la competencia exclusiva sobre el mismo, por lo que puede deducirse que la titularidad de la competencia sobre referéndum es compartida, (2013): “Los referendos regional y local en el Estado autonómico. Sus bases y límites constitucionales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, pág. 119.

<sup>18</sup> Así ha sido destacado tanto por la doctrina, BUENO ARMIJO, A. (2008a: 785) y CARRASCO DURÁN, M. (2012: 1.292), como por la jurisprudencia (STC 31/2010, FJ 69).

<sup>19</sup> CARRASCO DURÁN, M. (2012: 1.282 y 1.283) y GÓMEZ FERNÁNDEZ, V. M. (2012): “Art. 78. Consultas populares”, en ORTÍZ SÁNCHEZ, M. y CARRASCO LÓPEZ, I. (coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, pág. 541.

<sup>20</sup> Muestra de esto es que solo pueden ser objeto de consulta los asuntos de «competencia propia municipal» (art. 2.1), que la consulta popular no puede menoscabar las «facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio»

precepto que habla de la «Entidad local convocante» es el art. 2.1. Frente al mismo caben dos interpretaciones. La primera, considerar que estos términos son equivalentes a municipio o, la segunda, entender que abre la puerta a que lo hagan otras entidades locales. Si bien, esta última no parece sustentarse en el contenido de la Ley. Todas estas afirmaciones llevan a concluir que la intención del legislador autonómico era normar solo las consultas populares municipales y excluir las de ámbito supramunicipal. Esta perspectiva encuentra apoyo en la LBRL y en la LO 2/1980 que también aluden a los municipios<sup>21</sup>.

La Ley define en el art. 2.1 la consulta popular local como un «instrumento de conocimiento de la opinión de los vecinos». Continúa el artículo indicando que los asuntos sobre los que puede versar son aquellos que sean i) de «competencia propia municipal», ii) de «carácter local» y iii) «de especial relevancia» para los intereses de los vecinos. Por tanto, la Ley andaluza no introduce ninguna particularidad que no se contenga ya en el art. 71 LBRL. Como límites materiales se excluyen aquellos asuntos que i) sean contrarios al ordenamiento jurídico, ii) que menoscaben las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos y iii) aquellas materias propias de la Hacienda local (apartados 2 y 3 del art. 2). Aunque, como sostiene NÚÑEZ LOZANO, difícilmente se podrán menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos cuando el resultado de la consulta tiene carácter no vinculante<sup>22</sup>.

La consulta se decide por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, a ejercer por los electores que componen el cuerpo electoral (art. 3). Aclara el art. 15.1 que este último lo componen los vecinos del municipio que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales<sup>23</sup>. Para FERNÁNDEZ RAMOS la LBRL (arts. 18.1 y 71) no es concluyente sobre quiénes pueden expresar su opinión en la consulta y, en consecuencia, entiende que se permite que los legisladores autonómicos puedan atribuir el derecho bien a los vecinos del municipio en general bien a aquellos que tengan derecho de sufragio activo en las elecciones municipales<sup>24</sup>. Se trata de una cuestión que no es baladí, pues como ha puesto de manifiesto CANO CAMPOS el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales no está reconocido a todos los vecinos del municipio, ni todos los titulares de tal derecho son vecinos en el sentido del art. 15 LBRL (vecino es aquel que está inscrito en el Padrón municipal)<sup>25</sup>.

En lo que a lo que atañe a los efectos de la consulta, como ya se ha adelantado, la Ley establece que carece de vinculación jurídica para el municipio convocante (art. 2.1 Ley 2/2001). No obstante, esta no es una decisión que haya tomado autónomamente el legislador autonómico sino que el carácter no vinculante de las consultas ya se deduce del art. 69.2 LBRL (según este, las distintas formas de participación no pueden menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos)<sup>26</sup>. Algunos Regla-

---

(art. 2.2), que la circunscripción electoral es el «término municipal» (art. 5) o que la iniciación del procedimiento de consulta se pueda efectuar por la Corporación municipal (art. 6.1).

<sup>21</sup> Así ha tenido ocasión de señalarlo NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2001): «Las consultas populares locales», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, págs. 435 y 436.

<sup>22</sup> NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2001: 432).

<sup>23</sup> Según el art. 2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los españoles mayores de edad que estén inscritos en el censo electoral. Añade el art. 176 de la misma Ley que también poseen este derecho los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado; así como todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o, b) reúnan los requisitos para ser elector exigidos para los españoles por la Ley 5/1985 y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España. Por su parte, el art. 17.5 LBRL también reconoce el derecho de sufragio en las elecciones municipales a los españoles residentes en el extranjero que estén inscritos en el Padrón (específico) de españoles residentes en el extranjero.

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2005): *La información y participación ciudadana en la Administración Local*. Barcelona: Bosch, págs. 276 y 277.

<sup>25</sup> CANO CAMPOS, T., (2007): «Artículo 18», en REBOLLO PUIG, M. (dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch (Tomo I), pág. 366.

<sup>26</sup> En esta línea, cabe traer a colación la Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos de las Islas Baleares (BOE, núm. 89, de 13 de abril de 2019) que regula extensamente la figura del «referéndum municipal» en los arts. 10 al 36 y que, concretamente, en la redacción original del art. 10.3 disponía que «El resultado de este tipo de consulta, siempre y en todo caso, será vinculante para la autoridad convocante». La constitucionalidad de este último artículo y la de algunos más de la citada Ley (entre los que se encuentran los arts. 19 a 36) ha sido cuestionada por el Gobierno de la Nación y ha dado lugar al Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en relación con la Ley 12/2019 para iniciar negociaciones. Este Acuerdo está publicado en la Resolución de 21 de junio de 2019 de la Secretaría General de Coordinación Territorial (BOE, núm. 169, de 16 de julio de 2019). Concluido el proceso las discrepancias han sido solventadas y, en lo que se refiere al art. 10.3, las Islas Baleares han asumido el compromiso de cambiar la redacción del precepto, cuyo tenor debe ser el siguiente: «El resultado de este tipo de consulta será vinculante para la autoridad convocante en los supuestos en que así se prevea en la legislación estatal», apartado I.b) de la Resolución de 17 de diciembre de 2019 (BOE, núm. 12, de 14 de enero de 2020).

mentos de Participación Ciudadana (en adelante RPC) prevén que el resultado de la consulta popular sea tratado en sesión plenaria extraordinaria de la Corporación en la que esta adoptará el acuerdo teniendo en cuenta –junto con el objeto de la consulta y el resultado de la misma– «el porcentaje de participación». Es lo que ocurre con el RPC de Cádiz, de 30 de noviembre de 2017 (art. 44)<sup>27</sup>. Otra de las consecuencias que tiene la celebración de la consulta es que queda prohibido que el asunto tratado pueda ser sometido a una nueva consulta durante el tiempo que reste a la corporación municipal (art. 4.3 Ley 2/2001).

### 2.3.2. Procedimiento

a) Iniciativa. La iniciativa de la consulta puede ser instada por la propia Corporación municipal –mediante acuerdo adoptado por mayoría simple a propuesta de un grupo municipal– o por la solicitud de los vecinos que gocen de derecho de sufragio activo en las elecciones municipales (art. 6.1 y 3)<sup>28</sup>. En este último caso, la petición debe reunir una serie de requisitos, estos son: i) estar suscrita únicamente por aquellos vecinos que gocen de derecho de sufragio activo en las elecciones municipales (art. 6.3); ii) contener la identificación de cada uno de ellos y su firma formalizada ante el Secretario de la Corporación u otro fedatario público (art. 6.2); iii) reunir un número mínimo de firmas que se determina de conformidad con los tramos de población del art. 6.1; y iv) designar un representante (art. 6.4). Recibida la solicitud en el registro del Ayuntamiento, el Alcalde es el encargado de adoptar las medidas procedentes para verificar que concurren los anteriores requisitos cuya certificación corresponde al Secretario de la corporación (*cfr.* apartados 1, 2 y 3 del art. 7). Seguidamente, y dentro del plazo de los treinta días desde la recepción de la solicitud en el Ayuntamiento, el Alcalde debe remitirlo al Pleno para su aceptación. Este no es el acuerdo de aceptación de la celebración de la consulta que requiere el art. 71 LBRL sino otro acuerdo previo que exige la Ley 2/2001 para aprobar la iniciativa. Como pone de relieve RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, nada dice el precepto sobre el quorum necesario para que la iniciativa se entienda aceptada, por lo que hay que entender en base a la regla general de los arts. 47.1 y 123.2 LBRL que la aprobación requiere la mayoría simple de los miembros presentes<sup>29</sup>.

b) Periodo de alegaciones. El art. 8 contempla como trámite adicional de participación ciudadana que, aceptada por el Pleno la solicitud vecinal o adoptado el acuerdo por la Corporación municipal, la iniciativa de consulta popular se someta en los cinco días siguientes a información pública, por un periodo no inferior a veinte días hábiles, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda efectuar las alegaciones que considere convenientes (art. 8)<sup>30</sup>. Para garantizar la publicidad y efectividad de su realización, dicho trámite se tiene que publicar en el BOJA y en el respectivo BOP. Igualmente, se ha de comunicar a la Delegación de Gobierno de la Junta de Andalucía en la provincia que corresponda para que en el plazo de quince días hábiles también pueda formular alegaciones.

c) Acuerdo del Pleno para solicitar la celebración de la consulta. El Pleno del Ayuntamiento debe «ponderar» las alegaciones presentadas y, «si procede», acordar por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación la celebración de la consulta popular (de esta forma el art. 9.2 Ley 2/2001 da cumplimiento a la exigencia del art. 71 LBRL)<sup>31</sup>.

En el caso de que acepte la celebración de la consulta popular el contenido del acuerdo ha de ajustarse a las exigencias del art. 9.2 Ley 2/2001. Su adopción implica la continuación del procedimiento tal y como se va a ver en el apartado siguiente.

<sup>27</sup> BOP de Cádiz, núm. 247, de 29 de diciembre de 2017.

<sup>28</sup> El RPC de Granada también admite que la iniciativa pueda ser instada por el Consejo Social de la Ciudad o por el Consejo de Participación Vecinal, art. 24 (BOP de Granada, núm. 160, 20 de agosto de 2004).

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. L. (2001): "Una primera aproximación a la ley de regulación de las consultas populares locales en Andalucía 2/2001, de 3 de Mayo", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 286-287, pág. 473.

<sup>30</sup> GARCÍA GARCÍA, M. J. señala que al restringir la Ley 2/2001 el ejercicio del derecho a los vecinos del municipio que gocen del derecho de sufragio activo «no tiene sentido la apertura de la información pública, que amplía considerablemente el ámbito subjetivo de la iniciativa de consulta permitiendo que cualquier persona física o jurídica pueda efectuar las alegaciones que considere adecuadas sobre la procedencia de la misma», (2009): "La celebración de consultas populares a petición de los vecinos", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, pág. 78.

<sup>31</sup> Según la STSJ de Madrid 227/2012 de 20 febrero (recurso 945/2010) esta necesaria intervención «no responde sino a lo establecido por el art. 69.2 LBRL (según el cual "Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley")» (FJ 3).

Si por el contrario el Pleno estimase que procede denegar la solicitud debe hacerlo «mediante una resolución debidamente motivada» (FJ 6 de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 14 de junio de 1988). La citada Sentencia –confirmada por la STS de 14 de noviembre de 1989 (Referencia Aranzadi: RJ\1989\8304), que reproduce todos los fundamentos jurídicos de la anterior– resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la desestimación por silencio administrativo de la petición dirigida al Alcalde de Sevilla en petición una consulta popular relativa a las obras del metro de la ciudad. La Sala indica que la solicitud de celebración de una consulta del art. 18.1.f) LBRL «se trata del ejercicio de un derecho público subjetivo, y de la formulación de una auténtica reclamación que en consecuencia debe ser objeto de una contestación» (FJ 6, que va en relación con el FJ 4). Por tanto, «la denegación aún a través de la fórmula del silencio administrativo negativo, puede ser objeto de la necesaria revisión jurisdiccional, dentro del amplio marco que constituye el artículo 106.1 de la Constitución» (FJ 6).

Para BARATA I MIR esta decisión del Pleno es «ciertamente política». El autor defiende que la decisión va a depender de que el Gobierno municipal detecte la necesidad de acudir a la consulta directa de la ciudadanía. Es decir, que «considere (...) inadecuado para los intereses municipales la utilización de un criterio político formado exclusivamente en el seno de aquéllos» (órganos representativos municipales)<sup>32</sup>. Por su parte, GARCÍA GARCÍA considera que no hay margen para la discrecionalidad y que solamente puede denegarse válidamente si la iniciativa adolece de los requisitos legales establecidos<sup>33</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener presente que, como ha señalado la STSJ de Navarra 917/2001 de 22 de junio (recurso 395/2001), las consultas populares están previstas como una «mera posibilidad», es decir, se trata de «facultad que se otorga a los Alcaldes para realizarla, si lo estiman conveniente» (FJ 5). El art. 71 LBRL establece expresamente que «podrán» someter a consulta. Por tanto, el hecho de que se reúna el número de firmas requerido no significa que el procedimiento tenga que seguir obligatoriamente adelante.

d) Tramitación de la preceptiva autorización y acuerdo del Gobierno de la Nación. Acordada la celebración de la consulta, el Alcalde debe remitir una certificación literal del acuerdo favorable del Pleno junto con una copia del expediente a la «Consejería de Gobernación» (art. 10 Ley 2/2001). En la actualidad, las competencias de la antigua Consejería de Gobernación corresponden a la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local (por esta razón en adelante nos referiremos a esta última)<sup>34</sup>. Dicha solicitud es tramitada a través de la Presidencia de la Junta de Andalucía que la envía junto con un informe, en un plazo no superior a veinte días hábiles desde la recepción del acuerdo del Pleno, al Gobierno de la Nación para su autorización. Este trámite, exigido por el art. 71 LBRL, es fundamental y su omisión supondría contrariar la legalidad. Precisamente, el RPC de Barcelona, de 6 de octubre de 2017, que regulaba la figura de las «consultas ciudadanas» (arts. 14 y 69 a 96) ha sido anulado por la STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2019 (recurso 411/2017)<sup>35</sup>. Entre otras razones, esto se debe a que el RPC referenciado solo preveía la aprobación de la iniciativa ciudadana por parte del Consejo Municipal omitiendo toda referencia a la necesidad de recabar la autorización del Gobierno de la Nación. A juicio de la Sala esta regulación «permitiría la convocatoria de la consulta sin solicitar tal preceptiva autorización» (FJ 5), apartándose así de la LBRL.

Una vez adoptado el acuerdo por el Gobierno de la Nación sobre la procedencia de la celebración de la consulta, la Presidencia de la Junta de Andalucía debe, dentro de los cinco días hábiles desde su recepción, dar traslado del mismo a la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local para su remisión al municipio afectado en los dos días siguientes. Como se verá seguidamente, si el acuerdo autoriza la celebración de la consulta el siguiente paso es la convocatoria. En cambio, si el acuerdo deniega la celebración de la consulta, la entidad solicitante puede recurrir dicha decisión interponiendo recurso

<sup>32</sup> BARATA I MIR, J. (1999): *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*. Madrid: Tecnos, págs. 196 y 197.

<sup>33</sup> GARCÍA GARCÍA, M. J. (2009: 77-78). En igual sentido, FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2007: 1.826), RIVERO YSERN, J. L. (2014: 138) y ROBLES MIGUEL, C. (2014): "Disposición adicional", en DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*. Madrid: La Ley, pág. 1.899.

<sup>34</sup> Las competencias de la Consejería de Gobernación en materia de Administración Local han sido asumidas, sucesivamente, por las siguientes consejerías: la Consejería de Gobernación y Justicia (art. 2.1 del Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo), la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales (art. 4.1 del Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo), la Consejería de la Presidencia y Administración Local (art. 3.1 del Decreto de la Presidenta 12/2015, de 17 de junio), la Consejería de Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática (art. 3.1 Decreto de la Presidenta 12/2017, de 8 de junio) y actualmente por la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local (art. 3.1 del Decreto del Presidente 2/2019, de 21 de enero modificado por el Decreto del Presidente 6/2019, de 11 de febrero y art. 1.e) del Decreto 99/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior).

<sup>35</sup> BOP de Barcelona de 30 de octubre de 2017.



contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 12.1.a) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En Andalucía, hasta la fecha, se ha recurrido el acuerdo denegatorio del Gobierno de la Nación en tres ocasiones. Se exponen sintéticamente a continuación los pronunciamientos del Tribunal Supremo.

1. La STS 1205/2000 de 17 de febrero (recurso 404/1998) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Algeciras (Cádiz) contra el acuerdo del Consejo de Ministros que deniega la autorización para la convocatoria de una consulta popular consistente en la articulación del municipio de Algeciras y de su entorno comarcal en una novena provincia andaluza. Entiende la Sala que el asunto tiene carácter supralocal al afectar al ámbito territorial de la provincia de Cádiz y a las competencias propias de su Diputación provincial, que no puede ver mermada su integridad territorial sino a través de una Ley Orgánica (FJ 6).

2. La STS 4930/2008 de 23 de septiembre (recurso 474/2006) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Almuñécar (Granada) contra el acuerdo del Consejo de Ministros que rechaza autorizar la celebración de una consulta popular referida a la aprobación inicial del Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) y declara su nulidad. Arguye el Tribunal Supremo que la decisión del Consejo de Ministros –basada en que no concurría el requisito de que el asunto fuese de competencia propia municipal– realiza una interpretación contra legem del art. 71 LBRL. Pues, identifica indebidamente el concepto de «asuntos de la competencia propia municipal» a que alude dicha disposición legal con «asuntos de la competencia exclusiva del municipio», sin hacer una lectura armonizada del 25.2 d) LBRL y del art. 3 de la Ley 7/2002, de 27 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía, de los cuales se desprende que la aprobación de un PGOU se corresponde con el ejercicio de una competencia propia municipal que se ejerce en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad (FJ 2).

3. La STS 2526/2016 de 29 de noviembre (recurso 603/2015) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Cogollos Vega (Granada) contra el acuerdo del Consejo de Ministros. Este deniega la autorización para la celebración de una consulta popular a los vecinos sobre el mantenimiento de la concesión otorgada a una empresa para la gestión de los servicios del ciclo integral del agua del municipio, ya acordada por un convenio suscrito por el anterior Alcalde, hasta el año 2027 sin acuerdo del Pleno. Explica la Sentencia que la consulta no tiene por objeto un asunto propio de competencia municipal, como exige el art. 71 LBRL, sino que solo guarda una relación indirecta con un servicio público contenido en el listado del art. 25.2.c) LBRL (FJ 5).

e) Convocatoria. Recibida la comunicación del otorgamiento de la autorización corresponde al Alcalde convocar en los tres días hábiles siguientes la consulta popular –como es sabido, la delegación de esta atribución queda prohibida por el art. 43.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF)–. La convocatoria adopta la forma de decreto (cuyo contenido ha de ajustarse a lo dispuesto por el art. 11.1 Ley 2/2001) y se publica en el BOJA, en el BOP, en uno de los medios de comunicación de mayor difusión en el ámbito local correspondiente y en el tablón de edictos del Ayuntamiento. En este sentido, recuérdese que el deber de las corporaciones locales de facilitar información sobre su actividad así como la participación de los ciudadanos en la vida local está recogido en el art. 69.1 LBRL.

La consulta presenta una serie de restricciones temporales. Así, no puede ser convocada ni tener lugar en los periodos que median entre la convocatoria y celebración de: a) elecciones de Diputados y Senadores a Cortes Generales, al Parlamento de Andalucía, de los miembros de las Entidades Locales o de los Diputados del Parlamento Europeo o, b) de un referéndum, cuando estos se efectúen en el ámbito territorial afectado por la consulta popular local (art. 4.1). La Ley contempla incluso una «desconvocatoria» de la consulta<sup>36</sup>. Es decir, si esta ya hubiese sido convocada y posteriormente se convocan las elecciones o referéndum a los que se ha hecho referencia, la convocatoria queda sin efecto debiendo ser convocada nuevamente (art. 4.2).

f) La continuación del procedimiento. Los arts. 12 y ss. concretan aspectos atinentes a la Administración Electoral, el cuerpo electoral, las secciones electorales, sus locales y las Mesas electorales corres-

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. L. (2001: 466).

pondientes a cada una de ellas. Del desarrollo del procedimiento se ocupan los arts. 19 a 27 (campaña de información, documentos oficiales, voto anticipado y votación y escrutinio). La disposición final primera se remite en todo lo no previsto por la propia Ley 2/2001 a la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, que se debe aplicar «teniendo en cuenta su adaptación a las características y ámbito de la consulta».

## 2.4. Utilización práctica en Andalucía

Expuesto todo lo anterior, resulta interesante conocer la realidad práctica de las consultas populares en Andalucía. Para la elaboración de este apartado se ha utilizado la información proporcionada por el Gobierno de la Nación con ocasión de la solicitud de información del Senador D. Jon Iñarritu García sobre las consultas populares autorizadas y rechazadas por el Consejo de Ministros<sup>37</sup>. El 27 de abril de 2018 el Gobierno dio respuesta a dicha solicitud con remisión de un documento Anexo, publicado en la sede electrónica del Senado, en el que aparecen las consultas populares promovidas en todo el territorio nacional desde 1985 hasta parte de 2018 (con indicación de: fecha, entidad solicitante, provincia, asunto sobre el que trata la consulta y situación –esto es, si ha sido autorizada o desautorizada por el Gobierno de la Nación, archivada o desistida–)<sup>38</sup>. Según los datos, desde 1985 hasta 2017, en el ámbito estatal se ha promovido la celebración de 168 consultas populares. De estas, 54 han sido autorizadas, 77 no autorizadas, 24 archivadas y 13 desistidas. En Andalucía estos datos se corresponden con lo siguiente:

Consultas populares promovidas en Andalucía	Autorizadas	No autorizadas	Archivadas	Desistidas	Total
Desde 1985 hasta 2000	3	8	2	1	14
Desde 2001 hasta 2017	4	3	1	–	8

*Fuente:* elaboración propia a partir de los datos procedentes del Anexo remitido por el Gobierno de la Nación, ya referenciado.

Tal y como puede observarse en la tabla, la figura de las consultas populares tiene un alcance limitado: con carácter previo a la Ley 2/2001 se han promovido un total de catorce consultas populares (esto es, en un periodo de quince años) frente a las ocho iniciativas que se han impulsado desde que entró en vigor la Ley 2/2001 hasta 2017 (esto es, en un periodo de dieciséis años). Los resultados de este segundo periodo son realmente bajos de por sí pero además muestran un retroceso respecto del tramo anterior (es decir, en un lapso de tiempo algo mayor las consultas promovidas se han reducido casi a la mitad). La situación no deja de ser paradójica pues se supone que la existencia de una Ley en la materia va a incentivar el ejercicio del derecho y no al contrario, aunque en realidad la norma no menciona en ningún punto tener por finalidad promover el ejercicio del derecho ni fomentar una cultura participativa. No obstante, lo cierto es que la práctica inoperante de las consultas populares no es nada nuevo. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la doctrina en reiteradas ocasiones y se ha asociado a la rígida interpretación de los requisitos legalmente exigidos<sup>39</sup>.

Al margen de lo anterior, teniendo en cuenta que la Ley 2/2001 ordena la creación del Registro de Consultas Populares Locales de Andalucía (en adelante, el Registro) y a fin ampliar los datos para la realización de este trabajo, el 30 de mayo de 2019 me dirigí a la Junta de Andalucía y, con apoyo en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (arts. 12 y 17) y en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (art. 7 apartado b), solicité la informa-

<sup>37</sup> En concreto, la pregunta formulada era la siguiente: «¿Cuáles son todas y cada una de las consultas populares autorizadas y rechazadas por el Consejo de Ministros desde 1979? (especificando cuál era el motivo sobre el que se deseaba preguntar en cada una de las consultas)». [17-05-2019] Disponible en web: <http://www.senado.es/web/expedientdocblobservelet?legis=12&id=102375>.

<sup>38</sup> [17-05-2019] Disponible en web: <http://www.senado.es/web/expedientdocblobservelet?legis=12&id=110690> y <http://www.senado.es/web/expedientappendixblobservelet?legis=12&id1=108267&id2=1>. Probablemente habrá habido otros intentos de promover la celebración consultas populares que no hayan prosperado y hayan quedado en el ámbito municipal.

<sup>39</sup> Entre otros, FONT I LLOVET, T. (1985: 127), SÁNCHEZ MORÓN, M. (1992): "El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación de la ciudadanía", en AA.VV., *Informe sobre el Gobierno Local*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, pág. 318, FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2005: 273), ORDUÑA PRADA, E. (2017: 87 y 88), MARTÍNEZ ALONSO-CAMPS, J. L. (2010): "Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum", en *Anuario del Gobierno Local*, pág. 450 y RUIZ-RICO RUIZ, C. (2017): *Reforma de la Administración Local y problemática jurídico-constitucional. Experiencias de innovación democrática*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 105.

ción de «carácter público» contenida en dicho Registro (este carácter público se reconoce en el art. 5.1 del Decreto 298/2002, ya referenciado, que lo regula)<sup>40</sup>. El 9 de julio se respondió a mi solicitud con remisión de un documento cuyo encabezamiento reza “Consultas populares celebradas en Andalucía” (se acompaña este documento como Anexo. “Consultas populares celebradas en Andalucía” al final de este trabajo). Según estos datos, en dicho Registro solo están inscritas tres consultas populares. Son las celebradas en 2002 en Montellano (Sevilla), en 2009 en Almuñécar (Granada) y en 2014 en Galaroza (Huelva)<sup>41</sup>. Ante el desconcierto por la contradicción entre esta información y la facilitada por el Gobierno de la Nación (según la cual en Andalucía se han promovido ocho consultas populares desde 2001 hasta 2017), el 12 de julio de 2019 me dirigí nuevamente a la Junta de Andalucía y solicité información más precisa al respecto, tratando de aclarar si se trataba de un malentendido. En su contestación, del 1 de agosto de 2019, me comunicaron que «no existen más datos que los que se les adjunta a la interesada». Sorprende esta discordancia en un tema cuyo control y registro debe ser relativamente sencillo teniendo en cuenta el escaso número de consultas que se promueven. Además, se tiene constancia de que se ha celebrado alguna consulta popular, previamente autorizada por el Gobierno de la Nación, que no figura inscrita en el Registro. Es el caso de la consulta popular que tuvo lugar el 17 de abril de 2016 en el municipio de Los Barrios (Cádiz)<sup>42</sup>.

### 3. CONSULTAS LOCALES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEY 7/2017

#### 3.1. Generalidades

##### a) Objeto y ámbito de aplicación

Como se ha tenido ocasión de ver, el EAAnd 2007 presta especial atención por profundizar en la participación ciudadana y, en lo que a las consultas populares se refiere, mediante el art. 78 amplía el concepto de consulta popular que contenía el EAAnd 1981 e introduce otros instrumentos de consulta. Recientemente, haciendo uso de estas competencias, desde la Comunidad Autónoma se vuelven a impulsar técnicas diversas de participación y consulta a los ciudadanos enmarcadas en la Ley 7/2017<sup>43</sup>. La Ley tiene por objeto según su art. 1.1.:

«(...) la regulación del derecho de participación ciudadana en la dirección de los asuntos públicos autonómicos y locales en Andalucía, en condiciones de igualdad, de manera real y efectiva, ya sea directamente o a través de las entidades de participación ciudadana en las que se integre la ciudadanía, así como el fomento de su ejercicio, en el marco de lo establecido en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y los tratados comunitarios».

Con este propósito la Ley se compone de sesenta y seis artículos –estructurados en seis títulos, algunos divididos en capítulos y secciones– una disposición adicional, una disposición derogatoria y tres disposicio-

<sup>40</sup> Como se ha indicado anteriormente, la disposición adicional primera de la Ley 2/2001 ordena la creación de un Registro que ha sido desarrollado por el Decreto 298/2002. El Registro, que está operativo desde el 11 de diciembre de 2002, tiene por objeto «facilitar el seguimiento y control administrativo mediante la inscripción de las solicitudes presentadas, las que hayan sido autorizadas y los resultados de aquellas que se hayan celebrado» (art. 1.2). Asimismo *cfr.* art. 3 («Datos inscribibles»).

<sup>41</sup> En general los porcentajes de participación de la ciudadanía en estas consultas no han sido demasiado altos; se corresponden con las siguientes cifras (calculadas en base al número de electores y número de votantes que figuran en el Anexo. “Consultas populares celebradas en Andalucía”. En Montellano un 68’33% (la consulta versaba sobre la incorporación del municipio al consorcio de aguas de Huesna). En Almuñécar un 32’44% (se preguntaba a los vecinos si respaldaban el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de aprobar inicialmente el plan general de ordenación urbanística del municipio). En Galaroza un 56’24% (el texto consultaba a los vecinos si querían que el municipio recuperase el servicio de abastecimiento de agua transferido en ese momento a la mancomunidad de servicios de la provincia y se gestionase por Giahsa –sociedad mercantil–).

<sup>42</sup> *Vid.* pág. 7 del documento proporcionado por el Gobierno de la Nación (ya referenciado) y la web del Ayuntamiento del Municipio en la que se ofrece información sobre los resultados finales, número de votos y porcentaje de participación. [12-07-2019]. Disponible en web: <http://www.losbarrios.es/consulta-popular/>.

<sup>43</sup> De esta forma, Andalucía se suma a otras Comunidades Autónomas que disponen de leyes de participación ciudadana como Canarias (Ley 5/2010, de 21 de junio), Cataluña (Ley 10/2014, de 26 de septiembre), Castilla y León (Ley 3/2015, de 4 de marzo), Aragón (Ley 8/2015, de 25 de marzo), Valencia (Ley 2/2015, de 2 de abril), Galicia (Ley 7/2015, de 7 de agosto), País Vasco (Ley 2/2016, de 7 de abril), Baleares (Ley 12/2019, de 12 de marzo), la Comunidad Foral de Navarra (Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo), o la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (Ley 8/2019, de 13 de diciembre). Por su parte, La Rioja ha iniciado la tramitación parlamentaria para aprobar una ley en la materia si bien en este caso no ha prosperado al caducar la iniciativa (BO del Parlamento de La Rioja, núm. 283, de 25 de mayo de 2019).

nes finales. En síntesis, el Título I, “Disposiciones generales” recoge las bases y principios que rigen la interpretación del contenido de la norma; el Título II, “Derechos y obligaciones” delimita los sujetos legitimados para el ejercicio del derecho de participación ciudadana y las obligaciones de las Administraciones públicas respecto al mismo; el Título III, “Procesos de participación ciudadana” desarrolla diversas modalidades de participación encaminadas a facilitar el ejercicio del derecho; el Título IV, “Medidas de fomento de la participación ciudadana” contempla medidas destinadas a instaurar una cultura participativa en el conjunto de la sociedad, entidades e instituciones andaluzas; el Título V, “Organización administrativa de la participación ciudadana” contiene unas reglas a tener en cuenta a efectos organizativos de la Administración de la Junta de Andalucía y de las Administraciones locales andaluzas; y por último, el Título VI, “Sistema público de participación digital” se ocupa del desarrollo normativo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Lo expuesto hasta el momento ya permite deducir la amplísima regulación que contiene. Como seguidamente se podrá comprobar, con el fin de desarrollar el derecho de participación ciudadana se regulan distintos procedimientos y canales de participación que comprenden los ámbitos autonómico y local, de contornos no siempre claramente perfilados. De ahí que no sea en todos los casos fácil extraer en términos jurídicos conclusiones claras.

Se ha indicado que el objeto de la Ley 7/2017 es la regulación de la participación ciudadana. Por una parte, el art. 1.2 aclara que esta comprende «en todo caso, el derecho a participar plenamente en las decisiones derivadas de las funciones de gobierno y administración de la Comunidad Autónoma y las entidades locales andaluzas». Y, por otra parte, el art. 3.1 establece con carácter general un amplio ámbito de aplicación de la Ley: «se refiere al ejercicio de las competencias de gobierno y administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales de Andalucía». Aunque no procede entrar aquí detalladamente en ello, pues este trabajo se centra en las consultas populares locales, sí conviene poner de manifiesto que el legislador se podría haber planteado hacer una distinción entre el gobierno y la administración de la Junta de Andalucía. Evidentemente hay que entender que estos términos no pueden equipararse al Gobierno y a la Administración de la Comunidad Autónoma en un sentido estricto. Este amplio concepto podría dar lugar a que los ciudadanos pudiesen expresar su opinión y participar, por ejemplo, en las atribuciones del Presidente de la Junta de Andalucía, entre las que se encuentra fijar las directrices de la acción de gobierno o nombrar y separar a los Vicepresidentes y Consejeros (art. 10 Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía)<sup>44</sup>. En lo que respecta a los entes locales, no cabe hablar de participación en las funciones de gobierno y administración. Es sabido que en estos entes territoriales no hay poder legislativo ni judicial y por eso no tiene sentido hablar de poder ejecutivo local. En los entes locales toda su organización es su administración y por eso se tiende a identificar, aunque no sea exacto, ente local y Administración local. A su vez, como en los municipios su organización administrativa es normalmente su respectivo Ayuntamiento (salvo los casos de concejo abierto), se suele identificar municipio y Ayuntamiento, pero realmente el Ayuntamiento es solo organización administrativa del municipio<sup>45</sup>. Como pone de relieve REBOLLO PUIG en el Prólogo de los Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, «los entes locales son ante todo y sobre todo Administraciones públicas». Y, esto debe enfatizarse «(...) frente a algunas opiniones, tan erróneas como peligrosas, que ya no ven en los entes locales Administraciones ni en su estructura órganos administrativos, sino extrañas entelequias en las que se habla de división de poderes, de sistema parlamentario o presidencial y cosas por el estilo con las que se confunde todo y por completo hasta llegar a conclusiones aún más equivocadas»<sup>46</sup>.

Las disposiciones legales son de aplicación a la Administración de la Junta de Andalucía (incluidos sus órganos superiores de gobierno); a las agencias de la Administración de la Junta de Andalucía así como a las entidades de derecho público a las que hace referencia la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; a las entidades que integran la Administración local andaluza; y a los entes instrumentales de derecho público vinculados o dependientes de las Adminis-

<sup>44</sup> Con posterioridad a la Ley 7/2017, la Norma Foral 5/2018, de 12 de noviembre, sobre Participación Ciudadana de la Diputación Foral de Guipúzcoa utiliza términos similares a los de la Ley andaluza, aunque tampoco hace mayor aclaración. Así, marca como objeto la regulación del «derecho de participación (...) en el ejercicio por la Diputación Foral de la función de gobierno y administración, en el ámbito de las competencias forales» (art. 1.1) e incluye en su ámbito objetivo de aplicación el ejercicio de las competencias de gobierno y administración (art. 2.1).

<sup>45</sup> REBOLLO PUIG, M. (2017b): “Derecho Administrativo y Administración Pública”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos (Tomo I), pág. 46.

<sup>46</sup> REBOLLO PUIG, M. (2007): “Prólogo”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.): *Comentarios a la Ley de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 10.

traciones locales andaluzas (art. 3.2). Las Administraciones públicas andaluzas deben asumir una serie de obligaciones relativas a la participación ciudadana que están contenidas en el art. 9.

### b) Fines

Entre los fines de la Ley, el art. 2 se refiere a promover la participación e instaurar una cultura participativa en la ciudadanía y en el funcionamiento de las Administraciones públicas andaluzas así como a fomentar la participación social de determinados colectivos (con este alcance hace concreta alusión a las mujeres, los menores de edad, las personas mayores y las personas que estén en situación de vulnerabilidad) y fortalecer la comunicación entre el gobierno y la ciudadanía<sup>47</sup>. De este modo, considera que las políticas públicas podrán beneficiarse de la riqueza de los conocimientos y experiencias de los vecinos.

Asimismo, incluye entre sus fines favorecer la colaboración entre la Administración autonómica y la local en el fomento de la participación y en la realización de procesos de participación en sus actividades de gobierno y administración, haciendo especial mención en el art. 2.i) Ley 7/2017 a los convenios de cooperación previstos en el art. 83 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante LAULA). En relación con esto último, habría que entender que lo pretendido por la Ley 7/2017 es que se trate de convenios de cooperación que tengan por objeto la participación ciudadana. Resulta llamativo que a pesar de ser una Ley que regula las relaciones entre Administración y administrados se ocupe también de las relaciones interadministrativas. Este propósito no queda en una declaración de intenciones pues el art. 9.e) Ley 7/2017 acoge de nuevo la idea y ordena a las Administraciones públicas andaluzas «impulsar la suscripción de convenios y acuerdos con otras Administraciones públicas» (en igual sentido, art. 51.2.h). Del mismo modo, el art. 9.e) también impulsa la elaboración de convenios con entidades públicas o privadas «especialmente con organizaciones no gubernamentales y entidades de voluntariado, en los términos previstos en la legislación aplicable» (en la misma línea los arts. 51.2.g) y 59)<sup>48</sup>.

### c) Procedimientos de participación ciudadana

El Título III de la Ley 7/2017 está dedicado a los “Procesos de participación ciudadana” (a pesar de que la Ley habla de «procesos», en adelante nos referiremos a los mismos como «procedimientos» por considerar este último término más adecuado). Este es el Título más extenso y contiene cuarenta artículos (arts. 10 al 50). Según el art. 10 son procedimientos de participación «(...) el conjunto de actuaciones, procedimientos e instrumentos ordenados y secuenciados en el tiempo, desarrollados por las Administraciones públicas andaluzas en el ámbito de sus competencias, para posibilitar el ejercicio del derecho de la ciudadanía a la participación (...) en la dirección y gestión de los asuntos públicos autonómicos y locales». El legislador andaluz ha considerado que tienen tal carácter los citados en el art. 12 que deben entenderse, en un principio, como modalidades diferenciadas. Estos son:

- a) Deliberación participativa.
- b) Participación ciudadana en la elaboración de presupuestos.
- c) Participación ciudadana mediante consultas populares.
- d) Participación ciudadana en la proposición de políticas públicas y elaboración de normas.
- e) Participación ciudadana en el seguimiento y evaluación de las políticas públicas y de la prestación de los servicios públicos».

<sup>47</sup> Corresponde aquí resaltar que la Ley 7/2017 acorde con su art. 1.1, que declara como objeto regular el derecho de participación «en condiciones de igualdad (...)», atribuye al principio de igualdad de género un carácter «básico» para la norma y «fundamental» en los procesos de participación ciudadana (arts. 4.h y 52.3, respectivamente). En esta misma línea ya se había pronunciado la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (arts. 5 y 53 al 56). Haciendo referencia no tanto a la participación desde la perspectiva de género como al principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el derecho administrativo y en el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa puede verse DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2015): “La legitimación activa del «interés difuso»: ¿una nueva categoría para proteger la igualdad?”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, págs. 1-40.

<sup>48</sup> Respecto de las entidades de voluntariado debe señalarse que la Ley 4/2018, de 8 de mayo, Andaluza del Voluntariado regula en el Título VI, “De la participación” el derecho de participación de las entidades de voluntariado en el diseño y ejecución de las políticas públicas de las áreas en que desarrollen sus actividades (art. 24.1). Aunque esta Ley es reciente, el derecho de participación ya se contemplaba en los arts. 24 y 25 de la derogada Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado de Andalucía.

Ya se ha avanzado que este trabajo se centra en los procedimientos de participación ciudadana mediante consultas populares. No obstante, sobre este precepto, puede señalarse que en principio de su literalidad no parece colegirse que regule procedimientos de participación que presenten gran novedad. Algunas son técnicas de participación de sobra conocidas. Se pueden indicar algunos ejemplos. En el ámbito de la Junta de Andalucía, la participación ciudadana en el seguimiento y evaluación de las políticas públicas «a través de los correspondientes órganos colegiados sectoriales de participación» del art. 31.1 se trata de una participación orgánica a la que ya se refirió en 1977 el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>49</sup>; y, la participación en los procedimientos de elaboración de leyes y reglamentos prevista en el art. 28 Ley 7/2017 ya se aborda en el art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC)<sup>50</sup>. Lo mismo sucede en el ámbito de las entidades locales. La participación en los procedimientos de presupuestos participativos ya ha sido desarrollada reglamentariamente por algunos municipios (así ocurre con el Reglamento Municipal de Participación Ciudadana de Vélez-Málaga, de 10 de noviembre de 2009, arts. 69 y 70)<sup>51</sup>. Por su parte, el derecho de participación en la elaboración de los anteproyectos de ordenanzas y reglamentos locales del art. 30 Ley 7/2017 también está contenido en el art. 133 LPAC<sup>52</sup>. Además, se asimila a los trámites de audiencia al interesado y de información pública del procedimiento administrativo común. Como es conocido, estos ya estaban recogidos en la antigua Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo (arts. 91 y 130.5), en la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 84 y 86) y en la vigente LPAC (arts. 82 y 83)<sup>53</sup>. El art. 49.b) LBRL también recoge los trámites de información pública y audiencia a los interesados en los procedimientos de elaboración de ordenanzas locales.

#### d) La efectiva aplicación de la Ley

En estas apreciaciones generales tienen que ponerse necesariamente de manifiesto algunas cuestiones que se suscitan en relación con la entrada en vigor y el desarrollo reglamentario. Destaca que la entrada en vigor de la Ley se ha producido a los doce meses de su publicación en el BOJA (disposición final tercera). Es decir, se ha retrasado hasta el 5 de enero de 2019 sin que hayan quedado claras las razones de tal demora. En este sentido, resulta interesante señalar que la disposición final tercera del “Proyecto de Ley de Participación Ciudadana de Andalucía” contemplaba un periodo de tiempo para su entrada en vigor aún mayor, de dieciocho meses<sup>54</sup>. Esta circunstancia unida a que la Ley concede un plazo de doce meses (desde su entrada en vigor) al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la ley (disposición final primera) y a los municipios andaluces para adaptar o, en su caso, aprobar sus RPC (disposición final segunda), posterga la existencia de una normativa en la materia hasta el 5 de enero de 2020, esto es un total de dos años<sup>55</sup>. De estos datos, no parece deducirse que el legislador autonómico tenga mucho interés en que la Ley despliegue efectos inmediatamente, lo que no deja de resultar curioso si se tiene en cuenta que la norma dice tener por objeto regular el derecho de participación de una manera «real y efectiva» así como el fomento de su ejercicio (art. 1.1).

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1977: 308-313).

<sup>50</sup> Como es sabido, el art. 133 LPAC se ha visto afectado por la STC 55/2018, de 24 de mayo de 2018. La Sentencia ha declarado la inaplicabilidad para las Comunidades Autónomas de gran parte del precepto por ser contrario al orden constitucional de competencias al descender a cuestiones procedimentales de detalle que desbordan el ámbito de lo básico, quedando únicamente a salvo su apartado 1 y el primer párrafo del apartado 4 (*vid.* FJ 7.c).

<sup>51</sup> BOP de Málaga, núm. 243, de 22 de diciembre de 2009.

<sup>52</sup> Sobre la participación de los vecinos en la elaboración de reglamentos municipales *vid.* PÉREZ LÓPEZ, E. (2018): “La participación pública en el ejercicio de la potestad reglamentaria municipal”, en LORA TAMAYO-VALLVÉ, M. (coord.): *Retos y nuevas perspectivas de la participación pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 243-293.

<sup>53</sup> En relación con la participación de las entidades representativas de intereses *vid.* REBOLLO PUIG, M. (1988): “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, págs. 99-166.

<sup>54</sup> BOPA, núm. 342, de 14 de noviembre de 2016.

<sup>55</sup> Sobre la disposición final primera y la disposición final segunda deben hacerse dos anotaciones. Así, la disposición adicional primera no aclara, como sí hace la segunda, desde cuándo tiene que contarse dicho plazo de doce meses. No obstante, entendemos que debe contabilizarse desde la publicación de la Ley 7/2017 en el BOJA. En relación con la disposición final segunda, hay que indicar que habla de «municipios» y no de entes locales, por tanto, de aquí no se desprende que los restantes entes locales tengan que proceder al desarrollo normativo en un determinado periodo de tiempo.

En lo que respecta al desarrollo reglamentario a nivel autonómico, debe resaltarse que el 2 de agosto de 2018 fueron publicados en la sede electrónica de la Junta de Andalucía algunos «datos básicos» sobre el «Proyecto de Decreto .../2018, por el que se regulan los Procesos de Participación Ciudadana en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía» y se abrió un periodo de consulta pública para que la ciudadanía, organizaciones y asociaciones pudiesen expresar sus opiniones. Estos datos básicos consistían en una breve exposición de los siguientes aspectos: «antecedentes de la norma», «problemas que se pretenden solucionar», «necesidad y oportunidad de aprobación», «objetivos de la norma» y «posibles soluciones alternativas»<sup>56</sup>. Tras las elecciones autonómicas del 2 de diciembre de 2018, el nuevo Gobierno ha retomado la labor de desarrollo normativo y ha publicado en la sede electrónica de la Junta de Andalucía un texto articulado «Proyecto Decreto por el que se regulan los procesos de participación ciudadana en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía» de fecha de 13 de junio de 2019 (en adelante nos referiremos al mismo como borrador del Proyecto de Decreto) cuyo contenido ha sido sometido a información pública a fecha de 15 de julio de 2019<sup>57</sup>. El borrador del Proyecto de Decreto, fiel a su rúbrica, regula los procedimientos de participación ciudadana en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía (arts. 1 y 3.1). Por lo tanto, quedan fuera de su regulación los procedimientos de participación ciudadana que tengan lugar en el ámbito local cuyos requisitos y aspectos procedimentales se regirán por lo que, con apoyo en la Ley 7/2017 y en el resto de normativa aplicable, determine cada entidad local mediante reglamentos u ordenanzas (art. 17 Ley 7/2017)<sup>58</sup>. Esta amplia remisión podría provocar que la pretendida potenciación de la participación ciudadana perseguida por la Ley quede en una mera declaración de intenciones si los entes locales no llevan a cabo un desarrollo normativo completo que posibilite que se lleven a la práctica estos mecanismos de participación ciudadana. Esto ocurriría si, por ejemplo, se limitasen a trasladar el contenido de la Ley 7/2017. En particular, en lo que afecta a las consultas participativas existen distintos artículos que se remiten a su desarrollo reglamentario: el art. 36 (sobre el sistema de votación), el art. 48.5 y 6 (acerca del número de firmas necesario para que prospere la iniciativa ciudadana y del procedimiento para la recogida de firmas, plazos, presentación, identificación, recuento, validación y demás aspectos relativos a esta materia) y el art. 50 (sobre las limitaciones a la realización de las consultas participativas). Con posterioridad a la publicación de la Ley algunos municipios ya han aprobado o modificado sus RPC. La Ordenanza de gobierno abierto y participación ciudadana de Umbrete (Sevilla), de 22 de mayo de 2018, dice en su art. 3.e) ir en conformidad con la Ley 7/2017 pero no hace ninguna mención a las consultas participativas<sup>59</sup>. En cambio, el Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana de Priego de Córdoba, de 7 de mayo de 2019, dedica su artículo 17 a este instrumento participativo, aunque lo cierto es que, con alguna salvedad (apartados 5 y 9 del art. 17), reproduce distintos artículos de la Ley 7/2017<sup>60</sup>. Por su parte, el RPC de Huelva se ciñe a recoger en el art. 34 el concepto de consulta participativa utilizado por la Ley 7/2017 y en lo relativo al procedimiento para la recogida de firmas, plazos... se remite a un futuro acuerdo del Pleno en el art. 35; por tanto, en este caso nada nuevo añade<sup>61</sup>. En sentido parecido, la “Modificación y Adaptación del Reglamento de Participación Ciudadana de Alcalá la Real a la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía” (municipio de Jaén), de 15 de octubre de 2019, destina a las consultas participativas los artículos 44 a 53, pero, igualmente, en este caso (a excepción de los arts. 52 y 53 *in fine*) se reitera lo dispuesto por la Ley 7/2017<sup>62</sup>. A la vista de lo anterior, quizá sería conveniente que la Junta de Andalucía elaborase un Reglamento «tipo» de Participación Ciudadana para facilitar el desarrollo normativo por los entes locales.

<sup>56</sup> [20-07-2019]. Disponible en web: <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/participacion/normativa/consulta-previa/detalle/152775.html>.

<sup>57</sup> La Resolución en la que el borrador del Proyecto de Decreto se somete a información pública está publicada en el BOJA, núm. 134, de 15 de julio de 2019. El borrador del Proyecto de Decreto [20-07-2019] está disponible en web: [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa\\_en\\_elaboracion/19/07/0-%20Borrador%20para%20trámite%20de%20Audiencia%20e%20Informes.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/19/07/0-%20Borrador%20para%20trámite%20de%20Audiencia%20e%20Informes.pdf).

<sup>58</sup> Como señala REBOLLO PUIG, M., lo habitual es que los reglamentos locales se aprueben con el nombre de ordenanzas. No obstante, se suele utilizar el de reglamentos para los que sean organizativos del ente local y sus servicios sin tener una relevancia directa para los ciudadanos en general. (2017c): “La potestad reglamentaria”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos (Tomo I), págs. 223-266.

<sup>59</sup> BOP de Sevilla, núm. 141, de 20 de junio de 2018.

<sup>60</sup> BOP de Córdoba, núm. 97, de 23 de mayo de 2019.

<sup>61</sup> BOP de Huelva, núm. 147, de 1 de agosto de 2019.

<sup>62</sup> BOP de Jaén, núm. 202, de 22 de octubre de 2019.

## 3.2. Los procedimientos de participación ciudadana mediante consultas populares

### 3.2.1. Instrumentos de consulta popular

Las consultas populares se regulan en el Capítulo IV del Título III de la Ley 7/2017, que queda integrado solo por los arts. 25 y 26. Según el art. 25:

«Las Administraciones públicas andaluzas podrán recabar la opinión de la ciudadanía sobre determinados asuntos o políticas públicas de su competencia mediante los instrumentos de consultas populares a los que se refiere el artículo 78 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, de conformidad con lo establecido en esta ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, con la finalidad de valorar los efectos reales de sus actuaciones públicas u orientar decisiones sobre las mismas».

Como puede observarse este precepto no es muy innovador, pues se limita a hacer unas manifestaciones que ya están previstas en el art. 78 EAAAnd 2007. Algo más de información aporta el art. 26 que habla de los diferentes «instrumentos de consulta popular» y facilita una breve definición de cada uno de ellos. Estos son:

- Encuestas: realizadas mediante técnicas demoscópicas.
- Audiencias públicas: mediante un procedimiento oral y público las Administraciones públicas posibilitan a los sujetos afectados por una política pública ser escuchados antes de adoptar una decisión.
- Foros de participación: son espacios de debate que tienen por objeto reflexionar sobre los efectos de una política pública y elaborar análisis valorativos de los efectos reales de dichas políticas en la ciudadanía.
- Paneles ciudadanos: son espacios de información que tienen como finalidad responder a las consultas planteadas sobre asuntos de interés público y, en especial, sobre las expectativas de futuro de los ciudadanos.
- Jurados ciudadanos: son grupos que tienen por objeto analizar los efectos de acciones, proyectos o programas llevados a cabo por la Administración.
- Consultas participativas: esta figura, a diferencia de las anteriores, se regula con bastante detenimiento. Muestra de esto es que el Capítulo VII, que es el que se dedica a las mismas, tenga una extensión de casi veinte artículos (arts. 33 al 50).

El art. 26, siguiendo el art. 78 EAAAnd 2007, utiliza un concepto sumamente amplio de instrumentos de consulta popular que, de acuerdo con lo expuesto previamente, deben entenderse catalogados como consultas populares no celebradas por vía de referéndum. Recuérdese que a las tres primeras figuras –encuestas, audiencias públicas y foros de participación– hace expresa referencia el art. 78 EAAAnd 2007 y que las restantes –paneles ciudadanos, jurados ciudadanos y consultas participativas– han sido creadas por la Ley 7/2017 en base a la cláusula *numerus apertus* «cualquier otro instrumento de consulta popular» que el artículo incluye<sup>63</sup>. De este modo, el precepto realiza una enumeración indiscriminada de las diferentes modalidades que pueden adoptar las consultas populares sin que se lleguen a establecer claras diferencias entre los procedimientos ni previsiones más concretas, con la salvedad de lo que a las consultas participativas se refiere. Por esta razón se centra a continuación la atención en el tratamiento normativo de estas últimas.

### 3.2.2. Las consultas participativas sectoriales locales

El Capítulo VII del Título III se estructura en tres secciones: la primera contiene unas disposiciones generales (arts. 33 al 43), la segunda se ocupa de las consultas participativas autonómicas (arts. 44 al 47) y la

<sup>63</sup> La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ya regulaba los sondeos y encuestas de opinión (art. 78.2) así como las audiencias públicas (art. 84) como instrumentos de participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo (BUENO ARMIJO, 2008b: 218). Algunos RPC también reconocían con carácter previo a la Ley 7/2017 la posibilidad de utilizar las encuestas y sondeos para recabar la opinión de los vecinos en el ámbito inframunicipal. Es el caso del RPC de Granada, ya referenciado, cuyo art. 25 habla del ámbito «de un distrito, de un barrio, de varios». En igual sentido el RPC de Almería, de 4 de enero de 2013, art. 23 (BOP de Almería, núm. 20, de 30 de enero de 2013, modificado por el BOP, núm. 25, de 7 de febrero de 2017).



tercera de las consultas participativas locales (arts. 48 al 50). Por razones obvias se va a prestar atención al contenido de la sección primera y de la tercera, prescindiendo del de la segunda que excede del objeto de este trabajo al tratar las consultas participativas de ámbito autonómico.

### A) Concepto

El art. 34.1 proporciona un concepto de lo que debe entenderse por consulta participativa. Según su literalidad:

«(...) se entiende por consulta participativa, autonómica o local, el instrumento de participación ciudadana que tiene por objeto el conocimiento de la opinión de un determinado sector o colectivo de la población, mediante un sistema de votación de contenido no referendario, sobre asuntos de interés público que le afecten».

Así, se presenta como un instrumento de participación ciudadana cuyas características son: i) estar dirigido a conocer la opinión de un determinado sector o colectivo de la población, esto es, no de la totalidad sino de parte de ella (por esta razón en adelante nos referiremos a las mismas como consultas participativas sectoriales); ii) realizarse mediante un sistema de votación no referendario; y iii) tratar sobre asuntos de interés público que afecten a ese colectivo (sobre los asuntos que pueden someterse a consulta se volverá más adelante). Para arrojar luz sobre esta descripción debe traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional. Con carácter previo, se ha citado un extracto de la STC 31/2010 (FJ 69) que señalaba, entre otros rasgos de la consulta popular celebrada por vía de referéndum, que no recaba la opinión de cualquier colectivo sino que su objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral. Pues bien, con cita de esta Sentencia, la STC 31/2015, de 25 de febrero –que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana– determina que:

«(...) En contraposición al referéndum, las consultas no referendarias recaban la opinión de cualquier colectivo (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69), por lo que articulan “voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral” (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2).» (FJ 7).

Y admite su legalidad en los siguientes términos:

«(...) las consultas sectoriales (...) son cauces de participación cuya regulación por el legislador autonómico catalán resulta posible en consideración al título competencial establecido en el art. 122 EAC, (...)» (FJ 9).

Por tanto, las Comunidades Autónomas pueden regular las consultas sectoriales; si bien, esto no impide que el legislador estatal pueda establecer aspectos básicos de las consultas populares de ámbito local en virtud de la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del art. 149.1.18.º CE (FJ 10). Es relevante hacer hincapié en que el colectivo destinatario de la consulta sectorial en ningún caso puede «configurarse de un modo tal que el resultado de la consulta pueda imputarse al conjunto de la ciudadanía o cuerpo electoral.» (FJ 9). De todo lo anterior parece colegirse que cuando se consulte a los ciudadanos de forma general estaremos ante un referéndum y cuando se consulte a los sujetos de un colectivo (que no coincida con el cuerpo electoral) estaremos ante consultas no referendarias<sup>64</sup>. A juicio de FERNÁNDEZ RAMOS y ORDUÑA PRADA este modelo de consulta no referendaria tiene su origen en los recientes pronunciamientos de los tribunales sobre las competencias autonómicas relativos al referéndum y en la rigidez de los requisitos interpretativos del art. 71 LBRL<sup>65</sup>. Recientemente, también otras Comunidades

<sup>64</sup> Así lo ha señalado VELASCO CABALLERO, F. (2015): “¿Son aún posibles las consultas municipales?”, en *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid UAM*. [21-06-2019] Disponible en web: <http://www.idluam.org/blog/son-aun-possibles-las-consultas-municipales-francisco-velasco/>.

<sup>65</sup> Finalizada la redacción de este trabajo se ha publicado el artículo del Profesor FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2019): “Las consultas populares no referendarias mediante votación: ¿un artificio del derecho público español?”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 52, págs. 4-6, al que, por razones obvias, no he podido referirme con detenimiento. ORDUÑA PRADA, E. (2017: 87-89 y 92).

Autónomas como las Islas Baleares y Navarra han regulado modalidades de consulta popular de carácter no referendatario (por tanto, dirigidas a un sector de la población distinto del cuerpo electoral). En ambos casos la denominación que se ha asignado a esta figura es la de «consultas ciudadanas» y su regulación se contiene, respectivamente, en los arts. 50 a 88 de la Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos y en los arts. 25 a 28 de la Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, de participación democrática en Navarra<sup>66</sup>.

## B) La exclusión de las consultas populares de la Ley 2/2001

De lo expuesto hasta ahora ya se desprende que las consultas participativas sectoriales de la Ley 7/2017 no son las mismas que las consultas populares de la Ley 2/2001 (como se ha visto, estas últimas, entre otras cosas, desarrollan el art. 71 LBRL y requieren autorización del Gobierno de la Nación). De forma general, el art. 16.3 Ley 7/2017 anuncia que los procedimientos de participación ciudadana «complementan aquellos expresamente previstos en las normas generales y sectoriales, las cuales deberán aplicarse con el alcance y efectos establecidos en cada caso». Más específico es el art. 33.2 que hace mención expresa a las consultas populares de la Ley 2/2001 y las excluye tajantemente del ámbito de aplicación de la Ley 7/2017 del siguiente modo:

«Quedan excluidas de la presente ley las consultas reguladas por la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía».

El legislador autonómico se muestra particularmente preocupado porque no se confundan las consultas participativas sectoriales de la Ley 7/2017 con las consultas populares de la Ley 2/2001. Prueba de ello es que en el Borrador del Proyecto de Decreto por el que se regulan los procesos de participación ciudadana en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, ya referenciado, se dedique nuevamente un artículo a insistir en la idea de que nada tienen que ver las consultas de la primera Ley con las de la segunda<sup>67</sup>.

A lo anterior hay que añadir que en la Ley 7/2017 hay otra referencia indirecta a las consultas populares de la Ley 2/2001. Se trata del art. 34.3, que habla de una consulta: i) «de carácter general» (que, por tanto, afecta a la totalidad de la población), ii) que requiere que el municipio solicite la autorización del Gobierno de la Nación y, iii) se remite a la LBRL. Estos elementos, que se corresponden con la consulta popular del art. 71 LBRL y, por ende, de la Ley 2/2001, son contrarios a los del art. 34.1 Ley 7/2017. Es cierto que el apartado 3 del art. 34 está diciendo algo coherente, pero en nuestra opinión la ubicación que se ha dado a ese contenido no es la más acertada. No tiene mucho sentido que se haga esa declaración cuando el artículo anterior (art. 33.2) ha excluido de la Ley 7/2017 las consultas populares reguladas por la Ley 2/2001, y mucho menos que sea dentro del artículo que se ocupa de la «Definición» (así se rubrica el art. 34) de las consultas participativas sectoriales. Aunque resulta evidente que la interpretación conforme a la Constitución es entender que el art. 34 solo regula estas últimas y que su apartado 3 se refiere por razones sistemáticas, a modo aclarativo, a las consultas del art. 71 LBRL, lo anterior podría dar lugar a confusión y llevar a pensar que está definiendo otra modalidad de consulta participativa dirigida a la generalidad de la población<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Vid. las reflexiones de FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2019: 43-45) sobre el tratamiento normativo de las leyes andaluza, balear, catalana y navarra de las consultas populares no referendatarias y su viabilidad.

<sup>67</sup> El art. 3.2 «Ámbito de aplicación» recalca que «Las consultas reguladas en el Capítulo VII de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre (...) son instrumentos alejados del objeto, sujeto y procedimiento de las consultas populares referendatarias o sometidas al ámbito de aplicación de la Ley 2/2001, de 3 mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía».

<sup>68</sup> En esta línea, en relación con el Anteproyecto de Ley de Participación Ciudadana de Andalucía, PÉREZ ALBERDI, M. R. señalaba que «la consulta dirigida al conjunto de la población de la colectividad territorial mediante el voto nos sitúa en el terreno del referéndum y, en consecuencia, fuera del ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma andaluza» (2014): «Democracia participativa en Andalucía. A propósito del Anteproyecto de Ley de participación ciudadana», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 8, pág. 171, *vid.* asimismo pág. 170. Por su parte, el Documento de propuestas para el Anteproyecto de Ley Andaluza de Participación Ciudadana de 31 de mayo de 2013 no concebía las consultas participativas locales como sectoriales: las presentaba como «consultas populares no referendatarias de ámbito local (...) más flexibles al no precisar realizar todo el trámite administrativo para la autorización del Estado y así mismo no obliga a utilizar el censo electoral, permite utilizar el padrón municipal; con ello, además, se posibilita que podrán participar las personas empadronadas mayores de 16 años». *Vid.* pág. 15 del Documento de propuestas para el Anteproyecto de Ley Andaluza de participación ciudadana de 31 de mayo de 2013. [16-07-2019] Disponible en web: <https://docplayer.es/15522570-Documento-de-propuestas-para-el-anteproyecto-de-ley-andaluza-de-participacion-ciudadana.html>. Estos elementos sirvieron de base a IBÁÑEZ MACÍAS, A. (2013: 104) para concluir que las consultas que se proponían eran «verdaderos referendos».

### C) *Derecho a participar*

El art. 35 se dedica a los sujetos que tienen derecho a participar, según su tenor:

«Con carácter general, tendrán derecho a participar en las consultas participativas autonómicas o locales, reguladas en el presente capítulo, todas las personas mayores de 16 años pertenecientes al sector o colectivo de la población que tenga interés directo en el tema objeto de consulta, y que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 6.1. Este límite de edad podrá ser obviado en asuntos que afecten directamente a la infancia y los derechos que ostentan».

De este modo, el derecho alcanza a los mayores de dieciséis años que reúnan las condiciones del art. 6.1 y que pertenezcan al sector o colectivo de la población que tenga «interés directo» en el tema objeto de la consulta. Los arts. 36 y 43.1 Ley 7/2017 también aluden al «interés directo» pero nada aclaran sobre su concepto. Es sabido que estos términos ya se utilizaban tanto en la Ley, de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como en la Ley, de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo, si bien, no parece que el legislador autonómico esté pensando en la noción que se establecía en la legislación preconstitucional y que el Tribunal Constitucional ha reconducido al de «interés legítimo» del art. 24 CE. Para saber quiénes pueden ejercer el derecho es necesario acudir al art. 6.1 Ley 7/2017. Este reconoce el derecho de participación, por una parte, a los ciudadanos con capacidad de obrar de acuerdo con la normativa básica de procedimiento administrativo común que tengan la «condición política de andaluces». De acuerdo con el art. 5.1 EAAnd 2007 tienen dicha condición aquellos ciudadanos españoles que tengan vecindad administrativa en cualquier municipio de Andalucía (es conocido que según el art. 15 LBRL el carácter de vecino se adquiere en el momento de inscripción en el padrón). Por otra parte, también reconoce el derecho a las personas extranjeras residentes en Andalucía. Así, la Ley 7/2017 cumple con el propósito que marcan los arts. 5.3 y 30.2 EAAnd 2007 de promover la participación de los ciudadanos extranjeros residentes en Andalucía<sup>69</sup>.

### D) *Asuntos objeto de consulta*

El art. 34.2 Ley 7/2017 dispone que las consultas participativas sectoriales tienen por objeto «(...) cuestiones relativas a materias de la competencia de las entidades locales andaluzas», añadiendo una frase de difícil comprensión: «En estas se atenderá a lo establecido en el capítulo IV, título V, relativo a “Información y participación ciudadanas”, contenido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local». Esta remisión no se entiende muy bien, pues este capítulo (compuesto por los artículos 69 a 72) tiene un contenido de lo más heterogéneo –sirva de ejemplo que, entre otras cuestiones, se abordan temas como la publicidad de las sesiones del Pleno de las corporaciones locales, la iniciativa legislativa popular o los deberes de las Administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística– y el art. 34.2 Ley 7/2017 en lugar de aclarar a qué se refiere genera mayor confusión.

Por su parte, el art. 37 señala que:

«Las consultas reguladas en este capítulo podrán plantearse exclusivamente sobre aquellos asuntos de interés público de la respectiva competencia de la Administración pública convocante, sobre cuestiones que estén motivadas por el ejercicio de dicha competencia y que tengan relevancia para la vida ordinaria de un determinado sector o colectivo de la población».

En la interpretación del alcance de estos requisitos resulta imprescindible la delimitación negativa que hace el art. 38. Según este precepto están excluidos aquellos asuntos que sean contrarios al ordenamiento jurídico, que no sean competencia de las entidades locales andaluzas, que cuestionen la dignidad de la persona o sus derechos fundamentales, que se refieran a las Haciendas locales o traten de asuntos

<sup>69</sup> Al estar fuera del art. 6.1, debe entenderse que no tienen derecho a participar en las consultas participativas sectoriales los sujetos a los que hacen referencia los arts. 6.3 y 7. El art. 6.3 reconoce el ejercicio del derecho de participación a las «entidades de participación ciudadana» y contiene una enumeración de los requisitos que deben cumplir para que a los efectos de la Ley tengan tal consideración. El art. 7 hace una mención a los ciudadanos andaluces en el exterior pero, a diferencia del art. 6, no se trata de un reconocimiento explícito del derecho de participación sino que se limita a encomendar a la Administración de la Junta de Andalucía adoptar las «medidas necesarias para fomentar y facilitar la participación efectiva» de estos. Sobre el concepto de ciudadanos andaluces en el exterior *cf.* art. 2.1 de la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el mundo.

públicos que constituyan el ejercicio del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23<sup>70</sup>. Una lectura detenida de los arts. 37 y 38 permite advertir la amplitud con la que están redactados, lo que en la práctica puede facilitar que numerosos asuntos puedan ser rechazados por verse afectados por el art. 23 CE.

### E) *Ámbito territorial y convocatoria*

Las consultas participativas pueden ser convocadas por las diputaciones provinciales o por los ayuntamientos, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la entidad local (arts. 40.2 y 3 y 49.1)<sup>71</sup>. La competencia para la convocatoria de la consulta varía atendiendo al ámbito territorial en el que vaya a tener lugar. Así, corresponde al presidente de la diputación provincial cuando el ámbito territorial sea: a) la provincia o, b) el «ámbito territorial superior al municipal e inferior al provincial» (art. 40.2). Por consiguiente, en este último caso, podría entrar el ámbito territorial de una mancomunidad de municipios aunque la Ley no lo mencione expresamente. Y, atañe al alcalde del municipio cuando el ámbito territorial sea: a) el término municipal o, b) el:

«ámbito territorial inferior al municipio, bien de distrito, cuando se trate de municipios de gran población, bien en el ámbito de una entidad de gestión descentralizada o de un ente desconcentrado, conforme a lo que se establece en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local» (art. 40.3).

En relación a esto último debe hacerse constar lo siguiente:

- Cuando alude al ámbito de una «entidad de gestión descentralizada» hay que entender que se refiere a las antiguas entidades de ámbito territorial inferior al municipio, que han sido suprimidas por la LRSAL. No obstante, de conformidad con las disposiciones transitorias cuarta y quinta LRSAL estas aún existen y mantienen su condición de entidad local y, por ende, su personalidad jurídica. En Andalucía, según la LAULA, estas entidades son las entidades vecinales y las entidades locales autónomas (arts. 109.2.b y 113)<sup>72</sup>.
- El art. 40.3 también hace referencia al ámbito de un «ente desconcentrado». Como es sabido, las entidades de ámbito territorial inferior al municipio han sido sustituidas por «entes de ámbito territorial inferior al municipio» (art. 24 bis LBRL), que son en realidad órganos desconcentrados. Como indica PIZARRO NEVADO, «el término “ente” sugiere una existencia autónoma del municipio de la que no disfrutaban los órganos desconcentrados», que carecen de personalidad jurídica y del carácter de entidad local<sup>73</sup>. En base a lo anterior, debe señalarse que el legislador autonómico debería haber utilizado en el art. 40.3 otra terminología ya que la expresión «ente desconcentrado» genera confusión. Aún así, se infiere que han de entenderse incluidos en el ámbito territorial, por una parte, los mal llamados por el art. 24 bis LBRL «entes de ámbito territorial inferior al municipio» que como se ha dicho son órganos desconcentrados. Y, por otra parte, los órganos territoriales de gestión desconcentrada del art. 24.1 LBRL cuya creación es facultativa para los municipios de régimen común pero obligada para los municipios de gran población (arts. 24.2 y 128.1 LBRL). Según el art. 109.2.a) LAULA estos órganos desconcentrados pueden ser denominados distritos, (no era

<sup>70</sup> Aunque siempre es conveniente tener presentes ciertas ideas, algunas de las puntualizaciones son repetitivas e innecesarias. Es el caso de la prohibición de que el asunto sea contrario al ordenamiento jurídico o la prohibición de que no sea competencia de las entidades locales, que ya se contienen en los arts. 11.2, 13 y 43.2 y arts. 6.1, 11.2, 34.2 y 37 Ley 7/2017, respectivamente.

<sup>71</sup> Como se ha señalado anteriormente, el art. 78 EAAAnd 2007 atribuye a la Junta de Andalucía competencias sobre un amplio catálogo de actuaciones entre las que se encuentra la de la convocatoria «por ella misma o por los entes locales» de las consultas populares. Con la elaboración de la Ley 7/2017 el legislador ha hecho uso de esta opción que ofrece el EAAAnd 2007 de confiar a los entes locales la convocatoria y ha extendido la competencia a las diputaciones provinciales, pues hasta el momento en el ámbito local solo podían ser convocadas por los alcaldes de los ayuntamientos ex. art. 71 LBRL, art. 41.26 ROF y art. 11.1 Ley 2/2001.

<sup>72</sup> En relación con las entidades locales autónomas en un futuro habrá que estar al texto normativo que resulte del “Proyecto de Decreto por el que se regulan las entidades locales autónomas de Andalucía”. [16-07-2019] Su primer borrador, de fecha de 4 de julio de 2018, está disponible en web: [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa\\_en\\_elaboracion/18/07/05%20Borrador%20Decreto%201%204-7-18.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/18/07/05%20Borrador%20Decreto%201%204-7-18.pdf).

<sup>73</sup> PIZARRO NEVADO, R. (2017: 66, asimismo *vid.* 66-69). Sobre los conceptos de descentralización y desconcentración *vid.* CARBONELL PORRAS, E. (2017): “La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos (Tomo I), págs. 295-298.

por tanto necesaria la referencia expresa del art. 40.3 Ley 7/2017 a los distritos de los municipios de gran población, que ya se dan por incluidos como órganos desconcentrados que son), barrios, aldeas, pedanías...

En ambos casos la convocatoria adopta la forma de decreto, que debe realizarse en el plazo de cuarenta y cinco días desde que haya sido acordada por el pleno de la entidad local. Este tiene que publicarse en el BOP correspondiente con un mínimo de treinta días de antelación a la fecha de celebración, así como en el tablón de anuncios de la corporación local convocante y, en su caso, en la sede electrónica, portal o página web, en el plazo de cinco días contados a partir de la publicación en el boletín correspondiente.

Junto a lo anterior deben tenerse en consideración las restricciones temporales contenidas en los arts. 15 y 41. Según estos preceptos las consultas no pueden ser convocadas ni desarrollarse en los periodos que median entre la convocatoria de elecciones a Cortes Generales y la constitución de las nuevas Cámaras; entre la convocatoria de las elecciones al Parlamento de Andalucía y los noventa días posteriores a la toma de posesión del nuevo Presidente; entre la convocatoria y la celebración de un referéndum de los previstos en la normativa vigente cuando este afecte al ámbito territorial de la consulta participativa; y entre la convocatoria de las elecciones municipales y los noventa días posteriores a la toma de posesión del nuevo gobierno municipal. Se trata de limitaciones que van más allá de las establecidas por el art. 4 de la Ley 2/2001 para las consultas populares locales y que nuevamente muestran aspectos de la Ley 7/2017 a los que es difícil encontrar una explicación. Por ejemplo, no se alcanza a comprender qué razones justifican que tengan que transcurrir noventa días desde la toma de posesión del gobierno municipal para que se pueda convocar o celebrar una consulta.

#### F) *Iniciativa*

Corresponde a las administraciones públicas la iniciación del procedimiento para la convocatoria de las consultas participativas sectoriales. Pueden hacerlo, bien de oficio bien por iniciativa ciudadana del sector o colectivo de la población que tenga interés directo en el tema objeto de consulta (arts. 14 y 43). En ambos casos la iniciativa debe ser objeto de informe de los órganos competentes por razón de la materia y de dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía.

a) La iniciativa institucional compete a la corporación local y se realiza a través de acuerdo adoptado por mayoría simple (se sigue, por tanto, la regla general de que los acuerdos se obtienen mediante mayoría simple en virtud de los arts. 47.1 y 123.2 LBRL) a propuesta del presidente de la entidad local, de al menos dos partidos con representación en los plenos municipales o provinciales o de al menos un tercio de los miembros de la respectiva corporación (art. 48.1 Ley 7/2017). De esta forma, a diferencia del art. 6.1 Ley 2/2001 que contempla únicamente la iniciación mediante acuerdo adoptado por mayoría simple de un grupo municipal, la Ley 7/2017 tiene en cuenta las diferencias organizativas locales pues no todos los Ayuntamientos se organizan en grupos municipales.

b) Más dudas surgen en relación con la iniciativa ciudadana, en particular sobre el art. 48.2 y 3<sup>74</sup>. Resulta contradictorio que según el apartado 2 del art. 48 la «convocatoria de una consulta participativa local deberá ser promovida por personas físicas o jurídicas (...) mediante el número mínimo de firmas a que se refiere este artículo» y que, seguidamente, en el apartado 3 se requiera que el número de firmas sea de «aquellos que tuvieran derecho a participar (...) conforme al artículo 35». Pues, ya se ha visto que el art. 35 solo menciona a las personas físicas del art. 6.1, lo que nos llevaba a entender que la intención del legislador era excluir la participación de las personas jurídicas o entidades de participación ciudadana en los procedimientos de consultas participativas.

Los apartados 3, 4 y 5 del art. 48 establecen los criterios que determinan el número de firmas necesario para solicitar la convocatoria de la consulta, si bien presentan algunos puntos que no son de fácil comprensión –esto resulta llamativo si se tiene en cuenta que esta Ley lleva en tramitación parlamentaria desde 2014–<sup>75</sup>. Por ejemplo, puede resaltarse que el art. 48.5 habla de la consulta que se celebre en

<sup>74</sup> Esta iniciativa debe entenderse rechazada por silencio negativo si transcurren tres meses desde la presentación de la petición sin que la Administración correspondiente haya acordado el inicio (art. 14 párrafo 2.º).

<sup>75</sup> La primera versión del Anteproyecto aprobada por el Consejo de Gobierno es de fecha de 1 de agosto de 2014. [16-07-2019] Está disponible en web: [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa\\_en\\_elaboracion/16/07/Anteproyecto%20Ley%20](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/16/07/Anteproyecto%20Ley%20)

un «ámbito territorial acotado» pero no explica qué debe entenderse por tal, ya que estos términos no se han utilizado previamente por la Ley. Por otra parte, sorprende que el art. 48.3 se sirva de unos tramos de población y unos porcentajes que son similares a los empleados por el art. 6.1 Ley 2/2001. Esto carece de justificación si se atiende a que esta última Ley diseña un procedimiento para una consulta dirigida a los vecinos del municipio que tienen derecho de sufragio activo en las elecciones municipales mientras que las consultas participativas de la Ley 7/2017 van dirigidas a un concreto colectivo mucho más restringido.

### G) Efectos

Con carácter general la Ley prevé que los procedimientos de participación ciudadana «no alterarán ni supondrán menoscabo de las potestades y competencias del correspondiente ámbito de gobierno, autonómico o local, en la adopción de las decisiones que les corresponden» (art. 16.1). De aquí ya se puede inferir que no cabe que los resultados de dichos procedimientos tengan carácter vinculante. Si bien, como ya se ha señalado, la idea de que las formas de participación no pueden menoscabar las facultades de decisión de los órganos representativos no es nueva sino que está recogida en el art. 69.2 LBRL. En esta línea, el art. 39.1 aclara expresamente que las consultas participativas son de «naturaleza consultiva y no vinculante» (art. 39.1). No obstante, el órgano competente del gobierno local –con independencia de que se aparte o asuma el resultado del procedimiento– tiene que justificar en el plazo máximo de treinta días las razones que le han llevado a tomar dicha decisión. A esta motivación debe darse publicidad en la sede electrónica, portal o página web del órgano que ostenta la iniciativa para la convocatoria, así como en los boletines oficiales si se considera oportuno. Ciertamente esta obligación de motivación es una medida positiva, pues como apunta PÉREZ ALBERDI «con ello, se refuerzan los instrumentos de control y evaluación del proceso participativo por parte de los ciudadanos»<sup>76</sup>.

Además de lo anterior, la realización de las consultas participativas sectoriales presenta restricciones cuantitativas (art. 50). El número de consultas que pueden llevarse a cabo anualmente debe concretarse reglamentariamente en función del asunto y colectivo al que vaya dirigida la consulta. Si bien, una vez publicado el decreto de la convocatoria, no se podrán promover consultas sobre el mismo objeto hasta transcurridos dos años a contar desde la celebración de la consulta o la inadmisión de la iniciativa.

Este apartado, denominado «efectos», quedaría incompleto sino se hiciese alusión al art. 16.4, que determina que.

«El cumplimiento de esta Ley será directamente exigible para hacer efectivos los derechos en ella reconocidos, aunque su omisión o infracción no afectará, en ningún caso, a la validez y eficacia del acto o decisión en cuyo procedimiento se prevea».

Será difícil que se consiga la efectividad a la que se apela cuando, por una parte, se niega que el incumplimiento de las previsiones legales afecte al acto o decisión vinculado con el resultado del procedimiento y, por otra, no se regula ningún régimen de garantías sobre la exigibilidad de los derechos ni se prevén consecuencias o sanciones para el respectivo órgano que haya incumplido –salvo las generales que resulten de aplicación según la legislación del empleado público, que no siempre resulta sencillo aplicar ante la indeterminación normativa–. En todo caso, sí parece claro que se cuestiona la efectividad del derecho a la participación que consagra el art. 1.1 Ley 7/2017 que afirma regularlo «de manera real y efectiva».

## 4. UNA REFLEXIÓN FINAL

La Ley 7/2017 merece una valoración positiva en cuanto que dota a la Comunidad Autónoma de Andalucía de una Ley en materia de participación ciudadana, que hasta el momento era inexistente, y amplía considerablemente el régimen jurídico de las consultas populares locales, en particular, a través de la regulación que hace de las consultas participativas sectoriales. Destaca que estas pueden operar en los ámbitos supramunicipal, municipal e inframunicipal, se completa así lo establecido por la Ley 2/2001 que

*de%20Participación%20Ciudadana%20(1º%20borrador%20aprobado%20en%20Consejo%20de%20Gobierno).pdf* Los sucesivos borradores están disponibles en web: <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/normas-elaboracion/detalle/96081.html>.

<sup>76</sup> PÉREZ ALBERDI, M. R. (2014: 170).

se limita solo a regular las consultas populares municipales. Al tener conocimiento de la existencia de dos leyes que se ocupan de las consultas populares se plantea la cuestión de cuál es la diferencia entre las que regula cada una de ellas. A este respecto, el legislador autonómico se ha limitado a mostrar un especial interés por dejar claro que en la Ley 7/2017 no se están regulando las mismas consultas populares de la Ley 2/2001 (así lo evidencian los arts. 33.2 y 34.3 Ley 7/2017 y el art. 3.1 del Borrador del Proyecto de Decreto que desarrolla la Ley 7/2017, ya referenciado). No obstante, de una lectura detenida de ambas leyes y sobre la base de la doctrina constitucional, puede deducirse que la principal diferencia estriba en que las consultas de la Ley 2/2001, que son desarrollo del art. 71 LBRL, son consultas populares referendatarias (en esencia, van dirigidas a la generalidad de la población, esto es, al cuerpo electoral y requieren para su celebración previa autorización del Gobierno de la Nación). En cambio, las consultas participativas sectoriales de la Ley 7/2017 son no referendatarias (destaca que están dirigidas a un sector o colectivo concreto de la población, que no puede coincidir en ningún caso con el cuerpo electoral, y se rigen por un procedimiento mucho más laxo que las anteriores). Este modelo de consulta popular no referendataria ha sido también acogido recientemente por la regulación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y la Comunidad Foral de Navarra, en la Ley 12/2019, de 12 de marzo y en la Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, respectivamente.

Sentado lo anterior y centrando la atención en el contenido de la Ley 7/2017, debe ponerse de manifiesto que se trata de una regulación que presenta aspectos que no siempre son de fácil comprensión. En ocasiones la técnica jurídica empleada no es del todo clara y puede inducir a confusión. Así lo refleja el art. 40.3 que, al abordar el ámbito territorial en que puede tener lugar la consulta, habla de un «ente desconcentrado» cuando, como sabemos, la desconcentración no implica personalidad jurídica ni el carácter de entidad local. Otra muestra de lo anterior es que una vez que el art. 33.2 Ley 7/2017 excluye las consultas populares de la Ley 2/2001 del ámbito de la norma, seguidamente, el art. 34 (rubricado “Definición” de las consultas participativas) dedica el apartado 3 a las consultas populares del art. 71 LBRL, que son, las de la Ley 2/2001. Esto último podría llevar a pensar que el art. 34 Ley 7/2017 se está refiriendo a una consulta participativa dirigida a la generalidad de la población. En la línea de lo expuesto, la Ley también presenta alguna contradicción. Sirva de ejemplo que según el apartado 2 del art. 48 la convocatoria de la consulta participativa debe ser promovida «por personas físicas o jurídicas» mediante un determinado número de firmas y que, a continuación, el apartado 3 del mismo precepto exige que el número de firmas sea de aquellos que tengan derecho a participar conforme al art. 35, esto son, personas físicas.

Igualmente, procede poner de relieve algunas previsiones que resultan cuanto menos llamativas (esto se acentúa si se tiene en cuenta el largo periodo que la Ley que ha estado en tramitación parlamentaria) y podrían poner en cuestión la efectividad de la propia norma y, por tanto, su finalidad. Ejemplo de ello es que la Ley (art. 48.3) al regular la iniciativa ciudadana para solicitar la convocatoria de una consulta sectorial requiere un número de firmas necesario que es igual al que prevé la Ley 2/2001 (art. 6.1) para las consultas populares municipales a las que están llamadas a participar no un sector de la población sino todo el cuerpo electoral. Del mismo modo, quizás la ambigüedad con la que está redactado el art. 37 –que se refiere a los asuntos objeto de consulta– y la amplitud de los límites materiales del art. 38 pueda provocar que en la práctica numerosos asuntos sean rechazados. También es curioso que el legislador diga tener por objeto regular el derecho de participación ciudadana «de manera real y efectiva (...) así como el fomento de su ejercicio» (art. 1.1) pero la entrada en vigor no se haya producido hasta transcurrido un año de su publicación en el BOJA y se haya concedido otro año a la Comunidad Autónoma y a los municipios para adaptarse a la nueva normativa. Como se ha visto, nada dice la Ley de los restantes entes locales, por lo que, en consecuencia, hay que entender que estos no tienen plazo límite. De este modo, en los primeros, se retrasa la existencia de una normativa en la materia hasta el 5 de enero de 2020. De aquí no parece deducirse que el legislador autonómico tenga mucho interés en que la Ley despliegue efectos con inmediatez. Otro de los aspectos que puede tornarse en un inconveniente de cara a la efectividad de la Ley es la amplia remisión a la potestad normativa local, que es muy respetuosa con la autonomía local, pero, a su vez, puede dificultar la aplicación de la Ley (*cf.* arts. 17, 36, 48.5 y 6 y 50). Es lo que podría ocurrir si los entes locales, al crear o adaptar sus RPC a la Ley 7/2017, en lugar de completar lo establecido por la Ley se limitasen a reproducir su contenido. Es lo que ha sucedido con los RPC de Umbrete y de Priego de Córdoba y, en parte, con los RPC de Huelva y Alcalá la Real (ya referenciados). No obstante, quizás la elaboración del Decreto de desarrollo de la Ley 7/2017 sea una buena oportunidad para que el legislador subsane algunas de las deficiencias señaladas. Incluso la Junta de Andalucía podría elaborar un Reglamento «tipo» de Participación que facilite el desarrollo normativo por los municipios y demás entes locales.

**ANEXO. «CONSULTAS POPULARES CELEBRADAS EN ANDALUCÍA»**

Consultas Populares celebradas en Andalucía

MUNICIPIO	PROVINCIA	FECHA PLENO AYTO	FECHA DE ENTRADA A LA CONSEJERIA	FECHA DE REMISIÓN AL GOBIERNO	FECHA ENTRADA SENTIDO DEL ACUERDO	FECHA CELEBRACIÓN	Nº DE ELECTORES	Nº DE VOTANTES	Nº DE VOTOS NULOS	Nº DE VOTOS EN BLANCO	VOTOS AFIRMATIVOS	VOTOS NEGATIVOS
MONTELLANO	SEVILLA	31/05/2001	31/08/2001	05/10/2001	31/01/2002	09/06/2002	5346	3653	20	24	1047	2562
<b>TEXTO DE LA PREGUNTA</b>												
¿ESTA USTED DE ACUERDO CON LA INCORPORACIÓN DE MONTELLANO AL CONSORCIO DE AGUAS DEL HUESNA?												
MUNICIPIO	PROVINCIA	FECHA PLENO AYTO	FECHA DE ENTRADA A LA CONSEJERIA	FECHA DE REMISIÓN AL GOBIERNO	FECHA ENTRADA SENTIDO DEL ACUERDO	FECHA CELEBRACIÓN	Nº DE ELECTORES	Nº DE VOTANTES	Nº DE VOTOS NULOS	Nº DE VOTOS EN BLANCO	VOTOS AFIRMATIVOS	VOTOS NEGATIVOS
ALMUNECAR	GRANADA	14/12/2005	09/05/2006	31/05/2006	17/10/2006	28/02/2009	18752	6083	63	112	4734	1174
<b>TEXTO DE LA PREGUNTA</b>												
¿RESPALDA VD. EL ACUERDO DEL AYUNTAMIENTO PLENO DE FECHA 17 DE AGOSTO DE 2005, APROBANDO INICIALMENTE EL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE ALMUNECAR?												
MUNICIPIO	PROVINCIA	FECHA PLENO AYTO	FECHA DE ENTRADA A LA CONSEJERIA	FECHA DE REMISIÓN AL GOBIERNO	FECHA ENTRADA SENTIDO DEL ACUERDO	FECHA CELEBRACIÓN	Nº DE ELECTORES	Nº DE VOTANTES	Nº DE VOTOS NULOS	Nº DE VOTOS EN BLANCO	VOTOS AFIRMATIVOS	VOTOS NEGATIVOS
GALAROZA	HUELVA	25/06/2013	15/07/2013	08/08/2013	24/01/2014	23/03/2014	1259	708	12	10	492	194
<b>TEXTO DE LA PREGUNTA</b>												
¿DESEA QUE EL AYUNTAMIENTO DE GALAROZA RECUPERE EL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA ACTUALMENTE TRANSFERIDO A LA MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE LA PROVINCIA Y GESTIONADO POR GIAHSA? BOJA num. 35 pag. 204-205 (20 febrero 2014)												

Fuente: documento proporcionado por la Junta de Andalucía con ocasión de la solicitud de información pública que realicé sobre el contenido del Registro de Consultas Populares Locales de Andalucía.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ MONTOTO, J. (2009): “Las consultas populares en el ámbito local”, en *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, págs. 188-202.
- BARATA I MIR, J. (1999): *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*. Madrid: Tecnos.
- BUENO ARMIJO, A. (2008a): “Competencias sobre consultas populares. En especial por vía de referéndum (Comentario al art. 78)”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, págs. 777-789. Pamplona: Civitas.
- BUENO ARMIJO, A. (2008b): “«Consultas populares» y «referéndum consultivo»: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, págs. 195-228.
- CANO CAMPOS, T. (2007): “Artículo 18”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, págs. 355-381. Valencia: Tirant lo Blanch (Tomo I).
- CARBONELL PORRAS, E. (2005): “Concejo Abierto”, en MUCHOZ MACHADO, S. (dir.): *Diccionario de Derecho Administrativo*, págs. 546-556. Madrid: Iustel (Tomo I).
- CARBONELL PORRAS, E. (2013): “La planta local: análisis general y perspectivas de reforma”, en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.): *La planta del gobierno local*, págs. 17-60. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- CARBONELL PORRAS, E. (2014): “Sobre la reforma local y las competencias municipales propias”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, págs. 765-781.
- CARBONELL PORRAS, E. (2017): “La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo*, págs. 267-309. Madrid: Tecnos (Tomo I).
- CARRASCO DURÁN, M. (2012): “Artículo 78. Consultas populares”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*, págs. 1.278-1.296. Sevilla: Parlamento de Andalucía (Tomo II).
- COSCULLUELA MONTANER, L. (1987): “El Concejo Abierto”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 234, págs. 199-294. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi234.8500>.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (1979): “La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 89, págs. 7-60.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2015): “La legitimación activa del «interés difuso»: ¿una nueva categoría para proteger la igualdad?”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, págs. 1-40.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2005): *La información y participación ciudadana en la Administración Local*. Barcelona: Bosch.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2007): “Artículo 71”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, págs. 1.799-1.842. Valencia: Tirant Lo Blanch (Tomo II).
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2019): “Las consultas populares no referendatarias mediante votación: ¿un artificio del derecho público español?”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 52, págs. 1-46.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2019): *Vox populi: consultas populares y procesos participativos*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- FONT I LLOVET, T. (1985): “El referéndum local en España”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 2-3, págs. 123-130.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1977): “La participación del administrado en las funciones administrativas”, en AA.VV: *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, págs. 305-318. Madrid: Moneda y Crédito.
- GARCÍA GARCÍA, M. J. (2009): “La celebración de consultas populares a petición de los vecinos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, págs. 45-90.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, V. M. (2012): “Art. 78. Consultas populares”, en ORTÍZ SÁNCHEZ, M. y CARRASCO LÓPEZ, I. (coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, págs. 541-543. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A. (2013): “Los referendos regional y local en el Estado autonómico. Sus bases y límites constitucionales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, págs. 97-138.
- JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1987): “Artículo 15.2”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, págs. 419-426. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas e Instituto de Estudios de la Administración Local.
- MARTÍN NÚÑEZ, E. (2012): “El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, págs. 95-131.
- MARTÍNEZ ALONSO-CAMPS, J. L. (2010): “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, págs. 447-486.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1977): “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 84, págs. 519-535.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. (2009): “Capítulo II. Competencias (I)”, en TEROL BECERRA, M. J. (dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, págs. 181-208. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2001): “Las consultas populares locales”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, págs. 427-439.

- ORDUÑA PRADA, E. (2017): “Democracia local y participación ciudadana: nuevas perspectivas sobre consultas populares municipales”, en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, págs. 47-92.
- PÉREZ ALBERDI, M. R. (2008): “Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente: especial consideración al Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, págs. 181-205. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.73.2008.9262>.
- PÉREZ ALBERDI, M. R. (2014): “Democracia participativa en Andalucía. A propósito del Anteproyecto de Ley de participación ciudadana”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 8, págs. 167-176.
- PÉREZ ALBERDI, M. R. (2018): “Referéndum y consultas populares”, en TUDELA, J., CASTELLÁ, J. M., EXÓSITO, E. y KÖLLING, M. (eds.): *Libro Blanco sobre la calidad democrática en España*, págs. 221-232. Madrid: Marcial Pons.
- PÉREZ LÓPEZ, E. (2018): “La participación pública en el ejercicio de la potestad reglamentaria municipal”, en LORA TAMAYO-VALLVÉ, M. (coord.): *Retos y nuevas perspectivas de la participación pública*, págs. 243-293. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ SOLA, N. (1994): *La regulación constitucional del Referéndum*. Marmolejo (Jaén): Universidad de Jaén.
- PÉREZ SOLA, N. (2009): “La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, págs. 433-454. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.24.2009.6875>.
- PIZARRO NEVADO, R. (2007): “Artículo 29”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, págs. 755-771. Valencia: Tirant lo Blanch (Tomo I).
- PIZARRO NEVADO, R. (2017): “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, págs. 47-73. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i8.10437>.
- REBOLLO PUIG, M. (1988): “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, págs. 99-166.
- REBOLLO PUIG, M. (2007): “Prólogo”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, págs. 7-15. Valencia: Tirant lo Blanch (Tomo I).
- REBOLLO PUIG, M. (2017a): “Relaciones entre el ordenamiento estatal y los autonómicos”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo*, págs. 111-130. Madrid: Tecnos (Tomo I).
- REBOLLO PUIG, M. (2017b): “Derecho Administrativo y Administración Pública”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo*, págs. 27-56. Madrid: Tecnos (Tomo I).
- REBOLLO PUIG, M. (2017c): “La potestad reglamentaria”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo*, págs. 223-266. Madrid: Tecnos (Tomo I).
- RIVERO YSERN, J. L. (2014): *Manual de Derecho Local*. Huarte: Civitas.
- ROBLES MIGUEL, C. (2014): “Disposición adicional”, en DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, págs. 1.896-1.905. Madrid: La Ley.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. L. (2001): “Una primera aproximación a la ley de regulación de las consultas populares locales en Andalucía 2/2001, de 3 de mayo”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 286-287, págs. 457-493. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi286-287.9121>.
- RUIZ-RICO RUIZ, C. (2017): *Reforma de la Administración Local y problemática jurídico-constitucional. Experiencias de innovación democrática*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUIZ-RICO RUIZ, C. y CASTEL GAYÁN, S. (2013): “El derecho autonómico de participación ciudadana: un enfoque constitucional y su desarrollo legislativo”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 13, págs. 1-33.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1979): “El principio de participación en la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 89, págs. 171-206.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1992): “El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación de la ciudadanía”, en AA.VV.: *Informe sobre el Gobierno Local*, págs. 291-321. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- VELASCO CABALLERO, F. (2015): “¿Son aún posibles las consultas municipales? (Francisco Velasco)”, en *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*. Fecha de consulta: 21-06-2019. URL: <http://www.idluam.org/blog/son-aun-posibles-las-consultas-municipales-francisco-velasco/>.



## La adscripción provisional como forma de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera

### *Provisional assignment as a way of provision of jobs for career civil servants*

Agustín Juan Gil Franco  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9808-0640>  
agustinjuan.gil@urjc.es

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

Profesor asociado de Derecho Administrativo por la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad Politécnica de Madrid y la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (2014). Funcionario de carrera, grupo A1, al servicio del Ayuntamiento de Madrid.

---

#### **RESUMEN**

Las formas de provisión de puestos para el personal funcionario de carrera en la función pública tienen dos fórmulas básicas y generales para todas y cada una de las Administraciones públicas: el concurso y la libre designación. Sin embargo, la adscripción provisional ha ido ganando terreno como forma provisoria no sólo porque es un instrumento fundamental en el uso de las potestades de organización de cada Administración sino porque también tiene un contenido de garantía en los derechos de los funcionarios y de protección en su carrera administrativa. Hemos querido repasar la regulación de la adscripción provisional y reparar en sus características principales para concluir que es una forma de provisión con contornos propios y plenamente asentada en nuestro ordenamiento.

#### **PALABRAS CLAVE**

Función pública; funcionario de carrera; adscripción provisional; provisión de puestos de trabajo; estatuto; carrera administrativa; derechos de los/las funcionarios/as.

---

#### **ABSTRACT**

The way of provision of positions for career civil servants in the public service have two basic and general formulas for each and every Public Administration: the competition and free designation. However, the provisional affiliation has been gaining ground as a provisional form not only because it is a fundamental instrument in the use of the powers of organization of each Administration but also because it also has a guarantee content in the rights of the officials and protection in their administrative career. We wanted to review the regulation of the provisional affiliation and repair its main characteristics to conclude that it is a form of provision with its own contours and fully established in our system.

#### **KEYWORDS**

Public function; civil servant; provisional affiliation; provision of jobs; statute; administrative career; rights of the officials.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL, FORMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS, EN LA NORMATIVA GENERAL. 2. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. 3. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL COMO FORMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE FUNCIÓN PÚBLICA. 4. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN LAS ADMINISTRACIONES LOCALES. 5. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN SECTORES CONCRETOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. 5.1. ÁMBITO DOCENTE DE ENSEÑANZA NO UNIVERSITARIA Y UNIVERSITARIA. 5.2. ÁMBITO DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO. 5.3. EN EL ÁMBITO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD. 6. CARACTERÍSTICAS DE LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL. 6.1. TEMPORALIDAD. 6.2. EFECTOS DEL DESEMPEÑO Y GARANTÍAS. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

La provisión de puestos forma parte de los elementos básicos del régimen estatutario de los funcionarios públicos, máxime cuando el modelo de función pública español pasa por el desempeño del «puesto» como pieza fundamental en la carrera administrativa de los funcionarios. Es más, hoy en día, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP), lo señala como un derecho del funcionario<sup>1</sup>. Pero es que además, la «ordenación de puestos de trabajo» es otro pilar del sistema organizativo de las Administraciones públicas, como también establece el TREBEP, ya que las mismas estructuran su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares desde los que se deben determinar «la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias»<sup>2</sup>.

En efecto, «las unidades administrativas se establecen mediante las relaciones de puestos de trabajo, que se aprobarán de acuerdo con su regulación específica, y se integran en un determinado órgano»<sup>3</sup>. De ahí que PALOMAR OLMEDA haya dicho que «la provisión de puestos de trabajo en las Administraciones públicas constituye uno de los elementos centrales de cualquier regulación, ya que la misma se sitúa en el ámbito práctico en un terreno intermedio entre los intereses de los funcionarios y las necesidades de la organización»<sup>4</sup>.

De esta manera, se apuntan tres aspectos sobre esta cuestión: el primero, el sistema de asignación de puestos de trabajo y su tipología en el conjunto de las Administraciones públicas; el segundo, sobre qué principios y bases han de llevarse a cabo y, en tercer lugar, el aspecto de la organización administrativa, sus necesidades de funcionamiento, y la eficacia y calidad que la sociedad actual reclama de ellas. En este sentido, FERREIRA FERNÁNDEZ señalaba que «parece proporcionado que, apelando a ésta –refiriéndose a la “eficacia”– se establezcan sistemas de provisión excepcionales tales como la libre designación, la adscripción provisional u otros cuyo fin último, como veremos, [será] garantizar el buen y eficaz funcionamiento de los servicios, así como una gestión más ágil y eficiente de los recursos»<sup>5</sup>.

Nosotros nos centraremos tan sólo en una forma de provisión dentro del sistema de provisión de puestos de trabajo como es la «adscripción provisional» y su régimen jurídico. Esta forma de provisión, lejos de plantearse en exclusiva como un método ligado al aspecto organizativo de las Administraciones públicas, también es una fórmula de garantía en los propios derechos de los funcionarios dentro de su carrera administrativa. Porque el sistema de provisión de puestos de trabajo se inserta en el artículo 23 de nuestra Constitución<sup>6</sup> y,

<sup>1</sup> Efectivamente el artículo 73.1 así lo dispone: «Los empleados públicos tienen derecho al desempeño de un puesto de trabajo de acuerdo con el sistema de estructuración del empleo público que establezcan las leyes de desarrollo del presente Estatuto».

<sup>2</sup> Art. 73.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>3</sup> Así se dispone en el artículo 56.3 para la Administración General del Estado por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>4</sup> PALOMAR OLMEDA, A. (2007): “Provisión de puestos de trabajo”, en SANCHEZ MORÓN, M. (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, pág. 474. Valladolid: Lex Nova (1.ª edición).

<sup>5</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X. (2002): *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, pág. 63. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

<sup>6</sup> El apartado 2.º señala: «Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

como tal, exige que sean llevados a cabo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad<sup>7</sup>. Sobre esta cuestión se ha pronunciado repetidamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por todas, la STC 236/2015, de 19 de noviembre, núm. de Recurso 2733/2011, la cual, antes de determinar el contenido del derecho fundamental reconocido en dicho precepto, señala, sin ambages, que es aplicable a la provisión de puestos de trabajo<sup>8</sup>. Aplicación que pasa por la modulación que la propia ley establezca, dado que el mérito y capacidad ya quedó acreditado a través de los sistemas de acceso a los correspondientes cuerpos/escalas y categorías de funcionarios<sup>9</sup>. Dicha modulación también pasa por la utilización de criterios directamente relacionados con la propia organización de los servicios, como también ha recordado la STS, contencioso sección 7.ª, de 18 de junio de 2008, núm. de Recurso 158/2005<sup>10</sup>.

Por tanto, todos los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, en mayor o menor medida, disponen de un grado de «protección» dimanante del artículo 23.2 de la Constitución y deben disponer, directa o indirectamente, del mérito y la capacidad como principios inspiradores. De ahí que también, para la adscripción provisional, sean predicables estos principios, con la intensidad que demande el caso y situación a la que dé lugar esta forma de provisión de puestos de trabajo.

## 1. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL, FORMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS EN LA NORMATIVA GENERAL

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública no contempló la adscripción provisional como una forma de provisión de puestos de trabajo, como tampoco la ley sustantiva a la que modificaba y complementaba en ese momento, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado<sup>11</sup>, si bien puede adivinarse tal carácter cuando en su artículo 21.2 b) establecía como garantía en la carrera del funcionario, el desempeño provisional de un puesto correspondiente a su Cuerpo o Escala tras su cese en un puesto de trabajo. Las modificaciones legislativas posteriores, fundamentalmente la Ley 23/1988, de 28 de julio<sup>12</sup>, ahondan en el sentido de garantía en los derechos de los funcionarios en lo referente a la adscripción provisional ya que se dispone como mecanismo de asignación en manos de la Administración, pero con ciertos condicionantes.

En este sentido, el primer reglamento en desarrollo del sistema de provisión de puestos diseñado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto<sup>13</sup>, sigue su senda, de tal manera que la adscripción provisional sigue contemplándose como una mera consecuencia del cese en puestos de libre designación o como «reingreso en destino provisional» de los funcionarios excedentes voluntarios, lo cual significaba que no se tenía propiamente como una

<sup>7</sup> Art. 78.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>8</sup> «Según nuestra jurisprudencia el art. 23.2 CE es aplicable, además de en los procedimientos de acceso, a la carrera administrativa y a los actos relativos a la propia provisión de puestos de trabajo (SSTC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4; 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7, y 156/1998, de 13 de junio, FJ 3)».

<sup>9</sup> «En materia de provisión de puestos de trabajo puedan valorarse criterios independientes de los que, en sentido estricto, derivarían del principio de igualdad que consagra el art. 23.2, y encontrarnos, por otra parte, ante un derecho que es de configuración legal (SSTC 24/1990, 25/1990, 26/1990, 149/1990), es al legislador al que corresponde determinar en qué casos pueden tomarse en consideración esos otros criterios» (STC 156/1998, de 13 de julio, Recurso de amparo núm. 3455/1995).

<sup>10</sup> «Al ser el derecho al acceso a funciones públicas en condiciones de igualdad un derecho de configuración legal, en que los arts. 14 y 23.2 de la Constitución, actúan, tratándose de concursos de provisión de puestos entre funcionarios, con menor intensidad que en las pruebas selectivas para el nuevo ingreso, admitiéndose, acreditados los requisitos de mérito y capacidad, que también se atiende en el concurso cuestionado, a otros criterios distintos a éstos, como son los de dotar de la mayor eficacia a la organización de los servicios».

<sup>11</sup> Es el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado. Texto legislativo que aún contiene disposiciones vigentes. Otros, en cambio, han quedado derogados por la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Derogación reiterada conforme establece la letra a) de la disposición derogatoria única del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, con el alcance establecido en el apartado 2 de su disposición final cuarta. Por otro lado, la posible atribución del carácter básico a algunos de sus preceptos ha sido dictaminada en sentido contrario por la STC 37/2002, de 14 de febrero y la STC 1/2003, de 16 de enero.

<sup>12</sup> La Ley 23/1988, de 28 de julio, dictada como consecuencia de la STC 99/1987, de 11 de junio, obligó a una «reforma profunda» de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. Para el caso que se comenta, supuso la creación de la remoción de los funcionarios que desempeñasen un puesto de trabajo obtenido por concurso con arreglo a unas condiciones y a un procedimiento contradictorio. Algo impensable para ese tipo de puestos para los que se desarrollaba un fuerte contenido patrimonial.

<sup>13</sup> Se trata del ya del Real Decreto 2617/1985, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración del Estado.

forma de provisión. El punto de inflexión se inicia con el Real Decreto 28/1990, de 15 de enero<sup>14</sup>, que incorpora las modificaciones legislativas antes apuntadas, al contemplar en su artículo 2, la adscripción provisional como una forma de provisión de puestos, de carácter excepcional, ligada a las necesidades del servicio. El texto reglamentario asegura también el carácter de garantía para la carrera del funcionario que, como hemos destacado, otorgaba la ley, ya que la adscripción provisional es el mecanismo corrector, precisamente, respecto del procedimiento de remoción en el puesto de trabajo, medida que podríamos definir como típicamente organizativa.

La remoción del puesto de trabajo opera cuando, una vez obtenido por el funcionario un puesto mediante concurso, se produce una alteración en el contenido de este, bien realizada a través de las relaciones de puestos de trabajo, modificando con ello los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria, o bien cuando ante una falta de capacidad para su desempeño a través de un rendimiento insuficiente (no inhibición) se impide realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto<sup>15</sup>. La adscripción provisional consiguiente a la remoción, se muestra claramente como medida de garantía que, el mismo texto normativo, extiende además respecto de los funcionarios cesados en puestos de libre designación, o a los afectados por la supresión del puesto de trabajo por puras necesidades organizativas.

A pesar de esta incipiente regulación que contempla la adscripción provisional como algo incidental, casi de pasada, da la sensación de que esta forma de provisión gana cuerpo, en la tipología de formas provisionarias, a medida de una práctica cada vez más frecuente en la Administración, dadas las ventajas que ofrece para la misma, en relación, por ejemplo, con la «comisión de servicios»<sup>16</sup>, y también para los propios funcionarios que pueden propiciarles cambios inmediatos en determinados supuestos, sobre todo en puestos con forma de provisión establecida en las relaciones de puestos de trabajo mediante libre designación. A esto podemos añadir los procesos de reestructuración organizativa, cada vez más frecuentes, fruto de la transferencia competencial a las CC.AA y las nuevas necesidades en la prestación de los servicios públicos, los cuales precisan de nuevas formas transitorias de asignación de puestos que combinen los derechos adquiridos en la carrera administrativa y la, a veces, «volatilidad de las necesidades de los servicios». En definitiva, se construye un nuevo «rol» en la forma de desempeñar los puestos de trabajo y sus formas de provisión no podían ser ajenas a ello.

El Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado (en adelante RGIPP), supone la consagración definitiva de la adscripción provisional como forma de provisión de puestos. En efecto, el artículo 63, la encuadra en un capítulo específico, bajo la rúbrica «Otras formas de provisión», dentro del Título III, escogido para regular las formas de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de la Administración General del Estado. Tal vez la clasificación se ofrezca como contraposición a los denominados por ARROYO YANES sistemas clásicos de provisión de puestos, el concurso y la libre designación<sup>17</sup>.

La singularidad de esta forma de provisión de puestos de trabajo y su posición dentro del sistema, se consolida con otro instrumento normativo como es la Resolución de 15 de febrero de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública y de la Secretaría de Estado de Hacienda, por la que se dictan reglas aplicables

<sup>14</sup> Real Decreto 28/1990, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración del Estado. Este Real Decreto contempla por primera vez la adscripción provisional como forma de provisión de puestos de trabajo en el personal funcionario. Norma ya derogada con ocasión del RGIPP de 1995.

<sup>15</sup> A este respecto es interesante la STS, contencioso sección 7.ª, de 29 de septiembre de 1997, núm de Recurso 572/1994, en la que se trata la remoción de un puesto de trabajo, en el que la motivación es fundamental aunque no tanto como para exigir algo más de lo que exigiría la circunstancias del caso concreto. Este es un ejemplo que debe darse entre las necesidades organizativas y los derechos del funcionario/a: «Que la decisión deba ser motivada, no supone, naturalmente, que cualquier tipo de motivación pueda justificar la remoción del puesto, abriendo un portillo a la vitanda arbitrariedad, lo que iría en contra del principio de su interdicción, contenido en el art. 9.3 CE; pero una cosa es la seriedad y objetividad del motivo y su conexión con un fin público discernible, sin duda exigible, y otra que el motivo deba ser el que define el supuesto legal del art. 20.1 e) Ley 30/1984, lo que no consideramos técnicamente necesario. (...) La capacidad para un puesto no implica sólo la destreza para su desempeño, sino la garantía de servirlo sin riesgo para la seguridad en el trabajo, que el empleador está obligado a garantizar».

<sup>16</sup> La Comisión de servicios exige que el puesto de origen del funcionario quede reservado en tanto desempeña el puesto para el que ha sido comisionado, lo cual implica un cierto bloqueo de este puesto para el que podría autorizarse, no obstante, una nueva comisión de servicios para su desempeño pero esta circunstancia puede añadir cierta complejidad y descontrol en la gestión del personal. Esta condición no es exigible para la adscripción provisional ya que el adscrito provisional deja el puesto vacante sin más condicionantes.

<sup>17</sup> ARROYO YANES, L. M. (2012): "Los sistemas de provisión de puestos de trabajo en la Función Pública Local", en COBO OLVERA, T. y VERA TORRECILLAS, R. J. (dirs.): *Empleo Público Local. Prontuario para la selección, organización y gestión de personal de las Entidades Locales*, pág. 380. Madrid: La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos.

a determinados procedimientos en materia de reingreso al servicio activo y de asignación de puestos de trabajo<sup>18</sup>. Esta norma establece toda una suerte de elementos aplicativos, en función de la situación del funcionario afectado por alguno de los supuestos establecidos en el artículo 63 del RGIPP, y el procedimiento administrativo preciso para que se produzca la incardinación en la adscripción provisional por parte del/la funcionario/a.

Esta disposición supone una verdadera forma de limitación de la discrecionalidad administrativa ya que los criterios que se establecen para cada uno de los supuestos constituyen elementos suficientes para delimitar claramente su ejercicio. Así, por ejemplo, y entre otros casos, las solicitudes del reingreso, han de ser resueltas según la fecha de presentación. O también que el Ministerio al que esté adscrito el Cuerpo o Escala se dirigirá a los Ministerios solicitando informe sobre la disponibilidad de un puesto vacante de los correspondientes al Cuerpo o Escala del funcionario/a. Como también que, en el caso de no existir puesto vacante disponible, el Departamento de adscripción instará al Ministerio donde el/la funcionario/a hubiera desempeñado su último destino en servicio activo, con el objeto de ofrecer un puesto de trabajo idóneo. En definitiva, esta norma viene a compatibilizar necesidades organizativas y un mínimo de garantías profesionales respecto del/la funcionario/a afectado por los supuestos de hecho<sup>19</sup>, porque aún en estos casos cabe la aplicación de los principios generales de mérito y capacidad.

## 2. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Tanto la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, como el Texto Refundido de 2015, que le sucede<sup>20</sup> (en adelante TREBEP), no supuso un cambio para la adscripción provisional aunque sí su consagración como forma de provisión. El Texto Refundido prosigue con la línea apuntada en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ya que vuelve a tratar a la misma de forma incidental; y así, desde la determinación del concurso y la libre designación como formas de provisión «básicas» para todas las Administraciones públicas<sup>21</sup>, a continuación, viene a señalar otras posibles formas, pero atribuyendo su determinación y regulación a las distintas leyes de Función pública de las Comunidades Autónomas. En este sentido, señala como otras formas de provisión de puestos: la movilidad por necesidades organizativas, las permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos<sup>22</sup>. De ahí que PALOMAR OLMEDA confirme que la adscripción provisional queda catalogada «dentro del régimen potestativo en el sistema de provisión de puestos diseñado por el TREBEP»<sup>23</sup>.

Sin embargo, y a pesar de derivar el TREBEP estos supuestos provisorios a la acción legislativa de las CC.AA, ofrece algunos elementos en los mismos que podríamos catalogar como básicos. Es el caso, por ejemplo, de la movilidad por necesidades organizativas (el Estatuto la menciona como «necesidades de servicio o funcionales»), la cual orienta su realización a través de planes de ordenación de recursos, señalando además algunas garantías mínimas a ofrecer a los funcionarios afectados por las mismas<sup>24</sup>. Quizás el hecho más relevante, en este sentido, es que el propio TREBEP menciona la adscripción provisional como una forma de provisión del puesto de trabajo, si bien ligada al caso de urgente e inaplazable necesidad organizativa.

A pesar de esto, ARROYO YANES analizando el artículo 78 del TREBEP, precisaba que «el precepto que analizamos renuncia a determinar y prefigurar en su régimen de aplicación los cauces a través de los

<sup>18</sup> BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996.

<sup>19</sup> A este respecto es interesante señalar la STS, contencioso sección 7.ª, de 22 de octubre de 2012, núm. de Recurso 301/2011: «Más allá de que efectivamente en la asignación de estos puestos con carácter provisional no están presentes los principios de mérito y capacidad en igual medida que en los casos de cobertura mediante el concurso y la libre designación, lo cierto es que estas formas provisionales de provisión de puestos de trabajo nacen, en principio, para atender necesidades organizativas perentorias de la Administración correspondiente, siendo innegable que durante su desempeño el funcionario adquiere una experiencia y un bagaje de conocimientos con indudable reflejo en su perfil profesional».

<sup>20</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>21</sup> Art. 78.3: «La provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública». Hemos de añadir a las anteriores la «movilidad por razón de violencia de género y por razón de violencia terrorista», ésta última incluida en el texto de 2015, que se regula de forma minuciosa en el artículo 82. Está claro, pues, que esta forma de provisión es inequívocamente básica para todas las Administraciones Públicas.

<sup>22</sup> Art. 78.4 TREBEP.

<sup>23</sup> PALOMAR OLMEDA, A. (2016): *Derecho de la Función Pública: Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos*, pág. 465. Madrid: Dykinson (11.ª edición).

<sup>24</sup> Art. 81.2 TREBEP.

cuales se producirán las coberturas provisionales de los puestos de trabajo, por lo que da a las Administraciones empleadoras más potestades de conformación normativa en este terreno que sólo se puede justificar en términos constitucionales en la marginalidad del supuesto y en las notas sustantivas vinculantes para su operatividad»<sup>25</sup>. Quizás el hecho de conceptuar «las coberturas provisionales» como la «marginalidad del supuesto» se refiera más bien a su asociación con las capacidades organizativas de cada Administración, y, por ende, más directamente ligadas a sus competencias propias e identificables con dicha institución, lo cual tampoco disminuye su papel dentro del sistema de provisión de puestos de trabajo. La alusión, podríamos decir, más directa, que el TREBEP hace a la adscripción provisional es la referida en su artículo 83.3, y arriba citada, cuando establece que «en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación». Precepto que ha de ponerse necesariamente en relación con la enumeración de las posibles figuras de regulación autonómica que el artículo 78.3 TREBEP ofrece, y más, en concreto, –y sobre todo–, aunque no únicamente, en cuanto al reingreso al servicio activo.

Es evidente, pues, que podemos encontrar un componente de legislación básica dentro de la adscripción provisional y viene referido sobre todo a la fórmula elegida para proceder en caso de urgente e inaplazable necesidad. De forma incidental, puede asociarse a los casos de cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos, pero conforme los requisitos y efectos que la legislación autonómica establezca. La urgente e inaplazable necesidad<sup>26</sup>, a la que alude la Ley, es un concepto jurídico indeterminado complejo ligado inicialmente al ámbito de las necesidades organizativas y en la prestación de los servicios pero también puede estarlo como fórmula de protección de los derechos de carrera de un funcionario. Y que además se ve reforzado en las situaciones de hecho por una «urgencia y necesidad inaplazable» que desplaza a consideraciones ordinarias reflejadas en la expresión «necesidades de los servicios»<sup>27</sup>.

La urgencia y necesidad inaplazable supone una actuación de la Administración «de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable y con criterios de lógica o que se demuestre la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, para que de ese modo no se altere de modo injustificado el procedimiento ordinario»<sup>28</sup>. Que necesariamente ha de vincularse al servicio público, según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>29</sup>.

Otro aspecto interesante señalado por el Estatuto, y que viene a confirmar el doble carácter de esta forma de provisión (instrumento para actuaciones organizativas y garantizador de derechos de los funcionarios), es la que señala el artículo 79.3 TREBEP al determinar que «en el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema». Vemos, pues, cómo en realidad el TREBEP ha asumido con carácter básico, ex artículo 149.1.18 CE, elementos de la adscripción provisional que ya venían siendo tratados en las disposiciones legislativas previas.

### 3. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL COMO FORMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE FUNCIÓN PÚBLICA

La adscripción provisional como forma de provisión de puestos de trabajo se encuentra plenamente reconocida en el conjunto de las leyes de función pública autonómicas. Con una mayor individualización y regulación, si las mismas han sido publicadas tras la aprobación del TREBEP, y mayormente si se aproximan a sus versiones más recientes. Tan sólo la Ley de Función pública de Canarias y la Ley de Función pública Cantabria omiten toda referencia directa a la adscripción provisional, aunque, en esta última, se encuentra

<sup>25</sup> ARROYO YANES, L. M. (2012): *op. cit.*, pág. 375.

<sup>26</sup> La STS, contencioso sección 7.ª, de 8 de febrero de 2007, núm. de Recurso 38/2005, señala: «En primer lugar nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, cuyo control, como el de todos los actos administrativos en general, tiene su cobertura constitucional en el artículo 106.1 de nuestra norma fundamental, cuando dispone que: Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (...). En segundo lugar, la sentencia de instancia acierta cuando sostiene que no puede existir una situación de urgencia, que debería acreditar en todo caso la Administración, al suponer una excepción al sistema ordinario de provisión del personal administrativo, cuando la situación se arrastra de años anteriores...»

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión véase la STSJ de Cataluña, contencioso sección 4.ª, de 9 de julio de 2014, núm. de Recurso 272/2013.

<sup>28</sup> STS, contencioso sección 4.ª, de 7 de febrero de 2008, núm. de Recurso 5608/2004.

<sup>29</sup> STS, contencioso sección 4.ª, de 28 de mayo de 2019, núm. de Recurso 246/2016.



una alusión indirecta respecto de los funcionarios cesados en puestos de libre designación<sup>30</sup>, aunque según queda apuntado, predominan las leyes autonómicas que regulan de forma separada y con cierto detalle esta forma de provisión (es el caso de la Ley de Función pública de Valencia y de Castilla La Mancha). En el conjunto normativo no hay unanimidad a la hora de calificarla como una forma de provisión extraordinaria, quizás puede ser calificada como *una forma no ordinaria de provisión de puestos de trabajo*, pero sin que pueda ser calificada como de extraordinaria o excepcional<sup>31</sup>.

El repaso de las leyes de función pública autonómicas y las referencias que cada una de ellas hacen respecto de la adscripción provisional como forma de provisión de puestos, muestran cómo la adscripción provisional es una forma de provisión ya consagrada en la legislación de función pública.

En la Comunidad de Madrid, su Ley de Función Pública, contempla y regula la adscripción provisional como tal forma de provisión de puestos de una forma tardía. En concreto, el artículo 53 bis de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por la Ley 2/2004, de 31 de mayo, que la incluye por primera vez, ya que la regulación específica, la Ley 4/1989, de 6 de abril, de provisión de puestos de trabajo reservados a personal funcionario de la Comunidad de Madrid, no hace mención alguna a la adscripción provisional. De esta manera, la ley autonómica madrileña sigue de forma paralela la «filosofía» expuesta en la regulación estatal recogida en la Ley 30/1984, de 2 de agosto<sup>32</sup>.

Por su parte, la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, contempla la adscripción provisional en el artículo 97, dentro del título específico dedicado a los derechos y deberes individuales de los empleados públicos. Además de los supuestos ya contemplados en la legislación estatal, regula un motivo específico para proveer puestos mediante adscripción provisional, mientras no se obtenga un puesto de trabajo con carácter definitivo: y es la rehabilitación de la condición de personal funcionario de carrera.

Curiosamente, la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, no habla de la adscripción provisional, si no de una genérica «provisión provisional», de esta manera los puestos de trabajo vacantes cuya provisión sea considerada de urgente o inaplazable necesidad, habilita a la Administración para que los puestos puedan ser cubiertos provisionalmente por funcionarios que reúnan las condiciones exigidas en cada caso y de residencia más próxima al puesto, durante un tiempo máximo de dos años. Aspecto este de la adscripción que liga este procedimiento con la potestad de organización de la Administración.

A pesar de ser la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, una ley temprana, se detiene de forma clara y pormenorizada sobre la adscripción provisional, ya que, además de contemplar los casos ya estudiados en la legislación estatal, añade la preferencia de los funcionarios/as adscritos para la participación en los concursos en los que se incluya su puesto<sup>33</sup>.

Un cambio radical hasta lo aquí expresado y también con respecto a la legislación estatal, lo constituye el Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra<sup>34</sup>, porque en su artículo 32 establece que «previa designación por la Administración Pública respectiva, los funcionarios podrán desempeñar interinamente cualquier puesto de trabajo de su mismo nivel y de igual o superior categoría a aquél del que sean titulares, siempre que reúnan la titulación o formación exigida para ello. Las designaciones a las que se refiere el apartado anterior podrán ser revocadas libremente por la Administración». Lo cual, y más ampliamente a como lo establecía la Ley asturiana, abre considerablemente el espectro de situaciones a incluir dentro de la adscripción provisional.

<sup>30</sup> Art., 46 b) de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública de Cantabria.

<sup>31</sup> La STSJ de Cataluña, sala de lo contencioso sección 4.ª, de 27 de diciembre de 2017, núm. de Recurso 150/2017, define la adscripción provisional como «una forma totalmente excepcional de cobertura del puesto». En este mismo sentido la STSJ de Cataluña, sala de lo contencioso sección 4.ª, de 21-10-2014, núm. de Recurso 100/2014.

<sup>32</sup> El Decreto 203/2000, de 14 de septiembre, por el que se dictan las reglas aplicables a los procedimientos de asignación de puestos de trabajo reservados a personal funcionario de la Comunidad de Madrid, naturalmente incide con mayor precisión en lo relativo a la adscripción provisional aunque no parece destacable el precepto relativo a que el reingreso mediante adscripción provisional se produce como regla general, en puestos de nivel igual o inferior al último destino desempeñado con carácter definitivo, correspondientes al Cuerpo o Escala del funcionario en la Consejería de su último destino. En el supuesto de que el funcionario no hubiera desempeñado puestos de trabajo con carácter definitivo el reingreso se efectuará a un puesto de trabajo de nivel base de su Cuerpo o Escala.

<sup>33</sup> Art. 51.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca: «Los funcionarios adscritos provisionalmente a un puesto de trabajo como consecuencia del cese por supresión o remoción por alteración sobrevenida del contenido del anteriormente ocupado tendrán derecho preferente a proveer en el siguiente concurso que se celebre, y por una sola vez, las vacantes existentes en la misma localidad que fueran de igual o inferior nivel de complemento de destino del puesto objeto de supresión o alteración».

<sup>34</sup> Es el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

Como peculiaridad, la Ley de Función pública de Aragón, concretando algún aspecto más de la adscripción provisional, establece la obligación de participar en formas de «provisión definitiva» para el caso de los funcionarios adscritos provisionalmente<sup>35</sup>.

En cuanto al Texto Legislativo de Función pública en Cataluña<sup>36</sup>, hemos de señalar que establece una regulación detallada de los supuestos en los que es aplicable la adscripción provisional, adelantándose a la pormenorización que han adquirido los textos legales tras la aprobación del TREBEP. Es destacable el especial carácter de garantía que se otorga a través de la adscripción provisional, al funcionario cesado en un puesto de libre designación o removido, cuando no pueda obtener un puesto a través de los sistemas ordinarios de provisión<sup>37</sup> en lo referido a los funcionarios afectados por los procedimientos de reasignación de efectivos para los que se prevé como última fórmula de asignación de puesto, en caso de no obtenerlo definitivamente por reasignación.

Por su parte, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears, califica la adscripción provisional como otro «sistema de provisión u ocupación», término este último que no emplea para el concurso y la libre designación que, según la ley, son los sistemas ordinarios de provisión de puestos de trabajo. Y en la misma línea que la ley de función pública navarra, asigna un carácter enteramente organizativo a esta forma de provisión u «ocupación», –y, por ende, en manos exclusivas de la Administración–, al establecer razones de eficacia administrativa para la utilización de la adscripción que «a los efectos de asignar de manera eficiente los recursos humanos, podrá acordar la adscripción de puestos de trabajo y del personal que provisional o definitivamente los ocupa a unidades, consejerías o entes del sector público instrumental con personificación pública, distintos de aquéllos a los que estaba adscrito»<sup>38</sup>, ligeramente matizada con la afirmación de que al/la funcionario/a afectado/a habrán de respetarle en todo caso las retribuciones, las condiciones esenciales de trabajo y la isla de residencia del personal afectado.

Para la Ley de Función Pública de Extremadura<sup>39</sup>, la adscripción provisional, es otra forma de provisión de puestos agrupada dentro de los «restantes» sistemas, frente a los sistemas «normalizados» de provisión de puestos, el concurso y la libre designación. Tan sólo tiene singularidad en dos supuestos: en el reingreso al servicio activo, siempre que no exista reserva de puesto del funcionario/a afectado, y en la rehabilitación de la condición de funcionario. Sólo en estos dos casos pueden proveerse mediante adscripción provisional los puestos de trabajo, ya que los funcionarios cesados en puesto de libre designación, o cuyo puesto se suprime, se les otorga otro puesto con carácter definitivo. La Ley incluso viene a delimitar la obligación de los adscritos provisionales al señalarles la obligación de participar en los concursos de provisión de puestos de trabajo «no singularizados» debiendo solicitarla totalidad de los puestos vacantes para los que cumplan los requisitos<sup>40</sup>.

Camino inverso toma el artículo 75 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, en el que se relacionan de forma completa todos los supuestos en los que es aplicable la adscripción provisional como forma de provisión de puestos, añadiendo a los ya estudiados, uno específico y singular de esta Administración, y es el caso de la adjudicación de destinos provisionales a quienes ya siendo funcionarios de carrera accedan a un nuevo cuerpo o escala, tras superar el proceso selectivo y deseen comenzar su prestación de servicios como personal funcionario de carrera de nuevo ingreso, hasta tanto se proceda a efectuar la adjudicación del primer destino definitivo. La ley añade un marco temporal a esta forma de provisión, de tal manera que la adscripción provisional debe ser objeto de convocatoria pública, como máximo, cada dos años, si la forma de provisión del puesto adjudicado es el concurso, o cada año, si la forma de provisión es la libre designación, a contar, en ambos casos, desde la fecha de efectos de la toma de posesión en adscripción provisional<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> En efecto, es el artículo 33 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 febrero, por el que se aprueba la Ley de Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

<sup>36</sup> Arts. 70; 76; 78 y 79 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de Función Pública.

<sup>37</sup> El artículo 76 de dicho Decreto Legislativo 1/1997.

<sup>38</sup> Arts. 74 y 91 de dicha Ley. Precisamente, este artículo 91 es una nueva redacción dada por el apartado 2 de la disposición final primera del Decreto Ley 10/2012, 31 agosto, por el que se modifica el Decreto Ley 5/2012, 1 junio, de medidas urgentes en materia de personal y administrativas para la reducción del déficit público del sector público.

<sup>39</sup> Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

<sup>40</sup> Arts. 114 y 128 Ley de Función Pública de Extremadura.

<sup>41</sup> Esta concreción se realiza mediante la modificación que se produjo por el apartado 2 por el art. 10.2 de la Ley 3/2016, de 5 de mayo.

Mayor sistematicidad encontramos en la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, que regula, a través de su artículo 105, propiamente, la adscripción provisional para los supuestos ya expuestos en las diversas leyes aquí apuntadas, es decir, para el caso en el que se produzca el cese en el puesto de trabajo sin obtener otro por ninguno de los sistemas previstos ordinarios, por reingreso al servicio activo y por rehabilitación de la condición de personal funcionario. Pero además ofrece una nueva fórmula que, teniendo como referencia la adscripción provisional, adquiere sustantividad propia ya que prevé la denominada «adscripción temporal» en su artículo 112, prevista para «casos excepcionales y por necesidades de adecuada prestación del servicio público» y por un plazo de tiempo de un año, prorrogable por otro más, para el desempeño de funciones propias del cuerpo, agrupación profesional funcional o escala a la que perteneciera la persona adscrita temporalmente. El hecho de que el apartado séptimo del artículo precitado establezca que, en cualquiera de los supuestos, el/la funcionario/a afectado/a continuará percibiendo las mismas retribuciones que se recibían en el momento de materializarse la adscripción temporal, indica, claramente, que no hay una adscripción al puesto de trabajo sino a la Unidad organizativa, organismo u órgano<sup>42</sup>.

En relación con la adscripción provisional, la ley, añade dos cuestiones relevantes más: una por la que se establece una remisión reglamentaria explícita para la regulación de esta forma de provisión de puestos y, otra, una penalización referida al/la funcionario/a que, estando adscrito provisionalmente al puesto convocado, en caso de no concurrir al mismo, se le declararía en la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

En el caso de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia<sup>43</sup>, se ofrece escasa regulación de la adscripción temporal como propia forma de provisión de puestos, la cual es denominada como «atribución provisional de puesto de trabajo»<sup>44</sup> para situaciones referidas a ceses y supresiones organizativas de puestos de trabajo, o el «desempeño provisional»<sup>45</sup>, ligándose, bien a traslados forzosos provisionales a puestos de trabajo vacantes, en caso de urgente e inaplazable necesidad, bien al desempeño provisional de funciones distintas de las específicas del puesto de trabajo al que se hallaren adscritos, siempre que aquéllas sean funciones atribuidas al Cuerpo, Escala y opción de pertenencia<sup>46</sup>. Sólo en estos últimos casos se habla de «otras formas de provisión», como reza la rúbrica del artículo 52 de la antedicha ley. Coincide esta ley con la ley valenciana, en el sentido de realizar una remisión reglamentaria para la determinación de otros supuestos de desempeño provisional de los puestos de trabajo.

La Ley de Función Pública Andaluza<sup>47</sup>, ley que podríamos calificar de «primera generación», previamente a establecer que la ocupación de un puesto de trabajo determinado no constituye un derecho adquirido para los funcionarios, no se refiere a la adscripción provisional, (la ley precitada califica como «destino provisional» a la misma) como tal forma de provisión de puestos, distinta a las generales de concurso y libre designación. De esta manera, el «destino provisional» se prevé esencialmente para el caso en el que no se hayan presentado candidatos idóneos en los procedimientos de concurso o de libre designación con convocatoria pública, en cuyo caso podrá disponerse el destino provisional de un funcionario cuando el puesto de trabajo sea del mismo nivel o de los dos superiores al de su grado consolidado<sup>48</sup>. Aunque dicho destino provisional también se prevé para las situaciones en la que sea suprimido un puesto de trabajo, su ocupante puede ser destinado provisionalmente a otro de igual o diferente nivel, con los límites de la carrera profesional consolidada, y, finalmente, para los funcionarios procedentes de la situación de servicios especiales, los cuales pueden ser adscritos provisionalmente a puestos de inferior nivel en dos niveles a su grado personal con una compensación económica.

El hecho de ofrecer una enumeración del conjunto legislativo autonómico de función pública respecto de esta forma de provisión, viene a acentuar el importante papel que la adscripción provisional ofrece tanto a las Administraciones, en el ejercicio de las potestades de organización, como a los funcionarios afectados en tanto al contrapeso manifestado en la inamovilidad de los mismos y las garantías dimanantes de la carrera profesional.

<sup>42</sup> El caso se asimila a la figura del artículo 66 del RGIPP de la AGE aunque en este la fórmula elegida es la comisión de servicios en régimen de atribución temporal de funciones.

<sup>43</sup> Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia.

<sup>44</sup> Art. 43 Ley de la Función Pública de la Región de Murcia.

<sup>45</sup> Art. 48.1 Ley de la Función Pública de la Región de Murcia.

<sup>46</sup> Art. 52 Ley de la Función Pública de la Región de Murcia.

<sup>47</sup> Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

<sup>48</sup> Art. 27 Ley de Función Pública de la Junta de Andalucía.

#### 4. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN LAS ADMINISTRACIONES LOCALES

El TREBEP establece en su artículo 3, que el personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte el propio Estatuto Básico y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local. Pues bien, en este aspecto de la provisión de puestos de trabajo, la única alusión que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), hace al sistema de provisión de puestos de trabajo es una remisión expresa a las normas que regulen estos procedimientos en todas las Administraciones públicas<sup>49</sup>, lo cual significa una vuelta al TREBEP, a pesar de ser propiamente el referente prioritario en el sistema de fuentes para el ámbito de función pública local tras la propia ley básica de régimen local.

Más explícita es la referencia a esta cuestión que hace el artículo 168 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL), el cual dispone que la provisión de puestos de trabajo reservados o puedan ser desempeñados por funcionarios de carrera, se regirá por las normas que, en desarrollo de la legislación básica en materia de función pública local, dicte la Administración del Estado<sup>50</sup>. Legislación que aún no ha sido dictada, como sí lo fuera en su día, desde el articulado de la LRBRL, respecto de la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral de las Corporaciones Locales<sup>51</sup>. Es conocida la polémica sobre el carácter básico de dicho texto refundido y la fórmula establecida para ello «se inferirá el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas», pero dado que no se ha cumplido por el legislador básico de régimen local con dicha remisión normativa, ha de acudir al sistema diseñado por el artículo 3 del TREBEP en el que dentro de «la legislación estatal que resulte de aplicación» han de incluirse tanto el TREBEP, en su condición de legislador básico de función pública, como LRBRL en su condición de legislador básico de régimen local, el TRRL<sup>52</sup> y dentro de la «legislación de las Comunidades Autónomas» aludida, en primer término a la legislación de régimen local de las CC.AA que hayan asumido esta competencia y, tras esta, las leyes de función pública de las Comunidades Autónomas. Aunque la alusión, en el inciso final del artículo 3 del TREBEP, al respeto de la autonomía local en todo caso, también implicaría una facultad regulatoria clara para las propias Corporaciones locales a resultados del sistema de fuentes apuntado.

En cualquier caso, ha de hacerse referencia al régimen supletorio general que, en esta materia, ha de otorgarse al RGIPP del personal funcionario al servicio de la AGE. Habrá podido observarse, como en otros aspectos de la función pública local, que la carencia de dicha regulación básica local proporciona cierto grado de inseguridad jurídica en la aplicación de la norma concreta a esta figura provisoria.

Es radicalmente distinta la regulación de la adscripción provisional en el estatuto de los funcionarios de Administración local con habilitación nacional. Así, dentro de «otras formas de provisión», el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración

<sup>49</sup> Art. 101 de la precitada Ley.

<sup>50</sup> A este respecto la DF 7.<sup>a</sup> b) señala que «En las materias reguladas por los Títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas. En todo caso, tendrá carácter básico el artículo 151.a)». Precepto ya «depurado» tras la STC 385/1993, del 23 de diciembre de 1993, Recursos de inconstitucionalidad núms. 826/86, 839/86 y 842/86, por el artículo 59 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>51</sup> Es el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local. Decreto que, en su inmensa mayoría tiene carácter básico (vid. DF 1.<sup>a</sup>).

<sup>52</sup> Dentro de este grupo normativo asociado a «la legislación estatal que fuera aplicable», habría que incluir a los propios Estatutos de Autonomía en relación con las competencias de régimen local que hubieran sido asumidas por dichas leyes orgánicas estatutarias. Así, por ejemplo, el artículo 160.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña en el que se determina que «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el principio de autonomía local», como también respecto del artículo 136 del mismo texto, y con el que habría de poner en relación también el art. 160.1, en cuanto a la competencia de la Generalitat en materia de Función Pública, el cual advierte también que ha de respetarse en cualquier caso el principio de autonomía local, si bien ni este precepto, ni el precitado se incluye el sistema de provisión depuestos de trabajo o bien como competencia compartida con la AGE o como exclusiva en el propio ámbito local. En todo caso, los sistemas de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario en el ámbito local, se ven vinculados por la regulación del TREBEP en esta materia, en tanto el legislador básico de régimen local no haya efectuado el desarrollo de esta competencia. Para finalizar esta referencia, citar los artículos 294 y 300 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, en los que, si bien el art. 294 regula el concurso y la libre designación como sistemas de provisión de puestos en el ámbito local, sin embargo guarda silencio sobre los restantes, que ni tan siquiera se aluden en la remisión al régimen de los funcionarios de la Administración de la Generalitat como referente del propio régimen estatutario para los funcionarios de las Administraciones Locales catalanas.

Local con habilitación de carácter nacional, incluye los denominados «nombramientos provisionales», de competencia de las CC.AA, para los puestos vacantes a ellos reservados, previa solicitud de la Corporación Local correspondiente y conformidad del funcionario interesado, o bien previa solicitud del funcionario y la conformidad de la Corporación Local, para los supuestos de reingreso al servicio activo o en los de supresión de puestos o de cese en puestos de libre designación. El nombramiento provisional debe garantizar un puesto de la misma subescala y categoría a la que pertenezca el funcionario, y previo informe de la Corporación Local donde vaya a efectuarse la adscripción. En estos casos, añade el reglamento, tendrá preferencia la provisión del puesto por nombramiento provisional sobre el resto de los nombramientos de carácter no definitivo<sup>53</sup>.

## 5. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN SECTORES CONCRETOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

### 5.1. **Ámbito docente de enseñanza no universitaria y universitaria**

La adscripción provisional como forma de provisión de puestos no tiene un reconocimiento explícito en la legislación estatal. Se establece que el concurso es el procedimiento normal de provisión de las plazas o puestos vacantes dependientes de las Administraciones educativas, a cubrir por el personal docente no universitario, aunque se admite que las Administraciones educativas podrán desarrollar procedimientos de provisión referidos al ámbito territorial cuya gestión les corresponda, destinados a la cobertura de sus plazas o puestos, todo ello sin perjuicio de que en cualquier momento puedan realizarse procesos de redistribución o de recolocación del profesorado dependiente de las mismas<sup>54</sup>. A lo que se añade el hecho de que a la hora de reingresar o reincorporarse a la actividad docente del/la funcionario/a, se efectuará directamente a la misma con carácter definitivo (si disponía del puesto «en propiedad») y, de haber sido ésta suprimida, se les ha de asignar otra plaza con carácter provisional dentro de las correspondientes a su cuerpo y especialidad, en la misma localidad o ámbito territorial<sup>55</sup>.

Lo cual viene a incidir en la posibilidad de la adscripción provisional del/la funcionario/a docente no universitario como tal forma de provisión de puestos de trabajo no ordinaria<sup>56</sup>, aunque, insistimos, de máxima regulación por parte de las CC.AA<sup>57</sup>. Es el caso, por ejemplo, de la Junta de Andalucía en donde la adscripción provisional, tanto para el profesorado funcionario de carrera o por personal funcionario interino, como para el profesorado especialista y de puestos específicos, puede realizarse a través de convocatorias para la cobertura, con carácter provisional, de puestos vacantes de la plantilla. Esta misma regulación autonómica andaluza contempla el reingreso o reincorporación a la actividad docente tal y como se señalaba más arriba por la legislación estatal<sup>58</sup>.

En este mismo sentido, la Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco, también prevé la adscripción provisional para los funcionarios docentes que reingresen al servicio activo, los que cesen en sus puestos también con destino provisional, los excedentes forzosos y los suspensos firmes que hayan cumplido la sanción, a los que se les

<sup>53</sup> Arts. 27 y 49 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

<sup>54</sup> Art. 2 del Real Decreto 1364/2010, de 29 de octubre, por el que se regula el concurso de traslados de ámbito estatal entre personal funcionario de los cuerpos docentes contemplados en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y otros procedimientos de provisión de plazas a cubrir por los mismos. La Disposición final 2.ª del Real Decreto señala que el mismo se dicta al amparo de las reglas 1.ª, 18.ª y 30.ª del artículo 149.1 de la Constitución.

<sup>55</sup> Art. 5 de precitado Real Decreto 1364/2010, de 29 de octubre. Este artículo, según lo expuesto en la DF 2.ª del mismo no tiene carácter básico por lo que puede ser de regulación autonómica propiamente.

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, en el artículo 19.3 de la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha, se puede otorgar dicho carácter frente al concurso: «Con carácter general, los puestos de trabajo en los centros docentes y servicios educativos correspondientes a las plantillas orgánicas se ocuparán por profesorado funcionario de carrera por medio del sistema ordinario de concurso de traslados».

<sup>57</sup> En este sentido la Disposición Adicional Octava, apartado segundo, de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, establece que las Comunidades Autónomas ordenarán su función pública docente en el marco de sus competencias, respetando en todo caso las normas básicas, contenidas en la mencionada Disposición Adicional.

<sup>58</sup> Art. 28 y 30 del Decreto 302/2010, de 1 de junio, por el que se ordena la función pública docente y se regula la selección del profesorado y la provisión de los puestos de trabajo docentes (BOJA núm. 108 de 04-06-2010). En la redacción dada por el Decreto 109/2016, de 14 de junio, por el que se modifica el Decreto 302/2010, de 1 de junio, por el que se ordena la función pública docente y se regula la selección del profesorado y la provisión de los puestos de trabajo docentes (BOJA núm. 115 de 17-06-2016).

haya suprimido el puesto de trabajo, o hayan cesado en puestos de trabajo de libre designación reservados a funcionarios docentes. La ley establece además que mientras permanezcan en el desempeño provisional de un puesto de trabajo, los funcionarios docentes percibirán las retribuciones complementarias asignadas al mismo<sup>59</sup>. De la importancia de esta forma de provisión y su generalización en este ámbito de función pública docente es buen ejemplo la Orden EDU/22/2009, de 12 de marzo, por la que se regula la adscripción a puestos de trabajo, de los funcionarios de carrera de cuerpos docentes al servicio de la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria, que *no tengan destino definitivo*, así como de los funcionarios en prácticas.

Por su parte, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en su artículo 67<sup>60</sup>, realiza una regulación detallada sobre la adscripción provisional en este ámbito de función pública, aunque, como norma general, establece que el reingreso al servicio activo de los funcionarios y funcionarias de cuerpos docentes universitarios en situación de excedencia voluntaria se efectuará mediante la obtención de una plaza en los concursos de acceso a los cuerpos docentes universitarios que cualquier universidad convoque. No obstante, el precepto prevé que dicho reingreso puede efectuarse, asimismo, en la Universidad a la que perteneciera el centro universitario de procedencia con anterioridad a la excedencia, solicitando del Rector la adscripción provisional a una plaza de la misma, seguida de la obligación de participar en cuantos concursos de acceso se convoquen por dicha Universidad para cubrir plazas en su cuerpo y área de conocimiento, perdiendo la adscripción provisional caso de no hacerlo. La Ley Orgánica da un protagonismo especial a los Estatutos de las Universidades a la hora de establecer causas y efectos del reingreso al servicio activo de los funcionarios docentes a través de la adscripción provisional.

## 5.2. Ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

La Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, describe las situaciones en las que es posible la adscripción provisional de los funcionarios: los que hayan sido cesados en puestos de libre designación o removidos en puestos obtenidos por concurso específico de méritos, y los funcionarios pertenecientes a plantillas suprimidas, reducidas o agrupadas que hayan perdido su puesto de trabajo en las mismas. Sin embargo, como regla general, sólo se pueden cubrir puestos de trabajo provisionalmente por razones de servicio de carácter urgente, y tal situación no más allá de seis meses<sup>61</sup>. La Ley no contiene una regulación específica sobre la adscripción provisional, aunque sí lo hace con la comisión de servicios en el artículo 49 bajo la rúbrica «movilidad».

En el caso de la Guardia Civil, la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, no contempla la adscripción provisional como tal forma de provisión, ni siquiera de forma incidental. Tan sólo se contempla la denominada «asignación por necesidades del servicio»<sup>62</sup>, que es la forma de provisión más cercana a la adscripción provisional. En contraste, goza de mayor tratamiento normativo la comisión de servicios<sup>63</sup>.

## 5.3. En el ámbito del personal estatutario de los servicios de salud

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tan sólo se detiene en el artículo 39 en regular las comisiones de servicio que, con carácter temporal, podrán ser utilizadas para el personal estatutario de la correspondiente categoría y especialidad, ante necesidades del servicio, y cuando el puesto de trabajo se encuentre vacante o temporalmente desatendido. Lo cual no hace sino dar un amplio margen para la regulación autonómica de la adscripción provisional como forma de provisión de puestos.

<sup>59</sup> La situación de adscripción provisional en los funcionarios docentes es regulada en los artículos 24 a 29 de la mencionada Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

<sup>60</sup> En cambio, el todavía vigente Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario guarda silencio sobre la adscripción provisional.

<sup>61</sup> Art. 9 del Real Decreto 997/1989, de 28 de julio por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de la Policía.

<sup>62</sup> En el art. 27 del Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de destinos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

<sup>63</sup> Art. 28 del Real Decreto 1250/2001, y art. 29 de la Orden INT/359/2018, de 6 de abril, por la que se establecen las normas específicas para la clasificación y provisión de destinos en la Guardia Civil.

## 6. CARACTERÍSTICAS DE LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL

La doctrina ha insistido en que la adscripción provisional es una excepción dentro del sistema de provisión de puestos de trabajo, lo cual, repetimos, no excluye su funcionalidad y singularidad dentro del mismo<sup>64</sup>. SÁNCHEZ MORÓN afirma que la adscripción provisional «es una excepción a la regla general de la adscripción definitiva del funcionario a un puesto de trabajo mediante concurso. Como tal excepción y correctamente aplicada, no implica de por sí desviación de poder (STS 26-04-1993), ni atenta contra el artículo 23 CE (STC 293/1993)»<sup>65</sup>. En este mismo sentido se pronuncia LORENZO DE MEMBIELA, si bien afirma que tal circunstancia contribuye a devaluar aún más el derecho al cargo<sup>66</sup>. Por su parte, ARROYO YANES califica la adscripción provisional como «un procedimiento atípico de provisión de puestos de trabajo»<sup>67</sup>, lo cual no hace sino incidir en sus características propias como forma de provisión de puestos. Porque, insistimos, en la línea apuntada en la utilización de formas temporales de provisión, como afirman PARADA VÁZQUEZ y FUENTETAJA PASTOR, «no es discrecional para la Administración recurrir a una u otra modalidad»<sup>68</sup>, ya que representan supuestos y modalidades aplicables a supuestos de hecho también diferentes. Lo cual viene a indicarnos que la adscripción definitiva al puesto de trabajo no deba ser considerada como elemento inescindible del estatuto del/la funcionario/a, ya que lo realmente sustancial con el mismo es el «derecho al cargo»<sup>69</sup>, con independencia de que sea con un destino definitivo o temporal ya que ambos son una manifestación de la «inamovilidad en la condición de funcionario de carrera»<sup>70</sup>.

Es ciertamente el desempeño de un puesto de trabajo, tras su acceso al mismo a través de las formas de provisión del «concurso general», «concurso específico de méritos» y «libre designación», una situación «normal» en la carrera del personal funcionario aunque el TREBEP ha venido a destacar la idea de que no hay «puestos en propiedad» o en situación estanca<sup>71</sup>. Lo cual viene a abrir la posibilidad de un mayor protagonismo de la adscripción provisional dentro de los sistemas de provisión, que podríamos denominar «cerrados», caso del concurso en su doble especialidad, ya que podría ser una fórmula intermedia o transaccional desde una situación de evaluación de desempeño negativa. PALOMAR OLMEDA y VÁZQUEZ GARRANZO inciden en esta posibilidad ya que «la provisión temporal de puestos de trabajo a través del mecanismo de atribución no definitiva de puestos permite la movilidad funcional de los empleados públicos»<sup>72</sup>.

Pero, sobre todo, la adscripción provisional es una fórmula completamente necesaria para reingresar en las Administraciones en las que la regularidad de las convocatorias de concursos de méritos e, incluso, de libre designación no se da con la periodicidad deseable, dadas las características de las mismas. Es el caso, por ejemplo, de las Corporaciones locales pequeñas donde estas convocatorias plantean grandes problemas de «logística» por lo exiguo de su plantilla o la inexistencia de una relación de puestos de trabajo.

Dicho esto, conviene hacer mención a la distinción que hace MARTÍN BAUTISTA entre la adscripción provisional y el denominado «nombramiento provisional», como un «*tertium genus*» en relación también con la comisión de servicios, basada en la práctica administrativa, sobre todo en el ámbito local, y que cierta jurisprudencia vendría a avalar. La autora señala que «seguidamente pensarían que la figura que más se asemeja, aparentemente, al nombramiento provisional es la “adscripción provisional”, es más, algunos

<sup>64</sup> STSJ Madrid, contencioso sección 6.ª, de 31 enero de 2007, núm. de Recurso 466/2006 «el procedimiento de adscripción provisional solo puede darse en los supuestos legalmente previstos (...) Es una fórmula restringida a determinados supuestos, con duración limitada, y debe justificarse. Se trata de resolver situaciones interinas (...) las necesidades del servicio solo pueden justificar la adscripción provisional excepcionalmente, no bastando con una simple necesidad genérica, sino que debe existir un “plus” en la exigencia de esa necesidad para atribuirle el carácter excepcional que permita acudir a dicha fórmula».

<sup>65</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. (2018): *Derecho de la Función Pública*, pág. 195. Madrid: Tecnos (11.ª edición).

<sup>66</sup> LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2005): “La adscripción provisional por cese en puesto de libre designación como provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 3, págs. 270-279.

<sup>67</sup> ARROYO YANES, L. M. (2012): *op. cit.*, pág. 369.

<sup>68</sup> PARADA VÁZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J. Á. (2013): *Derecho de la Función Pública*, págs. 262-263. Madrid: Open Ediciones Universitarias (1.ª edición).

<sup>69</sup> Art. 63.2 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado: «El Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la residencia, así como todos los derechos inherentes al mismo que en esta Ley se establecen».

<sup>70</sup> Art. 14 a) TREBEP.

<sup>71</sup> En efecto, el artículo 20.4 del TREBEP establece que: «La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada».

<sup>72</sup> PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J. (eds.) (2017): *Prácticum Función Pública 2017*, pág. 306. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters.

incluso hayan sido nombrados bajo dicha expresión. Sin embargo, nuevamente, al comprobar el contenido del precepto que regula la misma (artículo 63 RD 364/95), concluirán que entre los supuestos tasados que se regulan, no se comprende su caso particular, es decir, el nombramiento provisional entendido y utilizado como el desempeño de un puesto por un funcionario justificado en la ausencia de un titular que lo ocupe con carácter definitivo y, en tanto, se provee de forma reglamentaria conforme a algunos de los mecanismos expuestos»<sup>73</sup>.

En definitiva, esta fórmula provisoria vendría a utilizarse para situaciones no contempladas en el RGIPP, a las que parece reducirse la adscripción provisional. El RGIPP, en este sentido, es claro en cuanto a las situaciones en las que deben emplearse esta forma de provisión ya que la redacción del artículo 36 mejora notablemente la que se establecía en el Reglamento de 1990 al señalar que *sólo* temporalmente pueden ser cubiertos los puestos mediante comisión de servicios y adscripción provisional, *en los supuestos previstos en este Reglamento*<sup>74</sup>. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en el ámbito local, el RGIPP sólo tiene carácter supletorio<sup>75</sup>.

## 6.1. Temporalidad

La primera característica y la que configura su clasificación dentro del conjunto de las formas de provisión de puestos, tal y como establece el RGIPP, es su carácter temporal, aunque esta fórmula específica se combina con supuestos de hecho que individualizan y limitan las propias facultades discrecionales de la Administración<sup>76</sup>, que debe observar los elementos propios de la carrera administrativa de los funcionarios que van desde la garantía del puesto conforme a su situación en esa misma carrera profesional, como también manifestación de su inamovilidad, hasta la regulación del reingreso desde situaciones administrativas que no contemplen la reserva del puesto de trabajo.

Efectivamente, según el antedicho artículo 63 del RGIPP, procede otorgar un puesto mediante adscripción provisional en el caso de remoción o cese en un puesto de trabajo obtenido por concurso o libre designación, por supresión del puesto de trabajo y cuando se produzca el reingreso al servicio activo de los funcionarios sin reserva de puesto de trabajo<sup>77</sup>. De la misma forma que en los anteriores supuestos, no hay una previsión respecto del tiempo máximo de desempeño en esa modalidad de adscripción provisional, tan sólo en el caso del reingreso por adscripción provisional puede hablarse de un límite temporal, ya que el puesto asignado provisionalmente se ha de convocar para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año teniendo la obligación de participar en la convocatoria, de dicho puesto<sup>78</sup>.

Lo normal es que la situación administrativa de procedencia del funcionario, para poder activar este mecanismo provisorio provisional, sea la excedencia voluntaria por interés particular, la de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público, la situación de excedencia voluntaria incentivada o bien desde la situación de suspensión firme tras el cumplimiento del tiempo impuesto que ha de ser igual o superior a seis meses<sup>79</sup>. En este caso concreto, las necesidades organizativas se antepone a otros criterios

<sup>73</sup> MARTÍN BAUTISTA, M.ª T. (2002): "Las formas de provisión temporal de los puestos de trabajo. Un análisis desde la perspectiva de la Función Pública Local", en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 7, págs. 1.182-1.199.

<sup>74</sup> En efecto la redacción que daba el Real Decreto 28/1990, de 15 de enero, en su artículo 2: «Cuando las necesidades del servicio lo exijan, los puestos de trabajo podrán cubrirse mediante los procedimientos de redistribución de efectivos, y excepcionalmente, mediante adscripción provisional o comisión de servicios». La disyuntiva parece identificar ambos procesos provisorios.

<sup>75</sup> El art. 190 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, establece que «La provisión de puestos de trabajo que, de conformidad con la relación aprobada, estén reservados o puedan ser desempeñados por funcionarios de carrera, se regirá por las normas que, en desarrollo de la legislación básica en materia de función pública local, dicte la Administración del Estado». Norma que no se ha dictado. Quizás en este ámbito administrativo deba tenerse en cuenta el Decreto de 30 de mayo de 1952 por el que se aprueba el texto del Reglamento de funcionarios de la Administración local, aún vigente, y en el que se descubre el origen del «nombramiento provisional» al que se ha aludido ya que en su artículo 33.1 establece que «Cuando no fuere posible sustituir al funcionario, durante su ausencia, con uno de la misma plantilla, podrá designarse a otra persona para que accidentalmente lo reemplace en su cometido». El cual parece corresponderse con la disposición del artículo 44.4: «Los que desempeñen interinamente un cargo superior al que ejerzan en propiedad, percibirán la diferencia de sueldo entre ambos cargos mientras dure tal situación».

<sup>76</sup> El artículo 36.3 establece que «Temporalmente podrán ser cubiertos mediante comisión de servicios y adscripción provisional, en los supuestos previstos en este Reglamento».

<sup>77</sup> También el artículo 79.4, 80.4 y 81.3 del TREBEP.

<sup>78</sup> Art. 62.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

<sup>79</sup> Art. 89 TREBEP y los artículos 16, 15, 18 y el artículo 22.3 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado. Téngase en cuenta



de garantía, aunque naturalmente no los eliminan, porque el artículo 62.2 del RGIPP la condiciona a las necesidades del servicio<sup>80</sup>, de acuerdo con los criterios que establezca el Ministerio para las Administraciones Públicas y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto. Dichos criterios vienen a señalarse en la precitada Resolución de 15 de febrero de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública y de la Secretaría de Estado de Hacienda.

Finalmente, el RGIPP con la idea de destacar el carácter intrínsecamente temporal de la adscripción provisional establece que «los puestos cubiertos mediante adscripción provisional se convocarán para su cobertura con carácter definitivo por los sistemas previstos en las relaciones de puestos de trabajo. Los funcionarios que los desempeñen tendrán la obligación de participar en las correspondientes convocatorias»<sup>81</sup>. Pero a la temporalidad, salvo el caso anteriormente apuntado, no se le establece un límite, como en la comisión de servicios para la que se prevé un máximo de dos años<sup>82</sup>, por lo que es perfectamente posible que un funcionario desempeñe un puesto de trabajo en adscripción provisional un largo período de tiempo –más de los dos años apuntados– que, desde luego, desdice la supuesta temporalidad y provisionalidad.

En realidad, todo está en función de la regularidad o sistemática con que se disponga la convocatoria de la provisión de puestos mediante los sistemas de asignación definitiva del puesto, concurso o libre designación, para lo cual es esencial el ejercicio de la potestad de organización de la Administración correspondiente. FERREIRA FERNÁNDEZ señala que «la diferencia entre los destinos obtenidos con carácter temporal o provisional no se sustenta en la mayor o menor permanencia del funcionario en los mismos, que por otra parte no va a depender de su sola voluntad, sino de la “regularidad” de la obtención»<sup>83</sup>. Entendiendo por regularidad, según este autor, aquellos sistemas de provisión de puestos de trabajo que lo asignan de forma definitiva al funcionario, desplegando todos los efectos en la carrera administrativa del mismo.

## 6.2. Efectos del desempeño y garantías

El artículo 73 TREBEP, establece que «los empleados públicos tienen derecho al desempeño de un puesto de trabajo de acuerdo con el sistema de estructuración del empleo público que establezcan las leyes de desarrollo del presente Estatuto», lo cual significa que la obtención del puesto de trabajo, sea cual sea la forma de provisión, habilita al funcionario/a para su desempeño en su grado máximo de las tareas y funciones asignadas al mismo dentro de la Unidad administrativa correspondiente. Porque las unidades comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla, vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común<sup>84</sup>. Ninguna limitación podemos encontrar, pues, en cuanto a los efectos «ad extra» que el desempeño del puesto pueda tener por quien lo haga en adscripción provisional.

En relación con los/las funcionarios/as adscritos provisionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid ha destacado para la adscripción provisional que «en tales casos, y como ha puesto de relieve esta Sección en Sentencia núm. 1339 de 10 de octubre de 2005, es preciso cumplir lo dispuesto en los arts. 51 y ss. del Real Decreto 364/1995, que exige un procedimiento para realizar estos nombramientos, y una motivación adecuada (...) Es una fórmula restringida a determinados supuestos, con duración limitada, y debe justificarse. Se trata de resolver situaciones interinas consecuentes a modificaciones de la estructura orgánica preexistente, supuesto sustentado en la necesidad de mantener el normal funcionamiento del servicio»<sup>85</sup>.

---

que el supuesto contemplado en el art. 89.4 del TREBEP, la solicitud que para los funcionarios/as procedentes de la situación de excedencia para atender al cuidado de cada hijo, (por naturaleza o por adopción) o de cada menor sujeto a guarda con fines de adopción o acogimiento permanente cuando se ha superado el período de reserva del puesto de trabajo que venían desempeñando, obliga, no obstante, a la Administración sin más consideraciones a otorgar un puesto en la misma localidad y de igual retribución. Sin embargo, ¿ha de otorgarse con carácter definitivo o provisionalmente? Todo dependerá de cómo viniera desempeñándolo previamente a la declaración de esta situación administrativa.

<sup>80</sup> La Sentencia, sala de lo contencioso, de la Audiencia Nacional del 12 de Noviembre de 2008 (núm. de Recurso 96/2008) declara que «el referido concepto de “necesidades del servicio”, constituye un concepto jurídico indeterminado que otorga a la Administración un margen de apreciación, en orden a concretar las circunstancias que entiende que concurren en el caso para el ejercicio de esa facultad, debiendo aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifica».

<sup>81</sup> Art. 72.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, RGIPP.

<sup>82</sup> Art. 64.3 del precitado Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

<sup>83</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X. (2002): *op. cit.*, pág. 95.

<sup>84</sup> Art. 56.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>85</sup> STSJ Madrid, contencioso sección 6.ª, de 31 de enero de 2007, núm. de Recurso 466/2006.

Ahora bien, las condiciones de la asignación tienen en común, en los dos primeros casos, que la atribución de un puesto mediante adscripción provisional, tras el cese, ha de corresponderse, según afirma el reglamento, a su Cuerpo/Escala, en el mismo municipio, y no ser inferior en más de dos niveles al de su grado personal, todo ello, con efectos del día siguiente al de la fecha del cese. En caso del cese por supresión del puesto se añade a lo anterior que, durante un plazo máximo de tres meses, podrán percibir las retribuciones complementarias correspondientes al de procedencia. Medidas que, naturalmente, tienden a evitar que la adscripción provisional se constituya en una suerte de libre designación en cuanto al grado de discrecionalidad de su asignación ya que la adscripción provisional es una forma de provisión con su propia peculiaridad<sup>86</sup>. Aunque las garantías respecto de esta forma de provisión no puedan equipararse a las previstas para el concurso<sup>87</sup>, los efectos respecto de los funcionarios removidos y cesados en un puesto de libre designación y su adscripción provisional consiguiente, como señalan los artículos 50.5 y 58.2 del RGIPP, no pueden ser menores que la asignación del desempeño provisional de un puesto correspondiente a su Cuerpo o Escala (esta condición no se prevé para el caso del cese en libre designación), en el mismo municipio, no inferior en más de dos niveles al de su grado personal, con efectos del día siguiente al de la fecha del cese y de acuerdo con el procedimiento que fije el Ministerio para las Administraciones Públicas<sup>88</sup>, y en tanto no obtengan otro con carácter definitivo. A lo que habría de añadir que cuando se produce la supresión del puesto, como se ha apuntado más arriba, se añade a lo anterior que, durante un plazo máximo de tres meses, podrán percibir las retribuciones complementarias correspondientes al de procedencia<sup>89</sup>.

De igual forma, la jurisprudencia<sup>90</sup> viene a distinguir claramente el sentido y régimen de la adscripción provisional en relación con la comisión de servicios ya que la primera tiene unos supuestos concretos fundados, sobre todo, en las disposiciones del artículo 63 del RGIPP. Sin embargo, la modificación del RGIPP, operada por el Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo, equiparaba los efectos en la prestación servicios tanto en el caso de la comisión de servicios como en la adscripción provisional, a efectos de consolidación del grado correspondiente, al puesto desempeñado siempre que se obtuviere con carácter definitivo dicho puesto u otro de igual o superior nivel<sup>91</sup>. La razón de esta modificación se fundamenta en una línea jurisprudencial<sup>92</sup> para la que no podía buscarse una equiparación del desempeño mediante adscripción provisional a las fórmulas generales de provisión de puestos de trabajo, el concurso y la libre designación, ante el silencio de la redacción primigenia del artículo 70 del RGIPP.

El artículo 72.1 del RGIPP, bajo la rúbrica «garantía del puesto de trabajo», establece que «los puestos cubiertos mediante adscripción provisional se convocarán para su cobertura con carácter definitivo por los sistemas previstos en las relaciones de puestos de trabajo. Los funcionarios que los desempeñen tendrán la obligación de participar en las correspondientes convocatorias». Las formas comunes de provisión que se hayan podido establecer en la RPT serán el concurso de méritos o la libre designación<sup>93</sup> por lo que cualquiera de estos procedimientos serán los que deban ser empleados en dicha convocatoria. Si, finalmente, el/la funcionario/a no obtuviere destino definitivo se le atribuirá el desempeño provisional de otro puesto de

<sup>86</sup> STSJ Madrid, contencioso sección 6.ª, de 9 de mayo de 2008, núm. de Recurso 412/2005.

<sup>87</sup> STSJ Madrid, contencioso sección 6.ª, de 13 de abril de 2000, núm. de Recurso 4233/1997: «las garantías inherentes al cese de los puestos obtenidos por concurso no son trasladables a los que se desempeñan en régimen de adscripción provisional toda vez que las exigencias previstas para aquella forma de provisión (artículos 39 y siguientes del Real Decreto 364/1995) no concurren en modo alguno en el caso de la adscripción provisional».

<sup>88</sup> La ya precitada Resolución de 15 de febrero de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública y de la Secretaría de Estado de Hacienda (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996).

<sup>89</sup> Art. 72.3 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo RGIPP.

<sup>90</sup> STS, contencioso sección 7.ª, de 4 de marzo de 2013, núm. de Recurso 865/2011.

<sup>91</sup> Los apartados 6 y 11 del art. 70 del RGIPP, se modificaban por el art. 1.4 del Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo.

<sup>92</sup> STS, contencioso sección 7.ª, de 20 de enero de 2003, núm. de Recurso 6/2002: «Por lo demás, no cabe decir que, al no distinguir el artículo 70.2 en cuestión, no debe distinguir quien lo aplica y que eso conduce a entender que su expresión abarca también la adscripción provisional. Por el contrario, la recta interpretación del precepto requiere tener presente el sistema normativo en el que se integra y el espíritu y la finalidad que le animan, tal como resulta del artículo 3.1 del Código Civil (...) Es verdad que esta Sala Tercera ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inhabilidad del desempeño de puestos de trabajo obtenidos provisionalmente para consolidar el grado personal. En este sentido se manifiestan las sentencias de 2 mar. 1995, 23 sep. 1996 y 6 mar. 2001. Ahora bien, tal como señala el Ministerio Fiscal, resulta que ninguna de ellas tuvo ocasión de examinar el artículo 70.2 del Real Decreto 364/1995, sino que se ocuparon de otras normas reglamentarias anteriores. Por eso, debemos acoger el recurso para fijar cómo ha de ser entendido».

<sup>93</sup> Norma 6 de la Orden de 6 de febrero de 1989 por la que se dispone la publicación de la Resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y para la Administración Pública por la que se aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración (BOE núm. 32, de 7 de febrero de 1989).

trabajo con las garantías y condiciones ya descritas, dado el carácter de la inamovilidad de los funcionarios y su derecho al cargo.

A este respecto, SANCHEZ MORÓN, señala que «nada se dice para el supuesto en que el funcionario incumpla su obligación de participar en la convocatoria, pero a falta de toda precisión legal o reglamentaria no puede entenderse que deje de estar en servicio activo por lo que parece necesario entender que también entonces queda a disposición del órgano superior competente que deberá darle otro destino provisional»<sup>94</sup>. Algo que parece lógico ya que todas las previsiones reglamentarias para estos casos tienen como finalidad tuitiva la garantía de un puesto de trabajo siempre acorde con la carrera administrativa del funcionario afectado por los diversos supuestos expuestos.

Por último, ha de reseñarse que el/la funcionario/a en adscripción provisional, naturalmente, se encuentra en situación de servicio activo, situación administrativa común y general para todos los funcionarios mientras no les corresponda otra<sup>95</sup>, si bien la adscripción provisional no aparece en el elenco de situaciones propias y asimilables al servicio activo que se relacionan en el artículo 3 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, todo ello a diferencia de la comisión de servicios que sí es relacionada en el mismo<sup>96</sup>. Por ello, se despliegan los restantes derechos económicos y pasivos que le correspondieren respecto de la situación administrativa de servicio activo.

## CONCLUSIONES

La adscripción provisional, lejos de ser una mera consecuencia de las formas de provisión de puestos generales y básicas, el concurso y la libre designación, es una forma de provisión de puestos con características propias que ha ido paulatinamente «ganando posiciones» dentro de las formas provisionales no ordinarias como, por otro lado, podría ser clasificada. De ello se ha dado prueba a través de un detenido análisis en la distinta normativa de función pública de nuestras Administraciones.

La adscripción provisional es indudablemente una herramienta dentro de las potestades de organización de las Administraciones en sus distintas políticas de recursos humanos, pero también es un instrumento garantizador de los derechos y la carrera de los funcionarios que puedan verse afectados por los distintos supuestos sobre los que puede activarse esta forma de provisión de puestos. De hecho, las potestades administrativas se ven configuradas por los casos y condiciones en los que puede ser utilizada según detalla la normativa reguladora de la misma y que hemos expuesto. Por lo demás, esta forma de provisión de puestos puede introducir al/la funcionario/a en la situación administrativa de servicio activo con los consiguientes efectos que viene a desplegarse sobre sus derechos económicos, de carrera y pasivos, lo cual denota su condición medial entre diferentes situaciones administrativas de los funcionarios de carrera. Todo esto implica que el legislador debe propiciar no sólo, y en exclusiva, los aspectos relacionados con las potestades de organización de la Administración sino también una verdadera acción tuitiva en la carrera de los funcionarios de carrera.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARROYO YANES, L. M. (2012): «Los sistemas de provisión de puestos de trabajo en la Función Pública Local», en COBO OLVERA, T.; VERA TORRECILLAS, R. J. (dirs.): *Empleo Público Local. Prontuario para la selección, organización y gestión de personal de las Entidades Locales*, págs. 340-385. Madrid: La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X. (2002): *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

<sup>94</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. (2018): *op. cit.*, pág. 196. Sobre este mismo supuesto, el artículo 105.5 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, establece que el/la funcionario/a: «Si no concurriera, quedará en excedencia voluntaria por interés particular».

<sup>95</sup> El art. 86.1 del TREBEP establece que «Se hallarán en situación de servicio activo quienes, conforme a la normativa de función pública dictada en desarrollo del presente Estatuto, presten servicios en su condición de funcionarios públicos cualquiera que sea la Administración u organismo público o entidad en el que se encuentren destinados y no les corresponda quedar en otra situación».

<sup>96</sup> Por tanto, la adscripción provisional puede subsumirse en la letra a) del artículo 3 del precitado Reglamento.

- LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2005): “La adscripción provisional por cese en puesto de libre designación como provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 3, págs. 270-279.
- MARTÍN BAUTISTA, M.ª T. (2002): “Las formas de provisión temporal de los puestos de trabajo. Un análisis desde la perspectiva de la Función Pública Local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 7, págs. 1.182-1.199.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2007): “Provisión de puestos de trabajo”, en SANCHEZ MORÓN, M. (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, págs. 473-500. Valladolid: Lex Nova. 1.ª ed.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2016): *Derecho de la Función Pública: Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos*. Madrid: Dykinson. 11.ª ed.
- PALOMAR OLMEDA, A.; VÁZQUEZ GARRANZO, J. (eds.) (2017): *Prácticum Función Pública 2017*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters.
- PARADA VÁZQUEZ, R.; FUENTETAJA PASTOR, J. Á. (2013): *Derecho de la Función Pública*. Madrid: Open Ediciones Universitarias. 1.ª ed.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2018): *Derecho de la Función Pública*. Madrid: Tecnos. 11.ª ed.



## Excedencia voluntaria por interés particular en la función pública local: el reingreso al servicio activo

### *Voluntary leave on personal grounds in the local civil service: return to active duty*

Mauricio Ruiz Ceniceros  
Universidad de Vigo (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6142-2587>  
maruiz@uvigo.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (1993). Doctor en Derecho por la Universidad de Vigo (2017). Abogado en ejercicio (desde 1993). Profesor asociado de la Universidad de Vigo (desde 2015). Sus líneas de ejercicio profesional e investigación se centran en urbanismo y ordenación del territorio, contratación pública, subvenciones, empleo público y jurisdicción contencioso-administrativa.

---

#### RESUMEN

El objeto del presente artículo es resolver las dudas que genera en la función pública local el reparto constitucional de competencias regulatorias, la sucesiva superposición de reformas legislativas y la pervivencia de leyes y reglamentos obsoletos, en cuanto al plazo máximo de duración de la excedencia voluntaria por interés particular y las condiciones de reingreso al servicio activo.

#### PALABRAS CLAVE

Excedencia; funcionario público; reingreso; servicio activo; situación administrativa.

---

#### ABSTRACT

The purpose of this article is to solve the doubts arisen from the constitutional distribution of powers to rule the local civil service, from the successive overlapping of legislative amendments and from the persistence of obsolete laws and regulations, as regards to the maximum duration of leaves on personal grounds and the conditions of return to active duty.

#### KEYWORDS

Leave; civil servant; return; active duty; administrative situation.

#### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. DURACIÓN DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA POR INTERÉS PARTICULAR EN LA FUNCIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. 1.1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS REGULATORIAS. 1.2. DURACIÓN DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA POR INTERÉS PARTICULAR DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL. 1.3. COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE NO REGULAN LA DURACIÓN MÁXIMA DE

LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA POR INTERÉS PARTICULAR DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. 1.4. COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE REGULAN EL PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. 1.4.1. Comunidades autónomas que establecen un plazo máximo de duración con rango legal. 1.4.2. Comunidades autónomas que establecen un plazo máximo de duración con rango reglamentario. 2. REINGRESO AL SERVICIO ACTIVO. 2.1. CONCURSO O LIBRE DESIGNACIÓN. 2.2. ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL. 2.3. AMORTIZACIÓN DE PLAZA VACANTE. CONCLUSIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO JURISPRUDENCIA. ANEXO NORMATIVO.

## INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento parte de la base de que la situación normal en la función pública es el servicio activo y lo excepcional todas las demás situaciones que, además, deben estar explícitamente previstas en la normativa y cuyos efectos son exclusivamente los allí reconocidos (Martínez de Pisón, 1995: 317). Esto es así hasta el punto de que se entiende por situaciones administrativas distintas a las del servicio activo todas aquellas en las que los funcionarios y funcionarias, sin perder la condición de tal y manteniendo una relación de servicio con la Administración, pueden temporalmente dejar de prestar un servicio activo en los puestos de la plantilla que les correspondan según el cuerpo al que pertenezcan<sup>1</sup>. De este modo la relación de servicio no se extingue y el sujeto conserva «latente» la condición de funcionario de una Administración a la que, de forma más o menos coyuntural, ha dejado de prestar servicios (Gamero y Fernández, 2018: 365).

Lo llamativo es que, a pesar de la *hiperregulación normativa* que caracteriza el régimen jurídico de la función pública en general y sus situaciones administrativas en particular<sup>2</sup>, ningún texto normativo define cada uno de sus diferentes tipos (Manzana, 1998: 7). Su comprensión conceptual se remite a la mera comparación entre la situación de mayor plenitud, que es la denominada situación administrativa de servicio activo, y la de menor contenido, que es la pérdida de condición de funcionario. Todos los restantes estados entre esos dos extremos en que se encuentre la persona funcionaria determina la comprensión y contenido de cada una de las modalidades de situaciones administrativas, incluyendo la eventual reincorporación al servicio activo (Morillo-Velarde, 1985: 525)<sup>3</sup>.

Por otro lado, toda situación administrativa que no sea de servicio activo supone una suspensión o una modificación de la relación de servicio en la que resulta determinante la posible reversión de sus efectos<sup>4</sup>. Es decir, la posibilidad de regresar, en la medida de lo permitido, a la situación de origen si cumplen condiciones establecidas en función de la situación administrativa de que se trate. Por ejemplo, tradicionalmente el legislador ha favorecido a aquellas actividades relacionadas con el ejercicio de cargos públicos en sentido estricto, posibilitando o favoreciendo el acceso de los funcionarios a tales cargos o funciones incompatibles con el servicio activo; y recientemente ha incorporado actividades relacionadas con la vida familiar (cuidado de hijos y otros parientes), hasta entonces englobadas como simples actividades de carácter privado (Gamero y Fernández, 2018: 305 y 306). Es decir, el régimen de reincorporación es un aspecto fundamental para la efectividad de estas situaciones administrativas porque los interesados se acogen a ellas en función, entre otros aspectos, de cuando y como podrán reingresar al servicio activo (Parada y Fuentetaja, 2015: 334)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Así lo entiende DE LA VALLINA (1962: 463), aunque tampoco excluye la situación administrativa primigenia que es, precisamente, la *situación en servicio activo* regulada en los arts. 85.1.a) y 86 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>2</sup> Así califica el actual régimen regulatorio LORENZO (2005: 314).

<sup>3</sup> Aunque es una conceptualización en *bucle* porque, a su vez, el art. 86.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público establece que: «Se hallarán en situación de servicio activo quienes, conforme a la normativa de función pública dictada en desarrollo del presente Estatuto, presten servicios en su condición de funcionarios públicos cualquiera que sea la Administración u organismo público o entidad en el que se encuentren destinados y no les corresponda quedar en otra situación».

<sup>4</sup> En concreto, GARCÍA-TREVIJANO (1954: 69 y 70) entiende que la situación de excedencia voluntaria supone que extinción de la relación orgánica y la paralización de la de servicio. Sin embargo, para LORENZO (2005: 314): «La naturaleza jurídica de las situaciones administrativas constituye una suspensión de la relación orgánica del funcionario con la Administración, o, más concretamente, como una modificación del contenido de la relación jurídica que une al funcionario con la Administración». Fundamenta su opinión en la de PRAGA, I. (1961): *Il personale nella pubblica Amministrazione*, pág. 113, BOLONIA Y SANDULL, M. (1957): *Manuale di diritto amministrativo*, págs. 153 y ss. Nápoles.

<sup>5</sup> Porque uno de los elementos esenciales de las situaciones administrativas es «[...] las consecuencias jurídicas ligadas a su terminación» (STC 1/2003, Pleno, de 16 de enero de 2003, Rec. 2987/1995, FJ 8).

En realidad, en toda la normativa reguladora de las diferentes situaciones administrativas que no son servicio activo se atisba un interés público más o menos concreto, pero siempre latente, en no perder efectivos ya incorporados a la función pública (Fuentetaja y Gil, 2018: 21). Después de haber invertido tiempo y medios en formar a un empleado público, la Administración procura optimizar sus recursos conservándolo en plantilla o, en el peor de los casos, manteniendo factible su reincorporación. Sin embargo, este criterio también es cuestionable porque, desde el punto de vista de la eficiencia, la situación administrativa de excedencia perturba el buen funcionamiento de la Administración y del servicio público desde el momento en que constituye una excepción a la normal prestación de servicios profesionales. Si además dicha situación se prolonga excesivamente en el tiempo, parece inoperativo tener una estructura organizativa en permanente provisionalidad para, finalmente, recuperar a un empleado cuya formación y conocimientos pueden estar obsoletos. A pesar de lo cual históricamente el objetivo de conservar al funcionario público es el que más peso ha tenido en el régimen jurídico de la excedencia voluntaria por interés particular.

Partiendo de estas premisas, el objeto del presente artículo es resolver las dudas a la que se enfrenta cualquier funcionario o funcionaria de la Administración local que pretenda solicitar su excedencia voluntaria por interés particular: ¿podrá reingresar, cuándo y cómo? Preguntas sin respuesta sencilla como consecuencia de los avatares legales que ha padecido esta materia.

## 1. DURACIÓN DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA POR INTERÉS PARTICULAR EN LA FUNCIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

En el acervo común la excedencia voluntaria por mero interés particular es la «excedencia» por antonomasia, porque permite a los funcionarios públicos separarse del servicio activo por razones estrictamente personales y profesionales con mínimas restricciones, durante un período temporal mínimo y con determinadas condiciones de reingreso<sup>6</sup>. Aunque la denominación «voluntaria» induce a equívoco, porque esta situación administrativa puede no ser querida ni promovida por el funcionario o funcionaria afectado<sup>7</sup>, en cuyo caso la excedencia voluntaria de interés particular será declarada de oficio<sup>8</sup>, sin perjuicio de que los plazos de duración y los requisitos de reingreso sean los mismos. Lo que varía es el punto de partida: voluntaria a instancia de parte y «voluntaria» de oficio.

En todo caso, uno de los aspectos más importantes de este tipo de excedencia es su duración, es decir el período mínimo de permanencia y el tiempo máximo de mantenimiento sin perder la condición de funcionario o funcionaria<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Porque «La motivación de la solicitud de excedencia voluntaria por interés particular pertenece al ámbito subjetivo del funcionario» (STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 20 de junio de 2019, Rec. 330/2017, FJ 5), frente a los otros tipos de excedencias, como por ejemplo las excedencias por agrupación familiar, por cuidado de familiares y por razón de violencia de género. Los únicos requisitos previos son el período mínimo de servicio activo, que las necesidades del servicio lo permitan y que no se le esté instruyendo expediente disciplinario (art. 89.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). Para contrastar la singularidad de esta excedencia, véase PARADA y FUENTETAJA (2015: 319) y FUENTETAJA y GIL (2018: 80).

<sup>7</sup> Por ejemplo, para la persona funcionaria en suspensión de funciones que haya omitido la obligación de presentar el reingreso al servicio activo en el plazo fijado (art. 22.4 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado); o cuando se articula como situación administrativa residual para aquellos funcionarios públicos que presten servicios en organismos o entidades que queden excluidos de la consideración de sector público a estos efectos (art. 29.3.º.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública); o cuando el funcionario en situación administrativa de servicio en otra Administración pública cese en su puesto de libre designación, la Administración de destino no le adscriba a otro puesto, y en el plazo máximo de un mes no solicite el reingreso al servicio activo en su Administración de origen; o cuando finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de servicio activo, se incumpla la obligación de pedir el reingreso (arts. 84.3 y 89.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público); o cuando los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional no tomen posesión de los puestos de trabajo obtenidos en el concurso en los plazos establecidos (art. 42.4 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional).

<sup>8</sup> La STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 20 de mayo de 1993, FJ 2, cuestiona *lege ferenda* «[...] el acerito técnico del legislador al calificar de voluntaria una situación, en la que no existe solicitud del interesado para acceder a ella». Pero lo cierto es que se puede identificar una actuación tácita en tal sentido cuando el funcionario se mantiene pasivo y no solicita el reingreso al servicio activo (FUENTETAJA y GIL, 2018: 82).

<sup>9</sup> En cuanto al alcance de esta relevancia, véase FUENTETAJA y GIL (2018: 82).

## 1.1. Distribución de competencias regulatorias

El régimen jurídico de la excedencia voluntaria está inevitablemente condicionado por el reparto competencial que en esta materia ha trazado el art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, en virtud del cual corresponde al Estado la competencia exclusiva para la fijación de las bases en materia de situaciones administrativas<sup>10</sup>. Bases que el Estatuto Básico del Empleado Público ha reducido al mínimo, reservándose únicamente la regulación de las situaciones administrativas que considera claves para definir el marco común (Fuentetaja, 2013: 501), hasta el punto de que las situaciones administrativas en las que se puede encontrar una persona funcionaria no tienen por qué ser las mismas en todas las administraciones públicas españolas, siempre que se respeten las comunes (servicio activo, servicios especiales, servicio en otras administraciones públicas, excedencia y suspensión de funciones)<sup>11</sup>. Además, el Estatuto Básico del Empleado Público remite a la potestad reglamentaria de las comunidades autónomas la fijación de los plazos, procedimientos y condiciones para ejercer el derecho al reingreso, en los casos en que proceda conforme al propio Estatuto<sup>12</sup>.

En lo que atañe a las situaciones en que pueden hallarse los funcionarios de carrera de la Administración local, se rigen por la normativa básica estatal y por la legislación de función pública de la respectiva comunidad autónoma y, supletoriamente, por la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado, sin perjuicio de las peculiaridades del régimen local<sup>13</sup>. Por tanto, el dato clave para determinar el régimen aplicable es saber si ley autonómica ha incluido o no dentro de su ámbito de aplicación a las corporaciones locales, porque si no es así se les habrá de aplicar la legislación estatal y sus disposiciones de desarrollo. Además, todavía puede quedar margen para que la propia Administración local reglamente peculiaridades de sus funcionarios, siempre que sea acorde con la legislación básica del Estado, con las leyes que las comunidades autónomas hayan dictado para los funcionarios de las entidades locales en sus ámbitos territoriales y con las dictadas por el legislador estatal para sus propios funcionarios de la Administración General del Estado<sup>14</sup>.

Por último, como consecuencia de la reserva de ley consagrada en el art. 103.3 de la Constitución, las disposiciones reglamentarias dictadas por la Administración Autonómica en esta materia tienen únicamente carácter supletorio respecto de los reglamentos que dicten las propias administraciones locales. Es decir, en virtud de la potestad de autorregulación local para desarrollar disposiciones legales, los reglamentos autonómicos sólo entrarán en juego en defecto de reglamentación local propia (Fuentetaja, 2010: 353).

En materia de duración de la excedencia voluntaria por interés particular, el resultado de esta distribución competencial es el siguiente: en primer lugar, el Estatuto Básico del Empleado Público no impone un tiempo mínimo de duración de la excedencia voluntaria por interés particular, sino que lo remite a las leyes de función pública que se dicten en su desarrollo, o a las normas vigentes mientras no haya otro desarrollo legislativo<sup>15</sup>; en segundo lugar, el Estatuto guarda un absoluto silencio sobre los períodos de permanencia máxima y tampoco lo remite a un posterior desarrollo normativo. Laguna que, por el momento, suplen otras leyes y reglamentos obsoletos y descoordinados.

<sup>10</sup> STC 1/2003, Pleno, de 16 de enero de 2003, Rec. 2987/1995, FJ 5, porque: «Las situaciones administrativas que pueden acontecer a lo largo de la carrera funcional constituyen un aspecto fundamental del estatuto de los funcionarios públicos (STC 99/1987, de 11 jun., FJ 3 c), y 37/2002, de 14 Feb., FJ 5)».

<sup>11</sup> Art. 85.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>12</sup> Art. 91 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y PARADA y FUENTETAJA (2015: 303 y 327).

<sup>13</sup> Art. 140.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en relación con el art. 3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y el art. 92.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

<sup>14</sup> Con el margen que señalan FUENTETAJA y GIL: «[...] una Administración local no podrá crear situaciones nuevas, pero sí reordenar a las existentes legalmente (básicas y de desarrollo) situaciones propias o específicas de su ámbito organizativo, originadas desde formas de provisión adicionales a las también básicas o bien desde el ámbito de las licencias y permisos de sus funcionarios» (2018: 40 y 41).

<sup>15</sup> Art. 89.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y SJCA núm. 3 de Pontevedra, de 19 de septiembre de 2016, P. A núm. 135/2016, FJ 2.



## 1.2. Duración de la excedencia voluntaria por interés particular de funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional

En la Administración General del Estado el funcionario o funcionaria en excedencia por interés particular no puede permanecer en ella menos de dos años continuados<sup>16</sup>, que es el mismo plazo durante el cual los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional no pueden concursar a los puestos de trabajo<sup>17</sup>. En cuanto a la duración máxima, en las resoluciones por las que se declare esta situación se expresará el plazo máximo de duración de la misma, que en todo caso no debe superar el número de años equivalente a los que el funcionario o funcionaria acredite haber prestado en cualquiera de las administraciones, con un máximo de quince (art. 16.3 y 4 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado)<sup>18</sup>. Pero esta norma reglamentaria, redactada conforme a la legislación entonces vigente, fue tácitamente derogada por la Ley 13/1996, 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que eliminó en el art. 29.3.c) de la Ley 30/1984 cualquier referencia a un límite temporal. Es decir, cabe entender que tal condición ya no es exigible. Todo ello con una técnica legislativa manifiestamente mejorable, porque una materia como esta exige una disposición derogatoria expresa<sup>19</sup>.

En todo caso, cabe afirmar que el régimen aplicable a los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional en excedencia voluntaria por interés particular es el siguiente: deben permanecer en dicha situación como mínimo dos años continuados; pero su reingreso no está sujeto a plazo alguno, pudiendo solicitarlo cuando convenga a sus intereses particulares<sup>20</sup>.

## 1.3. Comunidades Autónomas que no regulan la duración máxima de la excedencia voluntaria por interés particular de los funcionarios de la Administración local

En este grupo se pueden distinguir dos tipos de legislaciones autonómicas. Por una parte, las que únicamente regulan las situaciones administrativas de los empleados públicos autonómicos y dejan fuera de su ámbito de aplicación al personal de la Administración local (Andalucía y la Región de Murcia)<sup>21</sup>. También se puede incluir a la legislación aragonesa, que no regula las situaciones administrativas de nadie<sup>22</sup>. Por lo que en estas comunidades autónomas se aplica con carácter supletorio la normativa de la Administración General del Estado, es decir, deben mantenerse en esta situación un tiempo mínimo de dos años continuados.

<sup>16</sup> Art. 29.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública y art. 16.2 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

<sup>17</sup> Art. 36.2.c) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

<sup>18</sup> La versión originaria del art. 29.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de reforma de la Función Pública establecía que no se podía permanecer en ella más de diez años continuados. Pero la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo modificó este apdo. 3.c) y lo amplió a 15 años.

<sup>19</sup> Originariamente el art. 129.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 obligaba a que todo proyecto de nueva disposición fuese acompañado por una tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la materia y consignase expresamente las anteriores que debían quedar total o parcialmente derogadas. Hasta que la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno eliminó esta obligación. Ha habido sucesivos intentos para recuperar aquella buena técnica normativa, como por ejemplo el apdo. 41 de las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005; el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, Memoria del análisis de impacto normativo y la disposición final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modifica el art. 26.3.b) de la Ley 50/1997, y en el ámbito autonómico el art. 41.2. de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, organización y funcionamiento Administración general y sector público autonómico de Galicia. Todos ellos prescriben la obligación de incluir el listado pormenorizado de las normas derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de las nuevas normas legales y reglamentarias. Pero con escaso éxito, porque las disposiciones derogatorias continúan conteniendo meras cláusulas genéricas de derogación del derecho vigente, sin indicar las normas o partes de ellas que se derogan y las que se mantienen en vigor. De este modo perviven en el ordenamiento jurídico diversas normas contradictorias con el mismo ámbito de aplicación.

<sup>20</sup> En este sentido véase LORENZO (2004: 338) y FUENTETAJA y GIL (2018: 82), así como el art. 36.2.c) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

<sup>21</sup> Arts. 1, 2 y 3 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, y art. 1 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

<sup>22</sup> Art. 1 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Pero no tienen plazo máximo de duración, pudiendo solicitar el reingreso en cualquier momento posterior a dicho plazo mínimo.

El segundo subgrupo son las leyes de función pública de las Castilla y León, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Comunidad de Madrid, Extremadura, Islas Baleares, País Vasco y Comunidad Foral de Navarra, que se aplican al personal al servicio de la Administración de la comunidad autónoma y al personal de la Administración local y foral<sup>23</sup>. Estas comunidades autónomas han adaptado su legislación al régimen básico estatal, porque establecen que la excedencia voluntaria por interés particular debe durar de manera continuada como mínimo dos años (Castilla y León, Comunidad Valenciana, Comunidad de Madrid, Extremadura y el País Vasco) o un año (Castilla-La Mancha) o incluso ninguno (Islas Baleares)<sup>24</sup>. Pero no imponen un plazo máximo de duración, acorde con la normativa estatal vigente desde el 1 de enero de 1997<sup>25</sup>. Por lo que cabe entender que en los funcionarios de las entidades locales con sede en estos territorios pueden permanecer en situación de excedencia voluntaria indefinidamente, sin perder por ello el derecho al reingreso.

La legislación que no deja margen de duda es la navarra, porque no establece ningún plazo mínimo de permanencia y dispone expresamente que «[...] se entenderá concedida, en todo caso, por tiempo indefinido». Incluso la persona funcionaria goza de reserva de plaza de origen durante los primeros 18 meses de excedencia<sup>26</sup>.

#### **1.4. Comunidades autónomas que regulan el plazo máximo de duración de la excedencia voluntaria de los funcionarios de la Administración local**

La interpretación es mucho más confusa en aquellas comunidades autónomas donde el personal al servicio de las administraciones locales está sujeto a las respectivas leyes de función pública autonómicas (Islas Canarias, Cantabria, Cataluña, Galicia, La Rioja y Principado de Asturias), pero no han adaptado su normativa a los nuevos criterios de la legislación básica estatal<sup>27</sup>. Ordenamientos autonómicos en los que, a su vez, cabe distinguir dos tipos de complejidades en función de si el plazo máximo está regulado por una disposición legal o por una norma reglamentaria.

##### **1.4.1. Comunidades autónomas que establecen un plazo máximo de duración con rango legal**

Por un lado, están las comunidades autónomas cuyas leyes de función pública establecen un tiempo mínimo de permanencia (dos años en La Rioja y Principado de Asturias, y un año en Cantabria y las Islas

<sup>23</sup> Art. 2.1 y 6 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León; art. 2.1 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha; art. 3.1 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana; art. 1 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid; art. 3.1 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura; art. 3 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Islas Baleares; art. 2.1 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, y art. 1 del Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, del Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

<sup>24</sup> Art. 91.2 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León; art. 127.1 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana; art. 59.2.b) de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid; art. 137.1 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura; art. 61.1.b) de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca; art. 122.4 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (salvo que sea un funcionario o funcionaria que perdió la condición de servicios especiales y esté esperando la toma de posesión en el puesto asignado con ocasión del reingreso al servicio activo) y art. 102 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Islas Baleares.

<sup>25</sup> Fecha de entrada en vigor de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que eliminó cualquier referencia a un plazo máximo en el art. 29.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

<sup>26</sup> Art. 26.1.c) y 2 del Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, del Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

<sup>27</sup> Art. 2.4 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, salvo en aquellos aspectos reservados a la legislación básica del Estado o al desarrollo reglamentario de su autonomía organizativa; art. 1 de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, reguladora de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria; art. 2., apartados 1 y 2.c), de la Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, así como art. 300.1 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña; art. 4.1.b) de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia; art. 2.1 y 3 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja, y art. 1.1 del Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias.

Canarias<sup>28</sup>), así como un plazo máximo de duración: en La Rioja, Cantabria e Islas Canarias se pierde la condición de funcionario o funcionaria por la falta de reincorporación al servicio activo una vez transcurridos más de diez años en situación de excedencia voluntaria por interés particular<sup>29</sup>; también en Asturias, con la peculiaridad de que el final del período de excedencia voluntaria debe ser advertido por la Administración y el interesado tiene un plazo de dos meses para solicitar la reincorporación al servicio activo, contado desde la fecha de finalización<sup>30</sup>.

Aparentemente el legislador básico estatal desautorizó este régimen legal autonómico porque:

1. la Ley 13/1996, 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social eliminó en el art. 29.3.c) de la Ley 30/1984 cualquier referencia a un plazo máximo de duración;
2. los arts. 63 a 67 del Estatuto Básico del Empleado Público contienen un exhaustivo y tasado listado de causas de pérdida de la condición de funcionario o funcionaria. Entre estas causas no se encuentra la falta de reingreso en el servicio activo por superación del plazo máximo de excedencia voluntaria por interés particular.

Éste fue el motivo por el que el Tribunal Constitucional declaró sobrevenida la inconstitucionalidad de los preceptos del (ahora derogado) texto refundido de la Ley de la Función Pública extremeña, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990 de 26 julio, en la versión modificada parcial y urgentemente por la Ley 5/1995, de 20 de abril, que incluían como motivo de pérdida de condición de funcionario la falta de petición de reingreso al servicio activo durante el período de duración de la excedencia voluntaria. El Tribunal Constitucional consideró que esta ley autonómica carecía de competencia para tal regulación: 1) porque las causas de extinción de la relación funcional están enumeradas con carácter taxativo en la legislación estatal básica; y 2) porque las situaciones administrativas preservan precisamente la existencia del vínculo jurídico entre el funcionario y la Administración. El derecho a un cargo, destino o puesto de trabajo mantiene una estrecha relación con la regulación legal del reingreso en el servicio activo de aquellos funcionarios que no tienen garantizada la reserva del puesto de trabajo, y al ser la excedencia voluntaria por interés particular una situación administrativa que se otorga a instancia del interesado –o por una actuación tácita en tal sentido, en cuyo caso será declara de oficio–, debe ser el propio interesado quien ponga fin a la misma solicitando su reingreso al servicio activo (Fuentetaja y Gil 2018: 42 y 43; y Parada y Fuentetaja, 2015: 334).

Sin embargo, esta interpretación no es unánime. También se ha interpretado que corresponde a cada Administración imponer o no un plazo máximo de duración de la excedencia por interés particular, porque el art. 91 del Estatuto Básico del Empleado Público no impone un tiempo máximo de duración, sino que remite a las leyes de función pública la regulación de las condiciones de reingreso. Es decir, los defensores de este criterio consideran que compete al legislador autonómico decidir si un mero interés particular puede amparar que la Administración se vea privada indefinidamente de su personal, o si impone al funcionario un límite temporal de no retorno<sup>31</sup>.

#### **1.4.2. Comunidades autónomas que establecen un plazo máximo de duración con rango reglamentario**

Por otro lado, las leyes de función pública de Galicia y Cataluña disponen que los funcionarios públicos en excedencia voluntaria por interés particular deberán permanecer en dicha situación un mínimo de uno o dos años, respectivamente, pero no establecen ningún plazo máximo de duración<sup>32</sup>. En Galicia el Decreto

<sup>28</sup> Art. 45.5 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja; art. 62.3 de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias; art. 35.2.a) de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, reguladora de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria y art. 39.5 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

<sup>29</sup> Art. 45.5 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja; art. 35.2.a) de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, reguladora de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria, y art. 34.2.º de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, que expresa que deben ser diez años ininterrumpidos.

<sup>30</sup> Art. 57.1.e) de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias.

<sup>31</sup> En este sentido, véase FUENTETAJA y GIL (2018: 82), así como STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 22 de mayo de 2017, Rec. 79/2017, FJ 2.

<sup>32</sup> Art. 173.1 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia y art. 86.2.a) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

92/1991, de 10 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la comunidad autónoma de Galicia –aplicable también al personal al servicio de la Administración local<sup>33</sup>– establece que no se podrá permanecer en excedencia voluntaria por interés particular más de diez años continuados ni menos de dos<sup>34</sup>. En caso de no solicitar el reingreso antes del plazo de diez años, se producirá la pérdida de la condición de funcionario o funcionaria. El plazo máximo de diez años de permanencia deberá computarse a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 80/1984, de 2 de agosto, de Medidas por la reforma de la Función Pública; mientras que el plazo mínimo de dos años deberá computarse desde el momento de la concesión de la excedencia voluntaria<sup>35</sup>. En Cataluña el Decreto 214/1990, de 30 de junio, por el que se aprueba el reglamento del personal al servicio de las entidades locales establece que no podrán permanecer en excedencia voluntaria por interés particular menos de dos años ni más de diez años<sup>36</sup>.

La discrepancia de plazos mínimos de duración entre el reglamento y la ley gallega se resuelve directamente a favor de esta última, en virtud del principio de jerarquía normativa y derogación tácita<sup>37</sup>. Por lo que en Galicia los funcionarios deberán permanecer en excedencia voluntaria por interés particular un tiempo mínimo de un año. En Cataluña no cabe duda de que el período mínimo es de dos años.

La verdadera dificultad en ambas comunidades autónomas es determinar la duración máxima de este tipo de excedencia porque sus respectivas leyes de función pública no establecen ningún plazo, ni declaran expresamente que sea de duración indefinida. Simplemente obvian la cuestión. En estos ordenamientos el límite temporal de diez años lo fijan unas normas con rango reglamentario que han quedado obsoletas porque reproducen unas disposiciones legales ya derogadas.

Esta descoordinación normativa ha dado lugar a dos interpretaciones dispares, en función del orden jurisdiccional que se pronuncie al respecto. La primera teoría considera que al plazo máximo de duración establecido por reglamento autonómico se le puede achacar la misma invalidez que cuando lo impone una ley autonómica, porque una norma autonómica no puede crear una causa de pérdida de la condición de funcionario o funcionaria que no esté prevista en la legislación estatal básica. Incurrir en vicio de incompetencia, como se comentó anteriormente. Además, la jurisdicción contencioso-administrativa interpreta que estos plazos reglamentarios han sido tácitamente derogados por el nuevo régimen legal. El primer pronunciamiento en este sentido fue en el ámbito de la Administración de Justicia. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial no establece el plazo de duración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular de los auxiliares y agentes judiciales. Por lo que el Tribunal Supremo estima que el plazo debe determinarse por remisión a la normativa sobre función pública. Éste fue el motivo por el que declaró ilegal y nulo de pleno derecho el art. 33.c) del Real Decreto 2003/1986 de 19 de septiembre, así como el art. 33.c) del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprobaron sucesivos reglamentos orgánicos de los cuerpos de oficiales, auxiliares y agentes al servicio de la Administración de Justicia, pues establecían un período máximo de duración inferior al que dispone el art. 29.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública. Además, consideró que el regulador no había justificado una desigualdad de trato entre los funcionarios de la Administración de Justicia y los de la Administración Pública en general<sup>38</sup>.

*Mutatis mutandis*, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Pontevedra, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y el Tribunal supremo han trasladado este criterio al ámbito de la función pública local. Declaran inaplicables los límites temporales fijados por los reglamentos autonómicos porque han sido derogados los preceptos legales que los amparaban. Si el legislador ha eliminado el plazo máximo será porque quiere que ahora sea de duración indefinida. A mayor abundamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia considera que la duración de las excedencias voluntarias por interés particular concedidas conforme a

<sup>33</sup> Art. 1.º.

<sup>34</sup> Art. 7.º.c).

<sup>35</sup> Disposición transitoria primera.

<sup>36</sup> Art. 193.

<sup>37</sup> Art. 9.3 de la Constitución; art. 1 del Código Civil, art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; art. 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; art. 128.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como apdo. primero de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia.

<sup>38</sup> STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 28 de marzo de 2001, Rec. 8749/1996, FJ 4, y de 14 de julio de 2005, Rec. 6820/1999, FJ 4.

las leyes derogadas se deben regir ahora por el nuevo régimen legal porque es más favorable para el interesado<sup>39</sup>.

Sin embargo, en la jurisdicción social encontramos la interpretación opuesta. Para acceder a la situación de desempleo procede comprobar si el empleado público cumple el requisito de solicitud de reingreso para considerarle en situación de desempleo. El criterio general es que, tras la reforma operada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, una vez permanecido dos años en excedencia por interés personal el funcionario o funcionaria puede en cualquier momento instar su reincorporación a la Administración<sup>40</sup>. La discrepancia surge en Galicia porque su reglamento autonómico mantiene el límite de 10 años como plazo máximo de duración. La Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Galicia considera vigente dicho plazo reglamentario, hasta el punto de que la falta de solicitud de reingreso antes de su expiración conlleva la pérdida de la condición de funcionario y del derecho a estar en situación legal de desempleo<sup>41</sup>. Entiende que este desarrollo reglamentario sigue encajando en el vacío dejado por la legislación gallega.

## 2. REINGRESO AL SERVICIO ACTIVO

El derecho a un cargo, destino o puesto de trabajo y la garantía de la estabilidad en el empleo funcional está estrechamente relacionado con la concepción de las situaciones administrativas, porque aquel derecho se desvirtuaría si indirectamente estas pudieran determinar la pérdida de la condición de funcionario o funcionaria (Fuentetaja y Gil, 2018: 43). Sobre todo, en las situaciones administrativas que carecen de reserva al puesto de trabajo<sup>42</sup>. Por eso la efectividad de tal derecho exige vigilar que los requisitos exigidos y el procedimiento de reingreso no sean utilizados como impedimento indebido para la reincorporación al servicio activo.

En esta materia el Estatuto Básico del Empleado Público se remite al procedimiento y condiciones regulados reglamentariamente<sup>43</sup>, aunque nada impide que las leyes de función pública de las comunidades autónomas puedan singularizar su sistema de recuperación de la situación administrativa de servicio activo acorde con su propio sistema de provisión de puestos<sup>44</sup>. Ahora bien, si no existe una normativa específica en la correspondiente comunidad autónoma, ha de estarse a lo dispuesto en la regulación estatal<sup>45</sup>.

El primer requisito es que el interesado formule su solicitud de reingreso al servicio activo, porque la reincorporación nunca es automática ni se tramita de oficio. En la Administración General del Estado y en aquellas comunidades autónomas que no tengan normativa específica, el plazo para resolver las solicitudes de reingreso es de tres meses y el silencio administrativo negativo<sup>46</sup>. También en la Comunidad Valenciana

<sup>39</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 5 de julio de 2012, Rec. 210/2011, FJ 5; SJCA núm. 3 de Pontevedra, de 19 de septiembre de 2016, P. A. 135/2016, FJ 2; STSJ de Galicia, Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de 26 de abril de 2017, Rec. 446/2016, FJ 5, y providencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS, de 25 de enero de 2018, Rec. núm. 4658/2017, por la que inadmitió el recurso de casación al no apreciar en interés casacional objetivo ni la conveniencia de su pronunciamiento. Si la norma aplicada retroactivamente fuese desfavorable, es decir impusiera un plazo menor, se aplicaría la vigente en la fecha de concesión de la excedencia (STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 27 de abril de 2005, Rec. 4391/1999, FJ 3).

<sup>40</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4.ª, de 24 de abril de 2001, Rec. 1239/2001, FJ 1.

<sup>41</sup> Art. 267.2.d) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 19 de marzo de 2013, Rec. 561/2010, FJ 3, así como STSJ de Galicia, Sala de lo social, de 31 de enero de 2014, Rec. 6079/2011, FJ 2 y 3, y de 30 de mayo de 2014, Rec. 4013/2012, FJ 2 y 3.

<sup>42</sup> En este sentido véase PARADA y FUENTETAJA (2015: 334) y FUENTETAJA (2013: 546), así como STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 2 de julio de 2001, Rec. 40/2001, FJ 4.

<sup>43</sup> Art. 91, pero a falta de dicho desarrollo reglamentario se rige por el art. 29 bis de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública y el art. 62 Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.

<sup>44</sup> FUENTETAJA y GIL (2018: 82) considera que el Estatuto Básico del Empleado Público no «deslegaliza» la regulación del reingreso al servicio activo, sino tan sólo tres aspectos de dicha operación: plazos, procedimientos y condiciones.

<sup>45</sup> En todo caso, el art. 63 del Decreto de 30 de mayo de 1952 por el que se aprueba el texto del Reglamento de funcionarios de la Administración local ha sido tácitamente derogado por el apdo. 2 de la disposición derogatoria y el art. 140 del texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. También ha sido derogado por el art. 29 bis de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, en la que se contempla una regulación diferente a la que recogía aquel precepto reglamentario (STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, de 27 de marzo de 2002, Rec. 104/2001, FJ 6).

<sup>46</sup> Art. 2.a) y k) del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

la solicitud de reingreso por adscripción provisional debe ser resuelta en el plazo de tres meses, transcurrido el cual se debe entender desestimada<sup>47</sup>; así como en Cataluña, donde el silencio administrativo es negativo, pero el plazo de resolución es de 30 días<sup>48</sup>.

El segundo requisito es que exista un puesto vacante<sup>49</sup>. Es decir, el funcionario o funcionaria en excedencia no puede ser nombrado con carácter interino ni puede ser contratado para sustituir de manera transitoria al titular de una plaza (por ejemplo, por baja), porque tal plaza no estará vacante. Tiene que esperar a que exista vacante en la escala y cuerpo que le corresponda y, una vez acontezca dicha situación, participar en la provisión por el sistema de concurso o libre designación para su adscripción definitiva o temporal<sup>50</sup>.

Además, no se trata de un derecho preconfigurado y determinado cuya ejecución dependa exclusivamente de la solicitud de reingreso, ni obedece a una mera comprobación administrativa de aspectos reglados o de control a meros efectos de constancia. La efectividad del derecho pende de la existencia de una plaza a la que reingresar dotada presupuestariamente<sup>51</sup>, aunque la suya originaria haya sido amortizada<sup>52</sup>, a partir de lo cual se abren dos tipos de sistemas o procedimientos de reingreso<sup>53</sup>.

## 2.1. Concurso o libre designación

El procedimiento normal u ordinario de reingreso es mediante la participación del funcionario o funcionaria en las convocatorias de concurso, en el que el interesado debe acreditar que posee más méritos que los demás funcionarios para acceder a la plaza<sup>54</sup>. También puede ser por libre designación para la provisión de puestos de trabajo<sup>55</sup>. En ambos casos el interesado está obligado a concurrir si quiere reingresar<sup>56</sup>. Aunque su reincorporación puede ser postergada por otros concursantes con preferencia: en las comunidades autónomas de las Islas Canarias y Galicia los excedentes forzosos, suspensos y excedentes voluntarios para atender al cuidado de hijos, o en servicio en otros organismo o entidades del sector público, o en servicios especiales tendrán preferencia por una sola vez frente a los excedentes por interés particular<sup>57</sup>; en

---

Administrativo Común. En este sentido, STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 31 de diciembre de 2003, Rec. 412/2003, FJ 5; STSJ de la Comunidad Valenciana, Sección 2.ª, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 30 de octubre de 2013, Rec. 676/2011, FJ 2, y STSJ de Andalucía de Granada, Sección 3.ª, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 17 de noviembre de 2014, Rec. 1574/2010, FJ 1.

<sup>47</sup> Apdo. 2 de la disposición adicional vigésimo segunda de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.

<sup>48</sup> Art. 221 del Decreto 214/1990, de 30 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña.

<sup>49</sup> Así lo entienden LORENZO (2004: 338) y la STSJ de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 29 de mayo de 2019, Rec. 67/2019, FJ 4.

<sup>50</sup> STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 23 de marzo de 2016, Rec. 286/2015, FJ 4.

<sup>51</sup> STSJ de Madrid, Sección 7.ª, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 22 de enero de 2018, Rec. 85/2017, FJ 4.

<sup>52</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2017, Rec. 452/2014, FJ 3.

<sup>53</sup> En este sentido se pronuncian PARADA y FUENTETAJA (2015: 334) y la STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 18 de marzo de 2019, Rec. 907/2017, FJ 2.

<sup>54</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 3 de marzo de 2014, Rec. 514/2012, FJ 3.

<sup>55</sup> Art. 29 bis 1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública; art. 59.1 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional; art. 62.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado; art. 33.2 de la Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón; art. 89.2 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León; arts. 76.2 y 126.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha; art. 70.1.a) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública; art. 218.1) del Decreto 214/1990, de 30 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña; art. 136.1 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana; art. 66.1 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid; art. 146.1 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura; art. 178.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia, así como arts. 7.1.c) y 9.a) del Decreto 92/1991, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia; art. 113.1 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Islas Baleares; y art. 68.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca.

<sup>56</sup> STSJ de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 29 de mayo de 2019, FJ 4.

<sup>57</sup> Art. 44 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria y art. 9.A) del Decreto 92/1991, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.

las Islas Baleares y en el País Vasco tienen preferencia quienes provienen de la situación de expectativa de destino, excedencia forzosa y suspensión<sup>58</sup>; y en Cantabria, Cataluña y Asturias los excedentes forzosos y los suspensos tienen preferencia sobre los excedentes voluntarios, y estos a su vez sobre todos los que se encuentren en otras situaciones<sup>59</sup>. Además, en Cataluña los funcionarios que soliciten el reingreso mediante la participación en concursos disfrutarán del derecho preferente, por una sola vez, para ocupar alguna de las vacantes correspondientes a su cuerpo o escala que haya en la localidad donde servían en el momento de producirse el cese<sup>60</sup>.

En este sistema de reingreso no es necesario que el reincorporado reúna los requisitos del puesto de trabajo. Ningún cuerpo normativo regula la exigencia de que tenga que superar pruebas médicas para acceder al servicio activo, como si se tratara de un personal que accede por primera vez a la función pública. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha llegado a afirmar que, aunque la plaza en cuestión sea la de bombero, el interesado tenga 56 años y sea evidente que a esa edad no se conservan las condiciones físicas previstas para el acceso a tal función pública, no se puede condicionar su reingreso a la superación de un examen médico. No cabe hacer una interpretación extensiva del régimen de reingreso por adscripción provisional (en el que sí procede tal comprobación) con la reincorporación al puesto de origen por concurso, en el que la persona funcionaria ya mostró mérito y capacidad de desempeñar su puesto y, por tanto, no es precisa nueva valoración al reingresar en él<sup>61</sup>.

Si durante la excedencia el funcionario perdió su capacidad inicialmente demostrada, no procede someterlo a un sistema de valoración como si de un «no funcionario» se tratara, en el que finalmente se decida su no incorporación. Tal decisión se debe ajustar a las previsiones y procedimientos establecidos en caso de incapacidad para el ejercicio de la función pública, sólo apreciable de oficio si la persona interesada se encuentra en servicio activo, o si lo pide voluntariamente. Lo contrario supondría dejar al arbitrio de la Administración la posibilidad de reingresar al servicio activo, «[...] que constituye, por contra, un auténtico derecho del funcionario, que no puede verse frustrado por la imposición de requisitos o exigencias que no se regulan en ninguna parte [...]»<sup>62</sup>, y dejar al funcionario o funcionaria en una «[...] situación injustificadamente insalvable, derivada, precisamente de su condición de funcionario: no se encontraría en activo porque la Administración valora que es incapaz, pero no puede ser declarada su incapacidad a iniciativa de la Administración en la forma prevista para los funcionarios, porque no se encuentra en activo [...]»<sup>63</sup>. Por tanto, el reingreso mediante participación en concurso o libre designación no requiere ninguna comprobación o declaración de aptitud.

Ahora bien, la contundencia de esta afirmación decae cuando se trate de puestos singularizados, es decir aquellos que exigen la adquisición y mantenimiento de una capacidad y conocimientos específicos. Entonces prevalece la necesidad de reevaluar su capacidad y conocimientos<sup>64</sup>. A este respecto, en Castilla-La Mancha los funcionarios de las entidades locales deben asistir a las actividades obligatorias que se programen para adquirir o perfeccionar los conocimientos, habilidades o destrezas adecuados para el desempeño de las funciones o tareas propias del puesto de trabajo que ocupe o vaya a ocupar con ocasión del reingreso al servicio activo<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> Art. 113.3 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Islas Baleares y art. 68.1 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca.

<sup>59</sup> Art. 40.1 de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, reguladora de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria; art. 222 del Decreto 214/1990, de 30 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña y art. 67.1 de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias.

<sup>60</sup> Art. 220 del Decreto 214/1990, de 30 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña.

<sup>61</sup> La adscripción provisional está regulada en el apdo. 2 del art. 29 bis de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, en el que se prevé tal requisito cuando el funcionario haya accedido a la Administración conforme a un mérito y capacidad que no sirve para el nuevo puesto al que es provisionalmente adscrito. Por eso es necesaria la valoración *ad hoc* con el fin de comprobar si también reúne los requisitos para el nuevo puesto, regulada en el apdo. 1 del art. 29 bis de la Ley 30/1984.

<sup>62</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 5 de junio de 2015, Rec. 20/2015, FJ 7.

<sup>63</sup> STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 27 de marzo de 2014, Rec. 333/2010, FJ 3.

<sup>64</sup> Por ejemplo, en el ámbito de la Administración de Justicia el art. 359 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial exige informes, actuaciones de comprobación y declaración de aptitud para el reingreso en el servicio activo del juez o magistrado en excedencia voluntaria por interés particular de duración superior a 10 años, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

<sup>65</sup> Art. 112 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

## 2.2. Adscripción provisional

Es el procedimiento extraordinario o de gracia, consistente en la adscripción del funcionario a un puesto de carácter provisional por tiempo no superior a un año, condicionado a que reúna los requisitos para el desempeño de ese puesto y lo permitan las necesidades del servicio. Durante el referido plazo se convocará la provisión definitiva del puesto asignado, debiendo el funcionario reingresado con destino provisional participar en la convocatoria. Si en esta convocatoria no obtuviere el destino definitivo quedará a disposición del correspondiente organismo, que le asignará otro puesto provisional correspondiente a su cuerpo o escala<sup>66</sup>.

La duda surge con el carácter reglado o discrecional de este sistema excepcional, con distintas opiniones: por un lado, algunos autores consideran que el funcionario o funcionaria nunca tiene derecho a exigirlo<sup>67</sup>; por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón coincide en que el peticionario carece de un derecho subjetivo al reingreso directo, pero solo porque está condicionado a las necesidades del servicio, «[...] lo que abona un carácter más discrecional, no arbitrario, pero tampoco estrictamente reglado»<sup>68</sup>; y, por último, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima que la Administración ha de valorar si las necesidades del servicio justifican la adscripción provisional del interesado a una plaza, o por el contrario procede remitirle al siguiente concurso<sup>69</sup>. Atendiendo a la literalidad de la norma, parece que la respuesta correcta es que el requisito de las necesidades del servicio es un concepto jurídico indeterminado que concurre o no concurre en cada caso. Por ello, si no cabe el reingreso por el sistema ordinario<sup>70</sup>, entra en juego la posibilidad de adscribir provisionalmente al funcionario o funcionaria a un puesto de trabajo vacante para el que reúna los requisitos legalmente establecidos y cuando así lo justifiquen las necesidades del servicio. La Administración no es omnipotente para apreciar el cumplimiento de estas condiciones, sino que debe estimar su existencia o no en atención a los presupuestos fácticos concurrentes. De modo que si existen plazas vacantes con dotación presupuestaria y concurren en el solicitante los requisitos para desempeñar el puesto de trabajo, «[...] la Administración no tiene otra opción que acordar la adscripción provisional, al no ser absolutamente libre con base a criterios de oportunidad sino que debe observar de manera reglada en función de los presupuestos fácticos determinantes»<sup>71</sup>. Ni siquiera la disimilitud en el contenido de las funciones desempeñadas originariamente por el funcionario excedentario y las que corresponden a la plaza sin proveer justifica la denegación del reingreso, porque tal razón carece de amparo jurídico en los preceptos aplicables<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> Art. 29 bis 2 y 3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública; así como art. 59.1 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional; arts. 62.2 y 63.c) del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado; art. 33.2 y 3 de la Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón; art. 89.3 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León; art. 126.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha; art. 70.1.a) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, así como arts. 218.b) y 219 del Decreto 214/1990, de 30 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña; art. 136.2 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana; art. 66.2 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid; art. 146.1 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura; art. 178.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia, así como art. 9.A) del Decreto 92/1991, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia; art. 113.2 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; y art. 68.3 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca.

<sup>67</sup> Véase PARADA VÁZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2015: 335), aunque esta afirmación ya no es exacta porque cuando el art. 59.1 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional enumera los sistemas de reingreso de servicio activo de aquellos que no tengan reserva de puesto, invierte el orden de enumeración: «[...] se efectuará a través de la solicitud de un nombramiento provisional, o la participación en un concurso de traslados o en un procedimiento de libre designación». Es decir, parece otorgar prevalencia al nombramiento provisional.

<sup>68</sup> STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 5 de diciembre de 2016, FJ 3.

<sup>69</sup> STSJ de Madrid, Sección 7.ª, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 22 de enero de 2018, Rec. 85/2017, FJ 4.

<sup>70</sup> Porque todavía no se hayan sacado a concurso las plazas o mientras el concurso se resuelve.

<sup>71</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 18 de marzo de 2019, Rec. 907/2017, FJ 3 y 4.

<sup>72</sup> STSJ de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 14 de noviembre de 2018, Rec. 897/2018, FJ 3 y 4.



Ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla estima que la adscripción provisional exige que el funcionario o funcionaria reúna los requisitos para el desempeño del puesto, porque si a los funcionarios en activo (por ejemplo, policiales) se les exige unos especiales condicionamientos físicos y psíquicos para mantenerse en el desempeño de sus puestos, el solicitante de reingreso también deberá acreditar previamente, en interés del servicio, que reúne las condiciones psico-físicas indispensables para el desempeño del puesto provisional<sup>73</sup>. Interpretación del que resulta un régimen totalmente contrapuesto al considerado en el reingreso mediante concurso.

Además, no basta con que la plaza esté vacante y dotada presupuestariamente, sino que es preciso que la cobertura provisional venga exigida por necesidades de servicio. Por lo que, siendo la regla el concurso y la excepción la adscripción provisional, no resulta necesaria una motivación concreta que excluya la necesidad del servicio en una determinada plaza para denegar su adscripción provisional. Los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y de Madrid estiman que el funcionario carece del derecho a obtenerla porque la asignación provisional de la plaza constituye una manifestación de las potestades de autoorganización al servicio del principio de eficacia<sup>74</sup>. Aunque la noción de necesidades del servicio constituya un concepto jurídico indeterminado, la Administración goza de cierto margen de libertad en su apreciación pues la adscripción supone un procedimiento excepcional en el que el funcionario carece de derecho subjetivo a la asignación de determinada plaza. Únicamente tiene derecho a solicitar su reingreso, pero no se precisa motivación concreta para excluir la necesidad del servicio en una determinada plaza para denegar la adscripción, porque la regla es el concurso y la adscripción provisional es la excepción<sup>75</sup>.

Ni siquiera el hecho de que la Administración saque a concurso una plaza y quede vacante –porque los aspirantes no alcancen el mínimo establecido en las bases de la convocatoria– constituye prueba suficiente para considerar que su adscripción provisional sea necesaria para el servicio. El solicitante debe acreditar que la cobertura de ese puesto de trabajo es imprescindible para el buen funcionamiento del servicio, de acuerdo con la carga de trabajo y necesidades de todas las unidades y departamentos del organismo<sup>76</sup>. Es decir, no se debe confundir conveniencia con necesidad.

Otro problema es qué sucede si, efectivamente, en el plazo de un año la Administración convoca el concurso para la provisión definitiva del puesto y el funcionario o funcionaria en excedencia cumple su obligación de participar en la convocatoria, pero no obtiene el destino definitivo, porque nada garantiza que lo vaya a conseguir. «espinoso» problema que no aborda de la legislación básica del Estado (Parada y Fuentetaja, 2015: 335). Atendiendo al contexto regulatorio el Tribunal Superior de Justicia de Asturias interpreta que el funcionario en excedencia seguirá a disposición del órgano competente en destino provisional<sup>77</sup>, es decir que tiene derecho a que después se le asignen sucesivos puestos provisionales.

Cuando existan varios puestos de trabajo ubicados en distintas localidades, el funcionario o funcionaria en excedencia tampoco ostenta un derecho a incorporarse a la plaza que estime conveniente según sus propios intereses, porque la adscripción provisional queda circunscrita a la concurrencia de los siguientes requisitos; existencia de vacante; necesidades de servicio y aptitud para el desempeño. No puede exigir a la Administración una adscripción directa a un determinado destino<sup>78</sup>.

### 2.3. Amortización de plaza vacante

Ahora bien, lo cierto es que la Administración no siempre está abocada a articular el reingreso si su intención es amortizar la plaza vacante. En uso de su potestad organizativa, puede optar por amortizar la plaza a ocupar por el excedente reingresado, como alternativa a la convocatoria del oportuno concurso para su provisión definitiva en el plazo de un año<sup>79</sup>. Un requisito imprescindible para que se produzca el reingreso al servicio activo es que exista una plaza en la que reingresar, lo cual depende de la potestad de autoorganización de cada Administración, que dispone de libertad suficiente para reordenar sus servicios de la forma

<sup>73</sup> STSJ de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2019, Rec. 62/2019, FJ 2.

<sup>74</sup> STSJ de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, de 9 de marzo de 2017, Rec. 798/2014.

<sup>75</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 23 de noviembre de 2015, Rec. 181/2014, FJ 2.

<sup>76</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 3 de marzo de 2014, Rec. 514/2012, FJ 3.

<sup>77</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 18 de marzo de 2019, Rec. 907/2017, FJ 2.

<sup>78</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 18 de marzo de 2019, Rec. 907/2017, FJ 2.

<sup>79</sup> STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, de 27 de marzo de 2002, Rec. 104/2001, FJ 6.

que estime más oportuna. Es decir, el eventual reingreso de funcionarios que estén en excedencia no puede condicionar esa potestad de autoorganización, pero sí al contrario: la potestad de organización de los servicios permite condicionar el reingreso hasta el punto de dificultarlo o retrasarlo.

Por lo que es posible que el funcionario en excedencia consiga una resolución administrativa o una sentencia estimatoria que declare su derecho al reingreso, pero la efectividad de tal declaración quedará en papel mojado cuando la Administración amortice las plazas vacantes y no convoque concurso de nuevas plazas, provocando una excedencia «forzada». Para prevenir este fraude de ley la Administración debe estar sujeta a un límite: no puede impedir el reingreso bajo el amparo formal de una supuesta falta de plaza, cuando tal ausencia de plazas haya sido generada mediante una actuación ilegal de la propia Administración<sup>80</sup>.

## CONCLUSIONES FINALES

En definitiva, el régimen jurídico de la excedencia voluntaria por interés particular no se ajusta a los principios de buena regulación, porque las sucesivas reformas normativas han generado un entorno de incertidumbre que dificulta a los funcionarios de la Administración local adoptar decisiones en esta materia.

El problema no es el requisito del plazo mínimo de permanencia, pues tanto la legislación estatal como las leyes autonómicas lo regulan expresamente (entre dos años y ninguno). La duda surge con el plazo máximo de duración, porque su regulación padece una manifiesta descoordinación y obsolescencia legal y reglamentaria. Las últimas reformas de la legislación básica estatal han eliminado toda referencia expresa un límite temporal máximo, a pesar de lo cual todavía siguen existiendo disposiciones legales y reglamentarias que lo conservan.

En el primer supuesto se encuentran las comunidades autónomas de La Rioja, Cantabria, Islas Canarias y Asturias, donde sus propias leyes autonómicas prevén expresamente que la no incorporación al servicio activo transcurrido un tiempo superior a diez años es causa de pérdida de la condición de funcionario o funcionaria. Tal regla cumple el requisito de rango legal que el Estatuto Básico del Empleado Público exige a las comunidades autónomas para regular esta materia, por lo que, desde este punto de vista, es una norma válida y vinculante.

Sin embargo, esta opinión no es unánime porque la pérdida de condición de funcionario por vencimiento del plazo máximo de excedencia voluntaria por interés particular no es un supuesto tipificado en la legislación básica. No se puede perder la condición de funcionario por un motivo que no esté previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público.

La incertidumbre se agrava cuando el límite temporal máximo de este tipo de excedencia no lo establece una norma con rango de ley, sino una disposición reglamentaria. No sólo hay pocos pronunciamientos judiciales que aborden el tema, sino que además mantienen criterios dispares en función de la jurisdicción involucrada. Los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa estiman que los principios de legalidad y jerarquía normativa suponen la inaplicabilidad o derogación tácita del plazo máximo todavía expresado reglamentariamente, porque carece de amparo legal y no está tipificado como causa de pérdida de la condición de funcionario o funcionaria público. Es decir, los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional y los funcionarios de las entidades locales con sede en Andalucía, Región de Murcia, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Comunidad de Madrid, País Vasco, Cataluña, Aragón, Extremadura, Castilla-La Mancha, Galicia, Navarra y las Islas Baleares pueden permanecer en situación de excedencia voluntaria por interés particular por tiempo indefinido y solicitar el reingreso en cualquier momento posterior al plazo mínimo de permanencia.

Pero la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia discrepa porque sigue aplicando el plazo máximo reglamentario de 10 años, de modo que la persona funcionaria que no solicite el reingreso antes del vencimiento pierde el derecho a estar en situación de desempleo.

El segundo problema es el procedimiento de reingreso. La regla general es que debe ser mediante convocatoria de concurso o libre designación, en el que los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón y Cataluña entienden que el funcionario o funcionaria en excedencia tiene derecho a participar sin necesidad de superar nuevas pruebas de acceso: sólo tiene que acreditar que posee más méritos que los demás funcionarios concurrentes. Aunque este criterio flaquea en puestos singularizados, es decir aquellos que exigen la adquisición y mantenimiento de una capacidad y conocimientos específicos.

<sup>80</sup> Véase PARADA y FUENTETAJA (2015: 335), que cita la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de octubre de 1998.

El sistema alternativo de reingreso es la adscripción provisional, que teóricamente es obligatorio para la Administración si hay plazas vacantes con dotación presupuestaria. Sin embargo, en la práctica puede ser obstaculizado cuando la Administración alegue que no existen necesidades del servicio, o exija la acreditación de las condiciones psico-físicas y de formación que requiera el desempeño del puesto.

Además, la Administración siempre puede amortizar cualquier plaza vacante, frente a lo cual la oposición del interesado sólo prosperará si consigue acreditar judicialmente que, en realidad, la ausencia de plazas ha sido generada por la propia Administración en fraude de ley. Es decir, la Administración cuenta con suficiente margen de actuación para demorar la reincorporación del funcionario o funcionaria en excedencia voluntaria por interés particular.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE LA VALLINA VELARDE, J. L. (1962): “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, págs. 463-486.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2010): “Función pública local”, en FUENTETAJA PASTOR, J. A.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (dirs.): *Manual de Derecho Local Madrid*, págs. 339-401. Madrid: Editorial Iustel, 1.ª ed.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2013): “Situaciones administrativas”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.): *Régimen jurídico de la función pública*, págs. 287-500. Pamplona: Lex Nova.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A.; GIL FRANCO, A. J. (2018): *La configuración de la relación jurídica de los empleados públicos locales: situaciones administrativas, vacaciones, permisos y licencias*. Granada: CEMCI Publicaciones.
- GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2018): *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 15.ª ed.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1954): “Relación orgánica y relación de servicios en los funcionarios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 13, págs. 53-102.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2004): *Las Situaciones Administrativas de los Funcionarios Públicos*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2005): *Permisos, Licencias y Situaciones Administrativas de los Funcionarios Públicos. Manual práctico de la función pública*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 1.ª ed.
- MANZANA LAGUARDA, R. (1998): *Situaciones administrativas de los funcionarios públicos*. Valencia: Ediciones Revista General del Derecho.
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I. (1995): *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*. Madrid: Cívitas.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (1985): “Las situaciones administrativas de los funcionarios en la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública”, en *Revista española de derecho administrativo*, núm. 48, págs. 525-562.
- PARADA VÁZQUEZ, R.; FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2015): *Derecho de la función Pública*. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias, S. L.

## ANEXO JURISPRUDENCIA

- STC 1/2003, Pleno, de 16 de enero de 2003, Rec. 2987/1995.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 27 de abril de 2005, Rec. 4391/1999.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 28 de marzo de 2001, Rec. 8749/1996, FJ 4, y de 14 de julio de 2005, Rec. 6820/1999.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 20 de mayo de 1993.
- STSJ de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 14 de noviembre de 2018, Rec. 897/2018.
- STSJ de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo Sección 3.ª, de 17 de noviembre de 2014, Rec. 1574/2010.
- STSJ de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2019, Rec. 62/2019.
- STSJ de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, de 9 de marzo de 2017, Rec. 798/2014.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 5 de diciembre de 2016.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 27 de marzo de 2014, Rec. 333/2010.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, de 27 de marzo de 2002, Rec. 104/2001.
- STSJ de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 29 de mayo de 2019, Rec. 67/2019.

STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 20 de junio de 2019, Rec. 330/2017.  
STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 5 de junio de 2015, Rec. 20/2015.  
STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 5 de julio de 2012, Rec. 210/2011.  
STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 26 de abril de 2017, Rec. 446/2016.  
STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2014, Rec. 4013/2012.  
STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2014, Rec. 6079/2011.  
STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 19 de marzo de 2013, Rec. 561/2010.  
STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2017, Rec. 452/2014.  
STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª de 30 de octubre de 2013, Rec. 676/2011.  
STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 23 de marzo de 2016, Rec. 286/2015.  
STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 22 de enero de 2018, Rec. 85/2017.  
STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 23 de noviembre de 2015, Rec. 181/2014.  
STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 3 de marzo de 2014, Rec. 514/2012.  
STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4.ª, de 24 de abril de 2001, Rec. 1239/2001.  
STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 31 de diciembre de 2003, Rec. 412/2003.  
STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 2 de julio de 2001, Rec. 40/2001.  
STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 18 de marzo de 2019, Rec. 907/2017.  
STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 22 de mayo de 2017, Rec. 79/2017.  
SJCA núm. 3 de Pontevedra, de 19 de septiembre de 2016, P. A. 135/2016.  
Providencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS, de 25 de enero de 2018, Rec. núm. 4658/2017.

## ANEXO NORMATIVO

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.  
Constitución española, de 27 de diciembre de 1978.  
Decreto de 30 de mayo de 1952 por el que se aprueba el texto del Reglamento de funcionarios de la Administración local.  
Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.  
Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo.  
Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública.  
Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.  
Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.  
Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.  
Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias.  
Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid.  
Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.  
Real Decreto 2003/1986, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia.  
Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.  
Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca.  
Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja.  
Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura.  
Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.  
Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja.  
Decreto 214/1990, de 30 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña.  
Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.  
Decreto 92/1991, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 4/1993, de 10 de marzo, reguladora de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria.
- Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, del Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.
- Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo.
- Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal.
- Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.
- Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.
- Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprobaron sucesivos reglamentos orgánicos de los cuerpos de oficiales, auxiliares y agentes al servicio de la Administración de Justicia.
- Ley 13/1996, 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
- Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.
- Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.
- 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.
- Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.
- Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Islas Baleares.
- Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, Memoria del análisis de impacto normativo.
- Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.
- Ley 16/2010, de 17 de diciembre, organización y funcionamiento Administración general y sector público autonómico de Galicia.
- Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.
- Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia.
- Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.